

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

Almacenamiento de material pornográfico. I. Íter procesal. Delito contenido en el art. 366 quáter inc. 2º del Código Penal se encuentra consumado y no admite ser calificado de tentado. Delito se concreta al determinar a un niño a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones suyas o de otro menor de catorce años, con contenido sexual. II. Delito de adquisición y posesión dolosa de pornografía infantil persigue sancionar el mero hecho de la posesión del material pornográfico. Delito requiere el dolo directo del agente. Almacenamiento equivale a reunir, guardar o registrar una porción grande de material pornográfico

#### HECHOS

*Defensa del sentenciado deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo absuelve de la acusación de ser autor de un delito de abuso sexual impropio y lo condena como autor del delito de almacenamiento de material pornográfico. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso de nulidad interpuesto.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel.*

ROL: *3160-2019, de 6 de enero de 2020.*

PARTES: *Ministerio Público con Juan Bugueño Caroca.*

MINISTROS: *Sra. María Teresa Letelier R., Sra. Adriana Sottovia G. y Sra. María Alejandra Pizarro S.*

#### DOCTRINA

- I. *La recurrente argumenta que no existe delito consumado en el hecho 2, desde que la víctima no envió las fotografías que le requirió el encartado, entonces la figura descrita en el inciso segundo del artículo 366 quáter del ordenamiento punitivo no se completó. Al respecto, cabe recordar que el tipo penal contenido en la disposición legal en mención reza: Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo. Sobre este ilícito se ha*

dicho: “(...) la figura que ahora nos ocupa sólo capta el hecho de determinar a un niño a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones suyas o de otro menor de catorce años, con contenido sexual” (Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*; Ed. Jurídica de Chile; pág. 275). Según lo antedicho y en lo que al caso de autos incumbe, la lectura del segundo párrafo del artículo 366 quáter en comento revela que, en lo que a la faz objetiva del tipo penal, el núcleo de la acción del sujeto activo está dirigida a lograr en el menor de edad esa “determinación” al enviar, entregar o exhibir las imágenes o grabaciones a las que el precepto refiere. Por consiguiente, la concreción de la conducta del niño no representa un aspecto con trascendencia a los efectos de la calificación del *Iter criminis*. Conforme al lexicón, la forma verbal determinar tiene ocho acepciones, y entre ellas, las atinentes para la presente resolución dictan: (...) 2. Hacer que alguien decida algo. (...) Ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. La reforma legal del ordenamiento penal en comentario pretendió sancionar la adquisición y posesión dolosa de pornografía infantil, por tratarse del último delito de una cadena que afecta la dignidad e integridad física y psíquica de los menores, quienes son utilizados en prácticas sexuales abusivas y dañinas, que luego son reproducidas en diversos soportes, para posteriormente difundirlas en imágenes, redundando en una doble victimización, toda vez que la existencia de demanda de estos materiales justifica su producción y posterior distribución, y quien lo adquiere pasa a ser un testigo o usuario de un delito cometido en forma previa con una persona menor de edad. De lo dicho, se desprende que, en sus alcances, este delito que se estructura sobre el verbo rector almacenar refiere al hecho de acopiar o guardar, amén que su descripción típica incorpora el adverbio “maliciosamente”; por lo tanto, requiere el dolo directo del agente, que se materializa en la conciencia de que recopila tales archivos de pornografía infantil en un determinado soporte y que involucra a menores de edad. Sobre la conducta básica que informa el delito en referencia, se ha escrito: “Las conductas descritas son todas activas y no puede sancionarse como delito omisivo la recepción no deseada de dicho material (p. ej., vía correo electrónico basura o spam, o por medio de ‘popups’ durante la navegación en Internet), a menos que se almacenen voluntariamente (lo que constituye, por cierto, una conducta activa)” (Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch; pág. 183). Este ilícito persigue sancionar penalmente el mero hecho de la posesión del material pornográfico, buscando proteger la dignidad de los menores e impedir la proliferación de la pornografía (considerandos 13° y 14° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

*En la especie, por una parte, bajo la óptica del elemento gramatical de la interpretación de la ley, el almacenamiento al que se refiere el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, equivale a reunir, guardar o registrar una porción grande de material pornográfico; y de otro lado, a la luz del elemento histórico de esa hermenéutica, el reproche penal adviene por la posesión maliciosa de esos elementos, de suerte tal que excluye el registro que se detecta, pero que fue recibido de manera causal, sin pedirlo. Pues bien, en el caso de autos concurren esos dos criterios que sirven para delimitar la existencia del ilícito investigado al que se viene haciendo referencia. En efecto, conforme se expresa en la sentencia que se analiza es un hecho probado en la causa que –el condenado– almacenaba en su celular personal veintidós fotografías y dos videos de dos menores de edad, entre los cuales está la víctima en conductas de connotación sexual y exhibiendo sus pechos y genitales con fines sexuales. Atendido el número de tales registros –relativos a más de un menor de edad– y la forma en que eran mantenidos por el acusado, no pueden sino ser considerados en una ostensible alta cantidad –la que, en todo caso, el legislador no exige de manera específica– y a sabiendas de su existencia por éste en ese artículo personal y conocidamente idóneo para ello, por lo que no puede catalogarse de casual, atendido que el autor conocía su contenido sexual y la participación en ellas de menores de edad y, aun así, tomó la decisión de almacenarlas (considerando 15° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/41879/2020*

**NORMATIVA RELEVANTE CITADA:** *Artículos 373 letra b) del Código Procesal Penal; 366 quáter, 374 bis del Código Penal.*

LA “DETERMINACIÓN” EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL DEL  
ART. 366 QUÁTER, INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL Y EL CONCURSO CON  
EL DELITO DE ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL  
DEL ART. 374 BIS, INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL

SEBASTIÁN VIDELA ASPE  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

La sentencia en análisis de la Corte de Apelaciones de San Miguel se pronuncia en relación con tres aspectos. El primero referente a la interpretación que debe darse al verbo rector del delito del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal, principalmente con la finalidad de entender qué exige el tipo penal cuando usa la voz “determinar”, y si esto exige o no que el sujeto activo reciba las fotografías de índole sexual del menor determinado o de otro menor. Un segundo punto tiene relación con la posible consunción que podría darse cuando el sujeto activo determina al menor a remitirle fotografías de índole sexual con que posteriormente se encuentren almacenadas en su teléfono dichas fotografías, ya que, en principio, y es la forma en que resolvió el tribunal, se pueden apreciar dos conductas: una constitutiva del delito de abuso sexual y otra constitutiva del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. Finalmente, la Corte se refiere a la posibilidad de aplicar o no la atenuante de colaboración sustancial a la investigación respecto de un imputado al que se le incautan sus teléfonos y computadores, y que voluntariamente entrega las contraseñas de acceso a sus cuentas de Facebook. En este análisis sólo nos referiremos brevemente a los primeros dos puntos.

En primer lugar, es importante recordar en qué consisten ambos delitos. El primero, contemplado en el artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal, exige que el sujeto con su conducta determine al menor para que le envíe, entregue o exhiba imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual; mientras que el segundo, contemplado en el artículo 374 bis, inciso 2º del Código Penal, sanciona al sujeto que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años.

En relación con ello, y tratándose del primero de los delitos, tal como señala Luis Rodríguez Collao, y es señalado por la sentencia: “sólo capta el hecho de determinar a un niño a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones suyas o de otro menor de catorce años, con contenido sexual”<sup>1</sup>. Así también Jean Pierre

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos Sexuales*, (Santiago, 2015), p. 274.

Matus y María Cecilia Ramírez entienden que solo se requiere que “el menor haya sido determinado a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones con significado sexual de su persona u otro menor de 14 años”<sup>2</sup>. Es por ello, y en esto resulta interesante lo indicado por la Corte, que se podría entender que el delito se consuma con el solo hecho de que el autor con su conducta determine al menor a enviarle, entregarle o exhibirle las imágenes o grabaciones, no siendo necesario de modo alguno que el autor reciba dichas imágenes. Esto, porque determinar implica simplemente hacer que alguien decida realizar alguna acción, con independencia de si el sujeto finalmente cumple con dicho cometido, ya que, y como sabemos, puede ser que esa conducta previamente determinada por un tercero no se lleve a cabo por una circunstancia ajena a ambas personas, pero eso no impide apreciar que el sujeto, al intentar llevar a cabo lo ordenado o cometido, estaba determinado por el agente, sino que incluso el hecho de que el sujeto, aun cuando no cumpla con lo ordenado, realice conductas positivas tendientes a cumplirlo ya implica esa determinación. Así, por ejemplo, si una determinada persona le pide al menor que le envíe fotografías de su cuerpo desnudo, basta con que el menor realice acciones destinadas a cumplir con ese encargo, como pueden ser producir dichas fotografías o incluso enviárselas por medio de mensajería web, aun cuando estas no lleguen al remitente. La recepción de las fotografías por parte del autor es un elemento ajeno y no requerido para la consumación del delito, y en eso la Corte es clara.

En cambio, sobre el segundo de los delitos, esto es, el almacenamiento de material pornográfico infantil, la doctrina ha determinado que deben concurrir al menos dos requisitos: 1. Que la cantidad de material pornográfico no sea ínfimo, por cuanto la voz almacenar daría a entender que el sujeto debe tener una cantidad suficiente de material pornográfico infantil que sobrepase la simple posesión o tenencia, y 2. Que ese almacenamiento tenga por finalidad la comercialización o distribución posterior de dicho material<sup>3</sup>, por cuanto de lo contrario carece de significación penal. Este último punto no es recogido por esta sentencia, la cual no exige de modo alguno en el autor que este tuviera la intención de comercializar o distribuir dicho material pornográfico, y esto se debe a que la Corte entiende que la finalidad del delito sería proteger la dignidad de los menores e impedir la proliferación de la pornografía. Ahora bien, más allá de la discusión que podría darse respecto a este segundo requisito en el caso concreto, considero relevante detenernos en otro punto, respecto al cual no se refirió la sentencia con detenimiento, a saber, qué ocurre si el material

<sup>2</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, 2018), p. 177.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., pp. 328-329.

pornográfico infantil almacenado fue obtenido en virtud del delito del artículo 366 quáter, inciso 2º, esto es, que haya sido el mismo menor que, determinado por el autor, entrega el material.

Respecto a este último punto, existe el problema acerca de si es posible y lícito sancionar a una misma persona por ambos delitos. Si bien la sentencia no se refiere a este punto porque el sujeto activo poseía material de dos menores de edad, sí es algo que sería interesante resolver, sobre todo porque es una argumentación del recurrente. Sobre esto primero hay que indicar, tal como se sostuvo con anterioridad, que el delito del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal no exige que el sujeto activo reciba las imágenes y grabaciones, ya que este no es un elemento exigido por el tipo penal, sino que basta la determinación del menor a su envío. Es así como resulta posible que una persona cometa tanto el delito de abuso sexual impropio indirecto como el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, aun cuando sean las fotografías obtenidas como consecuencia del primer delito.

Sin embargo, la pregunta que cabe inmediatamente hacerse es, si la recepción de las fotografías del menor no es un elemento del delito de abuso sexual, ¿qué función cumple en el mismo? Y aquí una de las posibilidades que se abre es entender que la recepción de las imágenes por parte del sujeto que determina al menor a enviarlas correspondería más bien al agotamiento del delito de abuso sexual del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal, como ya adelantara Laura Mayer al citar a Iván Salvadori respecto a la relación entre el almacenamiento y la adquisición del material pornográfico infantil<sup>4</sup>. Esto porque, y tal como entiende Enrique Cury, el delito está agotado cuando el sujeto consigue el propósito ulterior al delito<sup>5</sup>, esto es, el resultado cuya obtención le interesa y que es indiferente para el tipo penal para entender como consumado el delito; el cual, en el caso de un sujeto que determina a un menor que le envíe fotografías de índole sexual de él o de un tercero, no puede ser sino la obtención efectiva de esas fotografías. Y debido a que, tal como indicamos anteriormente, el delito de abuso sexual en esta hipótesis se basta para ser consumado con que el menor sea determinado a enviarlas, su recepción por parte del sujeto activo no es más que esa finalidad ulterior que el sujeto busca con su conducta y que se encuentra en un momento posterior a la consumación del delito de abuso sexual.

Es acá donde cabe la cuestión principal del asunto, y es determinar si la conducta descrita en el delito de almacenamiento de material pornográfico in-

---

<sup>4</sup> MAYER LUX, "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", en *Política Criminal*, vol. 9, N° 17 (julio 2014), p. 42.

<sup>5</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. (Santiago, 2011), p. 566.

fantil podría ser constitutiva del agotamiento del delito del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal. Esto tiene importantes consecuencias, porque deja en entredicho la legitimidad de castigar ambas conductas por cuanto estaríamos sancionando la conducta de abuso sexual, por un lado, y la finalidad de dicha conducta, esto es, la posesión de las imágenes obtenidas por el autor, por otro lado. Esto último porque podría comprenderse que el injusto del delito de abuso sexual del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal comprende también el injusto del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil y podríamos encontrarnos en un supuesto de un acto posterior copenado consistente en el agotamiento de la intención puesta en el delito preferente<sup>6</sup>. Así, podría argumentarse que el delito de abuso sexual absorbe completamente el injusto del delito de almacenamiento de pornografía infantil cuando el sujeto solo posee las fotografías del menor al que previamente determinó a que se las enviara, por lo cual solo podría sancionarse por el primer delito, debiendo desecharse el segundo.

Sin embargo, esta crítica podría contraargumentarse en el sentido de que el bien jurídico protegido por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil sería diverso al del delito de abuso sexual, y que por esa razón merece una penalidad distinta<sup>7</sup>, posición que es recogida por la sentencia al referirse a que la finalidad del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil sería proteger la dignidad de los menores e impedir la proliferación de la pornografía. Además, puede argumentarse que al determinar a un menor a que remita fotografías de un tercero habría dos bienes jurídicos diferentes, ya que por un lado tenemos al menor determinado que es involucrado en un acto de índole sexual al pedirle fotografías de un tercero, y por otro tenemos al menor cuyas fotografías son enviadas y recibidas por el sujeto activo. Pero, a pesar de estas argumentaciones, es importante destacar la enorme discusión que existe actualmente en nuestra doctrina respecto a la legitimidad del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil y si este posee o no un bien jurídico penalmente relevante<sup>8</sup>, lo cual podría dificultar solucionar el problema de consunción que se ha planteado arriba mediante esta vía.

En opinión de este autor hay otro elemento que podría dar luces para solucionar este problema, y esto se refiere a lo siguiente: el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil no se cumple con la sola obtención de las fotografías del menor, sino que requiere algo más, requiere su posesión con un

---

<sup>6</sup> COUSO SALAS, Jaime, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Código Penal Comentado*. Libro Primero (Arts. I a 105) (Santiago, 2011) p. 660.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., pp. 326-327.

<sup>8</sup> MAYER LUX, Laura, ob. cit., pp. 27-57.

cierto ánimo de permanencia ya que el tipo penal exige el almacenamiento, no la mera tenencia<sup>9</sup>. Así, uno puede distinguir etapas en la conducta del sujeto en cuestión: (i) el sujeto habla con el menor y lo convence de que le envíe fotografías suyas, (ii) el menor convencido produce y envía las fotografías, (iii) el sujeto recibe las fotografías del menor, y (iv) el sujeto almacena las fotografías del menor en su dispositivo para un uso posterior. Así, el primer momento sería el inicio de la ejecución del delito de abuso sexual al que nos referimos, el segundo momento sería la consumación de ese delito, el tercer momento sería el agotamiento de ese delito, y el cuarto momento sería un momento diferente, posterior al agotamiento, de carácter eventual, y que sería el constitutivo del delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. Esta diferencia entre el tercer y cuarto momento se da porque lo que el sujeto busca cuando determina a un menor a que le remita sus fotografías de índole sexual es recibirlas con el fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, no necesariamente guardarlas o almacenarlas para un posterior uso, ya que puede ocurrir que el sujeto las reciba y vea e inmediatamente las elimine, y en ese caso igualmente se cumplió la finalidad perseguida por el sujeto cuando determinó al menor a que le remitiera fotografías de índole sexual. Así, la conservación y posterior almacenamiento de las imágenes resulta algo eventual que sobrepasa espacio-temporalmente el agotamiento del delito de abuso sexual del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal, y que, por consiguiente, puede ser sancionado en un delito diverso como sería en este caso el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. Es por ello que uno puede apreciar un injusto adicional en el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil por cuanto ya no se trata solamente de la obtención del material para su uso e inmediata destrucción, como ocurre con el mero consumo o visualización del material pornográfico infantil<sup>10</sup>, sino que implica guardar dicho material para poder seguir utilizándolo con fines ulteriores, sean estos personales o de comercialización, esto último exigido por algunos sectores de la doctrina como se indicó precedentemente<sup>11</sup>.

Así, en conclusión, y si bien la sentencia no se refiere especialmente a este punto, considera este autor que es lícito sancionar tanto el delito de abuso sexual del artículo 366 quáter, inciso 2º del Código Penal como el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil en conjunto, aun cuando las imágenes que posea el sujeto activo solo se refieran a menores que él previamente determinó para que le remitieran dichas fotografías, pero siempre y cuando se pruebe

---

<sup>9</sup> MAYER LUX, ob. cit., p. 34; y RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 326.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., p. 326.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, ob. cit., pp. 328 y 329.



que el autor no solo tiene o posee las imágenes de manera temporal, sino que su porte o tenencia tenga un carácter más bien permanente, así el encontrar las fotografías solamente en archivos temporales no permitirían apreciar el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil.

#### CORTE DE APELACIONES

Santiago, seis de enero de dos mil veinte.

Vistos:

Que en estos autos RIT O-284-2019, RUC 1700303344-9, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, por sentencia de diecinueve de noviembre del año recién pasado se absuelve a Juan Gabriel Bugueño Caroca de la acusación de ser autor de un delito de abuso sexual impropio del artículo 366 quáter del Código Penal, supuestamente acaecido en el año 2016 en esa jurisdicción, y condena al mismo encartado a la pena de siete años y ciento ochenta y cuatro días de presidio mayor en su grado mínimo, más las sanciones accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, por los hechos signados con los números 2 y 3, sucedidos en San Bernardo entre los años 2016 y 2017, y lo condena, también, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, con las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de almacenamiento de material pornográfico, previsto y sancionado en el artículo 374 bis del Código Penal, ocurrido el año 2017.

Asimismo, el fallo ordena el cumplimiento efectivo de las penas aplicadas, con el abono del tiempo de privación de libertad en la causa que puntualiza.

Igualmente, se condena al sentenciado a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal.

Por último, la sentencia dispone la huella genética del condenado, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N° 19.970, con el fin de incluirla en el Registro de Condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN, y la comunicación de lo resuelto al Servicio Electoral para cumplimiento de lo normado en el artículo 17 de la Ley N° 18.556.

La Defensoría Penal Pública dedujo un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373, letra b), en relación a los artículos 1°, 7°, 11 número 9, 67, 74, 366 quáter y 374 bis, todos del Código Penal. Pide que se anule la sentencia recurrida y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley y a derechos, absolviendo al imputado del hecho 2, relativo al artículo 366 quáter, inciso segundo, del Código Penal, aplicando consunción del hecho 4 al hecho 3, relativos a los artículos 374 bis, inciso 2°, y 366 quáter, inciso segundo, ambos del Código Penal, y acogiendo la colaboración sustancial;

y en subsidio, establecer tentativa del hecho 2 y atenuante de colaboración sustancial para los hechos 2, 3 y 4, aplicando la pena única de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en lo principal, o las penas de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo por el hecho 2 relativo al artículo 366 quáter, inciso segundo, del Código Penal; de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por el hecho 3 relativo al artículo 366 quáter, inciso segundo, del Código Penal; y quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio por el hecho 4 relativo al artículo 374 bis, inciso segundo, del mismo Código, más abono y accesorias, o aquellas penas que se estime en derecho correspondan.

Con fecha 17 de diciembre último se procedió a la vista del recurso, alegando letrados en su defensa y por su rechazo, quedando fijada la lectura de esta sentencia para el día de hoy.

Con lo oído y considerando:

1º) Para fundamentar la causal en la que estriba el alegato de nulidad de su recurso, la defensa afirma que el hecho 2 de la acusación se satisface, alternativamente, con el envío, entrega o exhibición de imágenes o grabaciones de la víctima o de otro menor de 14 años. En esos casos —dice quien recurre— la determinación del menor se logra bajo presiones, acoso, manipulaciones o, de rechamente, bajo amenazas; todo ello con la finalidad de conseguir material pornográfico del menor con el que se ha establecido contacto, normalmente a través de redes informáticas o tele-

máticas. Por consiguiente —acota— no se sanciona el simple acoso de los menores, sino que dicho acoso haya tenido como resultado la determinación del menor a realizar la conducta solicitada por el sujeto activo.

Por lo anterior, a juicio del recurrente, es una errónea aplicación del derecho sostener que no existe injerencia en la consumación del delito si la “determinación no ha sido suficientemente potente”, pues el hecho de determinar debe concretarse en el sujeto pasivo.

A continuación, en relación al hecho 3 y la posible consunción con el hecho 4, el recurso señala que el límite entre las figuras delictivas de los artículos 366 quáter, inciso segundo, y el artículo 374 bis del Código Penal es difuso. Resalta que el almacenamiento privado de pornografía, en cuanto tal, resulta incompatible con la afectación de bienes jurídicos de otros; por ello —agrega— mientras sus acciones no trasciendan e importen una amenaza para otros, lo que acontezca dentro de su intimidad y vida privada carece de relevancia penal.

Como un capítulo subsidiario del anterior, el recurso expresa que se ha condenado por dos delitos del artículo 366 quáter, inciso segundo, del Código Penal, en grado de consumado, en circunstancias que si se iba a condenar por estas figuras, el hecho 2 sólo podía serlo en grado de desarrollo tentado y acogiendo la atenuante de colaboración sustancial en los hechos 2, 3 y 4. Explica el tipo penal en alusión es un delito de resultado que se consuma

cuando el menor víctima efectivamente toma la decisión de realizar la acción solicitada por el sujeto activo y al realizar la acción de significación sexual, o enviar, entregar o exhibir las imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años. Señala que al haber dado comienzo a la actividad, ésta no ha alcanzado el desarrollo pleno que la hace punible, lo que permite su castigo a título de delito frustrado y también, a título de tentativa. En la especie –dice– no resultó ser frustrado, dado que para ello el agente debió haber colocado de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad y un ejemplo sería que el sujeto activo toma fotos de significación sexual, y las va a enviar, pero es sorprendido por sus padres, y no envía el archivo al sujeto activo.

En cuanto al rechazo de la atenuante contemplada en el artículo 11 número 9 del Código Penal, el recurrente afirma que para su procedencia basta que la colaboración importe aportar antecedentes serios y efectivos para la averiguación de la participación culpable y del hecho constitutivo del delito, circunstancias que pueden operar en dos órdenes: la entrega de antecedentes relevantes por parte del acusado, o una mayor contribución al grado de convicción del tribunal.

En relación a ello –continúa el recurso– aun cuando haya una orden de entrada y registro en el hecho 4, el imputado entregó datos de tres cuentas de Facebook, una de las cuales estaba activa, por lo que los investigadores

podieron ingresar a la misma mientras aquel estaba en prisión preventiva, pudiendo percatarse de que éste mantenía contacto con otro menor. Afirma que esto es relevante porque, según el Comisario Araya Ortiz, había otras investigaciones en contra de Bugueño Caroca por los mismos hechos, por lo que no sólo se colocó en una situación de una futura auto denuncia, sino que además, la información que aportó fue útil para ligar las aristas de los distintos hechos. Por lo tanto, en su opinión, es posible sostener que la colaboración sustancial está presente en los hechos 2, 3 y 4;

2º) La causal de nulidad establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal opera cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Según la doctrina, la transgresión acusada puede ocurrir en las siguientes hipótesis: por contravención formal de la ley, por su errónea interpretación, o por una falsa aplicación de la misma.

Por consiguiente, la causal esgrimida recae exclusivamente sobre aspectos de derecho, por lo que no se puede, por medio de ella, alterar los hechos de la causa;

3º) Los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal expresan –en el considerando sexto– que son hechos probados en la causa, respecto de los cuales adquirieron convicción, más allá de toda duda razonable:

a) Que el año 2016, Juan Gabriel Bugueño Caroca, desde el domicilio

ubicado en calle 4 Norte N° 80, de la comuna de Paine, utilizando la aplicación WhatsApp desde el número telefónico +56973922603, con el objeto de procurar su excitación sexual, determinó a la menor de iniciales A.I.C.G., de 12 años al momento de los hechos, a enviar imágenes desnudas de su persona (signado en la causa como hecho 2).

b) Que en los años 2016 y 2017, Juan Gabriel Bugueño Caroca, domiciliado en calle 4 Norte N° 80, de la comuna de Paine, utilizando distintas cuentas de Facebook y mediante mensajería WhatsApp, obligó a la menor de iniciales K.K.A.Q., nacida el 19 de mayo de 2004, a enviarle fotos desnudas (denominado en la causa hecho 3).

c) El día 30 de marzo de 2017, en horas de la mañana, personal de la PDI realizó la diligencia de entrada y registro al inmueble ubicado en calle 4 Norte N° 80, de la comuna de Paine, en virtud de una orden judicial, lugar donde sorprendieron a Juan Gabriel Bugueño Caroca, quien almacenaba en su celular personal, marca LG, veintidós (22) fotografías y dos (2) videos de dos menores de edad, entre los cuales está la víctima K.K.A.Q., en conductas de connotación sexual y exhibiendo sus pechos y genitales con fines sexuales (nominado como hecho 4).

Esos hechos acreditados son calificados en la sentencia como dos delitos de abuso sexual de persona menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 366 quáter, inciso segundo, del Código Penal, y un delito de almacenamiento de material pornográfico

infantil del artículo 374 bis del mismo cuerpo legal, respectivamente.

En cuanto al grado de ejecución de tales ilícitos, los jueces del fondo consideran que todos se encuentran en grado de consumado.

En cuanto a los dos primeros –dice el tribunal–, debido a que Bugueño Caroca dio principio a la ejecución “exteriorizando la acción típica mediante hechos directos, poniendo en peligro el bien jurídico protegido, vulnerando la indemnidad sexual de las menores, al colocarlas en la situación de verse involucradas en este tipo de interacciones atendida la edad de las menores, siendo irrelevante para el tipo penal en estudio el consentimiento de las ofendidas puesto que se considera que éste no existe por su incapacidad absoluta para decidir su involucramiento en una actividad enmarcada por la sexualidad, bastando que se dé objetivamente la circunstancia de su edad y que esta sea conocida del autor a nivel de culpabilidad, presupuesto este último que se tiene por establecido por tratarse el acusado de un sujeto de 29 años de edad, configurándose así el dolo necesario en el agresor (...) y quería, a pesar de ello, satisfacer sus instintos sexuales, lo que llevaba a efecto mediante la exigencia y/o peticiones de imágenes de contenido sexual en la que involucraba a menores de edad, todo con el único propósito de lograr sus aspiraciones delictuosas”.

Seguidamente, respecto al delito normado en el artículo 374 bis del Código Penal, los sentenciadores afirman la consumación en que Bugueño Caro-

ca mantenía en sus dispositivos electrónicos fotografías de carácter sexual de menores de catorce años, como en el caso de la niña K.K.A.Q., así como videos con imágenes de sexo explícito realizado por menores de edad. Injusto que, a juicio del tribunal de juicio oral en lo penal, es independiente de la figura típica del inciso segundo del artículo 366 quáter antes aludida, por corresponder a una conducta distinta del acusado, consistente en el almacenamiento requerido en la ley penal en referencia;

4º) Junto al sustrato fáctico anotado en la motivación precedente, el fallo que se revisa –en el considerando quinto– describe y asienta otros hechos obtenidos de la prueba de cargo, entre los que ameritan ser destacados a los fines de resolver el recurso en estudio, los siguientes:

a) La niña A.I.C.G. declaró que no recordaba si envió o no las fotografías –refiriéndose a aquéllas que le pidió un tipo mayor que le habló por WhatsApp– y que con su celular se quedó la policía.

b) El Inspector Ignacio Valeria Reyes declaró que realizó una investigación basada en una denuncia de una menor de iniciales A.I.C.G., de 12 años, quien indicó que los mensajes que recibió por WhatsApp provenían de un teléfono celular cuyo número terminaba en 2603, perteneciente a la compañía Entel.

c) El perito Juan Sandoval Machuca declaró que analizó el informe pericial N° 25, de 23 de agosto de 2016, correspondiente a un celular marca

Azumi –misma marca del teléfono de A.I.C.G.– en cuya tarjeta SIM se encontraron tres fotografías que fueron enviadas a través de WhatsApp, en las que aparecía una menor de edad en ropa interior en un dormitorio.

d) El encartado mantenía, a lo menos, tres perfiles falsos de Facebook “tu gánster malo”, “tu nene malo” y “jean fantasma”, por medio de los cuales solicitaba a menores de edad material pornográfico, lo mismo que hacía por medio de la aplicación de WhatsApp desde el número terminado en 603 de la empresa Entel.

e) La empresa Entel informó que dicho número telefónico estaba registrado a nombre del acusado.

f) Las conductas del acusado en los hechos 2, 3 y 4 tuvieron lugar a distancia, esto es, sin estar en presencia física de las menores de edad, pues todas las comunicaciones se verificaron utilizando la mensajería de Facebook, a través de perfiles falsos, o por medio de la aplicación WhatsApp; y además, no era una comunicación al azar, dado que al amenazarlas les daba a conocer información que manejaba sobre ellas, como colegios, nombres de “familias” (familiares), de amigas, hermanas, etc.

g) La menor de iniciales K.K.A.Q. envió tres imágenes eróticas al Facebook de Bugueño Caroca, quien se las había solicitado a través del perfil falso “Jean fantasma”; imágenes que fueron encontradas en el teléfono del encartado.

h) El acusado tenía conocimiento de que A.I.C.G. y K.K.A.Q. eran menores de edad; 5º) Según se reseñó *supra* 1º),

la defensa argumenta en abono de su postulado de nulidad:

I. Que en relación al hecho 2, al no haber quedado comprobado el envío de las fotografías de la niña A.I.C.G., el agente no consiguió el material pornográfico para el cual había establecido contacto virtual, lo que quiere decir que la víctima no fue “determinada” a enviar, entregar o exhibir las imágenes, por lo que sólo se estaría frente a una conducta de acoso sin relevancia penal.

II. Que el hecho 4 quedaría absorbido, por consunción, en el hecho 3, deviniendo ambos en un solo delito, toda vez que las fotografías solicitadas estaban destinadas a ser vistas únicamente por el acusado, quedando guardadas como archivos electrónicos.

III. Que para el caso que se deseche su atipicidad, el hecho 2 sólo podía ser sancionado en grado de tentado –puesto que no alcanzó con su actuar a lograr la “determinación” de A.I.C.G.

IV. Que, igualmente, en subsidio de lo pretendido en las letras a) y b) que preceden, debió reconocerse al acusado la atenuante contemplada en el artículo 11 número 9 del Código Penal.

Sin perjuicio del razonamiento que se desarrollará más adelante, se dirá que el recurso exhibe una defectuosa formulación, desde que, de un lado, afirma que la conducta constatada con respecto del imputado en el hecho 2 es impune bajo el prisma penal, pero al mismo tiempo aduce que se trata de un delito ejecutado sólo en grado de desarrollo de tentado. Aunque se trata de una afirmación en subsidio de la otra, lo cierto es que son inconciliables

en sede de nulidad, pues en definitiva resultan ser planteamientos alternativos, esto es, llamados a regir sólo para el caso de que uno u otro no resulte acogido, con un resultado distinto en cada caso, contradictorios entre sí.

No debe perderse de vista que el recurso intentado es de tipo extraordinario y de derecho estricto, de manera que no admite reflexiones discordantes, eventuales o para el supuesto que no prosperen otros capítulos de impugnación como tampoco que ellas se interpongan en forma subsidiaria;

6º) No obstante lo expresado recién, esta Corte estima conveniente abordar los diversos extremos del postulado de nulidad.

En cuanto a las primera y tercera de esas vertientes sobre las que descansa el recurso –la relación de subsidiariedad de la última aconseja abordarlas de manera conjunta–, conviene recordar que los grados de ejecución son etapas en que puede quedar la realización del delito, y cada una de ellas constituye un distinto grado en que alcanza a verse satisfecha la dimensión comprendida por la hipótesis que conforma la figura delictual de que se trate.

Así, son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o

simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

La recurrente argumenta que no existe delito consumado en el hecho 2, desde que la víctima A.I.C.G. no envió las fotografías que le requirió el encartado, entonces la figura descrita en el inciso segundo del artículo 366 quáter del ordenamiento punitivo no se completó.

Al respecto, cabe recordar que el tipo penal contenido en la disposición legal en mención reza: Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Sobre este ilícito se ha dicho: “(...) la figura que ahora nos ocupa sólo capta el hecho de determinar a un niño a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones suyas o de otro menor de catorce años, con contenido sexual.” (Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*; Ed. Jurídica de Chile; pág. 275);

7º) Según lo antedicho y en lo que al caso de autos incumbe, la lectura del segundo párrafo del artículo 366 quáter en comento revela que, en lo que a la faz objetiva del tipo penal, el núcleo de la acción del sujeto activo está dirigida a lograr en el menor de edad esa “determinación” al enviar, entregar o exhibir las imágenes o grabaciones a las que el precepto refiere.

Por consiguiente, la concreción de la conducta del niño no representa un aspecto con trascendencia a los efectos de la calificación del *iter criminis*.

Conforme al lexicón, la forma verbal determinar tiene ocho acepciones, y entre ellas, las atinentes para la presente resolución dictan: (...) 2. Hacer que alguien decida algo. (...) Ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado. (Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., (versión 23.3 en línea). <https://dle.rae.es>);

8º) Dicho lo anterior y volviendo a mirar los hechos de la causa que vienen recogidos en el fallo que se analiza, rápidamente se advierte que la niña A.I.C.G. sí tomó las fotografías que Bugueño Caroca le pidió, sólo que dijo no recordar si se las había enviado (*supra* 4º), letra a). De hecho, los sentenciadores relevan lo averiguado por el perito Juan Sandoval, en el sentido que el teléfono de la niña en mención contenía tres fotografías que fueron enviadas a través de WhatsApp, en las que aparecía una menor de edad en ropa interior en un dormitorio (considerando 4º), letra c).

Por lo tanto, la acción de determinar la conducta de la menor de catorce años en el sentido descrito por el legislador penal sí aconteció del modo que precisa la disposición en referencia;

9º) En este punto del razonamiento vale recordar que el abuso sexual es uno de los catalogados en doctrina como delitos de mera actividad, vale decir, aquéllos cuya descripción y contenido material se agota en la rea-

lización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. En otras palabras, y en oposición de los llamados delitos de resultado, éste no es un componente de los primeros, toda vez que el tipo penal no exige un resultado separable de la acción que describe: *determinare*. Entonces, sólo si no se consigue esa determinación en la víctima, se podrá decir que la acción típica no alcanzó a completarse, esto es, que no logró consumarse.

10º) En la especie –ya se adelantó– la menor de catorce años de iniciales A.I.C.G. registraba las fotografías en ropa interior en su teléfono celular.

A la luz de lo predicho, es claro que el delito correspondiente al hecho 2 de la causa se consumó y no admite ser calificado de tentado como pide la impugnante –de manera subsidiaria a la atipicidad–, dado que el agente no dejó sin efectuar algún acto de la fase de ejecución que derivara en la no consumación del ilícito.

Con todo, se dejará expresado que tampoco en la especie se está ante la frustración del delito, pues aquello que sirve para definirla es precisamente la hipótesis de consumación, y ésta faltará en la medida que el hechor vea interrumpida la etapa final de la ejecución de la conducta, por hechos ajenos a su voluntad. En el hecho 2 de autos –vale la pena reiterarlo– no hubo tal interrupción, pues la conducta de Bugueño Caroca no quedó interrumpida en la propuesta que dirigió a la niña A.I.C.G., sino que ésta tenía las fotos requeridas, por lo que la determina-

ción que se propuso el sujeto activo, en pos de la que dirigió su conducta, sí se obtuvo;

11º) En seguida, el recurrente funda la causal dispuesta en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal –errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo–, afirmando que se ha infringido la norma prevista en el artículo 374 bis, inciso segundo, del Código Penal, desde que el hecho 4 de la acusación estaría en una relación de consunción con el hecho 3, puesto que las fotografías solicitadas por Bugueño Caroca a la menor de catorce años de iniciales K.K.A.Q. estaban destinadas a ser vistas únicamente por él, por lo que quedaron guardadas como archivos electrónicos.

El precepto en mención estatuye: El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio;

12º) En la especie, la conducta por la que viene sancionado el acusado radica en el almacenamiento de material pornográfico.

Los sentenciadores consideran –como se anotó en el párrafo final de supra 3º)– que la conducta punible constatada consistió en que Bugueño Caroca “mantenía en sus dispositivos electrónicos fotografías de carácter sexual de menores de 14 años, como es el caso de las imágenes de la niña K.K.A.Q., como así también videos



con imágenes de sexo explícito ejecutados por menores de edad”;

13º) Acorde al concepto que proporciona la Real Academia Española, almacenar, en su segunda acepción –que es la que guarda ligazón con el presente asunto– significa reunir, guardar o registrar en cantidad algo. Y da como ejemplo de ella: Almacenar libros, datos, informaciones. (Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., (versión 23.3 en línea). <https://dle.rae.es>).

Junto a esa noción literal, es menester considerar que según se lee en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.927 de 2004, que introdujo el delito en alusión, la finalidad de su iniciativa fue la de sancionar la posesión de pornografía infantil. En ésta se dice: “La tendencia sostenida del derecho comparado es sancionar penalmente la adquisición y posesión dolosa de la pornografía infantil, excluidas bajo determinados supuestos, las situaciones de recepción accidental o no solicitada. Quienes poseen pornografía infantil son parte de la cadena criminal que destruye la dignidad de los niños y promueve su utilización en prácticas sexualmente abusivas y dañinas”.

La reforma legal del ordenamiento penal en comentario pretendió sancionar la adquisición y posesión dolosa de pornografía infantil, por tratarse del último delito de una cadena que afecta la dignidad e integridad física y psíquica de los menores, quienes son utilizados en prácticas sexuales abusivas y dañinas, que luego son reproducidas en

diversos soportes, para posteriormente difundirlas en imágenes, redundando en una doble victimización, toda vez que la existencia de demanda de estos materiales justifica su producción y posterior distribución, y quien lo adquiere pasa a ser un testigo o usuario de un delito cometido en forma previa con una persona menor de edad;

14º) De lo dicho, se desprende que, en sus alcances, este delito que se estructura sobre el verbo rector almacenar refiere al hecho de acopiar o guardar, amén que su descripción típica incorpora el adverbio “maliciosamente”; por lo tanto, requiere el dolo directo del agente, que se materializa en la conciencia de que recopila tales archivos de pornografía infantil en un determinado soporte y que involucra a menores de edad.

Sobre la conducta básica que informa el delito en referencia, se ha escrito: “Las conductas descritas son todas activas y no puede sancionarse como delito omisivo la recepción no deseada de dicho material (p. ej., vía correo electrónico basura o *spam*, o por medio de ‘popups’ durante la navegación en Internet), a menos que se almacenen voluntariamente (lo que constituye, por cierto, una conducta activa)” (Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Ed. Tirant Lo Blanch; pág. 183).

Este ilícito persigue sancionar penalmente el mero hecho de la posesión del material pornográfico, buscando proteger la dignidad de los menores

e impedir la proliferación de la pornografía;

15°) Así, entonces, por una parte, bajo la óptica del elemento gramatical de la interpretación de la ley, el almacenamiento al que se refiere el inciso segundo del artículo 374 bis del Código Penal, equivale a reunir, guardar o registrar una porción grande de material pornográfico; y de otro lado, a la luz del elemento histórico de esa hermenéutica, el reproche penal adviene por la posesión maliciosa de esos elementos, de suerte tal que excluye el registro que se detecta, pero que fue recibido de manera causal, sin pedirlo.

Pues bien, en el caso de autos concurren esos dos criterios que sirven para delimitar la existencia del ilícito investigado al que se viene haciendo referencia. En efecto, conforme se expresa en el fundamento sexto de la sentencia que se analiza –y se enunció *supra* 3°) letra c–, es un hecho probado en la causa que Bugeño Caroca almacenaba en su celular personal veintidós fotografías y dos videos de dos menores de edad, entre los cuales está la víctima K.K.A.Q., en conductas de connotación sexual y exhibiendo sus pechos y genitales con fines sexuales.

Atendido el número de tales registros –relativos a más de un menor de edad– y la forma en que eran mantenidos por el acusado, no pueden sino ser considerados en una ostensible alta cantidad –la que, en todo caso, el legislador no exige de manera específica– y a sabiendas de su existencia por éste en ese artículo personal y conocidamente idóneo para ello, por lo que no puede

catalogarse de casual, atendido que el autor conocía su contenido sexual y la participación en ellas de menores de edad y, aun así, tomó la decisión de almacenarlas;

16°) Por consiguiente, no hubo error de derecho en los sentenciadores al considerar como un delito independiente el hecho 4 de la acusación, de conformidad a lo normado en el inciso segundo del artículo 374 bis del ordenamiento punitivo;

17°) Finalmente, en cuanto al último de los cuatro errores de derecho que acusa el arbitrio de nulidad de la defensa del acusado Bugeño Caroca, referido a la falta de reconocimiento a su favor de la minorante de responsabilidad de penal prevista en el número 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

Sobre el particular, los jueces de la instancia manifiestan que el basamento de dicha circunstancia modificatoria proporcionado por la defensa –que el imputado, una vez que se procedió al ingreso y registro de su domicilio, prestó colaboración con los policías que practicaron el allanamiento, entregando sus dispositivos electrónicos y facilitando las claves de los mismos– no puede ser tenido como la pretendida colaboración sustancial, “toda vez que la orden de entrada y registro faculta a los policías actuantes para revisar a fondo hasta encontrar lo que buscan y, respecto de las claves, existen herramientas informáticas que posee la brigada del ciber crimen de la PDI que le hubiese permitido igualmente vulnerar

las claves de tales aparatos electrónicos, por lo que nada de lo actuado por el imputado se torna sustancial, sino tan solo facilitó una labor investigativa que igualmente hubiese llegado a su objetivo, por cuya razón se descartará la aplicación de la atenuante de marras (...)” (considerando noveno);

18°) Sobre el vínculo del recurso de nulidad y un eventual error *in iudicando* referente al reconocimiento de atenuantes y agravantes en la decisión de la judicatura penal, se ha dicho: “la determinación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal no está entregada al arbitrio o a la prudencia del juez, sino que el Código Penal señala categóricamente los casos en que debe atenuarse o agravarse la responsabilidad del reo. Luego, la ley ha señalado los hechos que tienen la virtud de configurar las circunstancias mencionadas, constituyendo, por tanto, su calificación una operación de derecho que debe estar sujeta al control de la Corte de Casación” (Waldo Ortúzar Latapiat; *Las Causales del Recurso de Casación en el Fondo en Materia Penal*, Ed. Jurídica de Chile, pág. 306).

Por consiguiente, la calificación jurídica de los hechos que la recurrente considera constitutivos de la atenuante en estudio, constituye una cuestión de derecho revisable por esta Corte a través de la causal de nulidad invocada;

19°) Antes de avanzar en la reflexión, cabe recalcar que no cualquier comportamiento del imputado admite ser encuadrado en la modificatoria en cuestión. En otras palabras, no cualquier acto que facilite o abrevie

la labor policial es, por ese solo hecho, equivalente a una colaboración sustancial para aclarar el delito. Esto se debe, precisamente, a que tal contribución debe ser esencial o importante en el logro del esclarecimiento del hecho. Valga considerar, para ejemplificar lo anterior, que la confesión por parte del imputado no se traduce siempre y necesariamente en el reconocimiento de la circunstancia minorante en mención.

Refiriéndose a ese concepto legal indeterminado la Excm. Corte Suprema ha dicho: “Esta circunstancia no está relacionada con la actuación criminal del encausado, sino con su comportamiento con posterioridad al hecho punible y especialmente con la manera como enfrenta la investigación criminal, esto es, guardando silencio, con una actitud de colaboración activa o incluso obstrucción a la misma. Con su establecimiento se reconoce el sacrificio del derecho constitucional a guardar silencio y que se ayude activamente con la acción de la justicia en el esclarecimiento de los hechos. (...) La contribución a la investigación debe ser sustancial, aquello que está presente y forma parte de lo más importante o trascendente (...)” (N° 12182-2011, 29 de febrero de 2012);

20°) Como se anotó *supra* 17°), el tribunal *a quo*, al desestimar la solicitud de la defensa en orden a considerar concurrente la referida atenuante de responsabilidad penal, indica pormenorizadamente los fundamentos de tal decisión, pues la colaboración prestada por el condenado no reviste la especial

envergadura o trascendencia que tal circunstancia requiere.

En efecto, la expresión “sustancial”, según indica el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa “que constituye lo esencial y más importante de algo”, lo cual es indiciario de que requiere, para su concurrencia, que el aporte que realiza el imputado a la investigación sea de cierta magnitud, relevancia o significación, lo que no ocurrió en la especie, según expresa el tribunal del fondo en el considerando noveno antes referido, conclusión con la que esta Corte concuerda;

21º) Por consiguiente, por comparar este tribunal de nulidad la opinión de los jueces del mérito en esta materia, resulta que tampoco este capítulo del arbitrio impugnador puede prosperar;

22º) Corolario de todas las razones apuntadas en las motivaciones que anteceden, el recurso promovido por

la defensa del acusado, por fuerza, será desestimado.

Y de conformidad, también, con lo preceptuado en los artículos 342, 373, letra b) y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto a favor del sentenciado Juan Gabriel Bugueño Caroca, en contra de la sentencia de diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve, dictada en los autos RIT O-284-2019, RUC 1700303344-9 y el juicio que la antecedió del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo, los que en consecuencia no son nulos.

Redacción de la ministra Alejandra Pizarro.

Pronunciada por la Quinta Sala de esta Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por las Ministras señora María Teresa Letelier Ramírez, señora Adriana Sottovia Giménez y señora María Alejandra Pizarro Soto.

Rol N° 3160-2019.