

IMPROCEDENCIA DE ACUDIR AL DELITO CONTINUADO CUANDO LAS CONDUCTAS DEL IMPUTADO NO SON IDENTICAS

Abuso sexual. Delito continuado. Acciones ejecutadas en tiempos diversos tratadas como un todo. Figura no reconocida en la ley. Reconocimiento doctrinario y jurisprudencial. Finalidad del delito continuado. Evitar aplicación de penas excesivas. Conductas del imputado que afectan el mismo bien jurídico; pero que no son idénticas. Improcedencia de acudir al delito continuado.

Doctrina

I. El delito continuado no está expresamente reconocido en nuestra legislación positiva, constituyendo el fruto de la doctrina y la jurisprudencia. Se presenta cuando varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, consideradas de forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, son tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas. Sin embargo, no siendo el delito continuado una noción claramente definida ni regulada en la ley, el reconocimiento que de él ha hecho la doctrina y jurisprudencia han tenido, más bien, un afán de política criminal, para evitar penas excesivas (considerando 4º)

II. No incurrir en errónea aplicación del derecho los jueces cuando no sancionan al imputado como autor de un delito continuado, toda vez que si éste ha perpetrado, en ocasiones diversas, conductas que no fueron idénticas en cada ocasión, en la persona de la víctima, pero todas constitutivas de abuso sexual, resulta improcedente acudir a la tesis del delito continuado para aplicar una penalidad menor (considerando 15º).

Texto completo de la Sentencia Corte de Apelaciones de Concepcion

Concepción, a siete de enero de dos mil ocho.

Visto:

A fs. 15 comparece Sandra Betancourt Pino, Defensora Penal Pública, en representación del imputado Mauricio Alejandro Sanhueza Careaga, RUN. 14.372.886 2, chileno, 32 años, gáster, casado, domiciliado en Chiguayante, San Carlos 288, y deduce recurso de nulidad en contra del fallo de 14 de noviembre de 2007, dictado en autos RUC 0600693237 K (RIT 288 2007), por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por el cual se condenó a Sanhueza, como autor de dos delitos de abuso sexual, a la pena única de seis años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias. Dice que se han configurado, en la especie, las siguientes causales de nulidad: 1) La contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 351 del mismo cuerpo de leyes y 366 bis del Código Penal, toda vez que se hizo una errónea aplicación del derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, porque los hechos acreditados no son constitutivos de delitos reiterados sino que de un delito continuado de abuso sexual; y 2) La estatuida en el artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 289 y 290 de ese texto legal, y artículo 14 apartado 3º del Pacto Internacional de Derechos Humanos y, además, artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por aplicación del artículo 5º de la Carta Fundamental, toda vez que el defensor se vio impedido de ejercer las facultades que la ley le otorga, puesto que no pudo presenciar, de manera directa, el testimonio de las víctimas. Esta segunda causal se hace valer en forma subsidiaria de la primera. Que, respecto de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, señala que en los hechos que se establecieron en los motivos 6º y 10º de la sentencia, no se indicó fecha, día u hora de cada abuso, sin haber certeza del inicio ni término de cada uno, lo que los transforma en un delito continuado, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, acorde con lo que se ha resuelto y estimado por delito continuado: "aquel compuesto por varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas, por lo que, son sus elementos, los que siguen: a) existencia de un vínculo de conexión que unifique las distintas acciones; b) pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface las exigencias del tipo respectivo; c) transcurso de un cierto lapso entre la ejecución de cada una de dichas acciones; d) unidad de sujeto pasivo; y e) los delitos en conexión deben ser de la misma especie; que de los hechos acreditados en el fallo, se desprende que todos los elementos señalados se dan en la situación en estudio, por la que la calificación que se dio a esos hechos debió ser la que indica y no la que se efectuó de ellos; que si bien la figura del delito continuado surgió inicialmente en el ámbito de los delitos patrimoniales, destacados juristas y autores han extendido su aplicación a otros delitos, como el de autos, y así, por ejemplo, lo hace el profesor Rodríguez Collao o el profesor Garrido Montt; que con su obrar, el tribunal aumentó en manera desproporcionada la pena al imputado, no habiendo debido exceder la condena de 3 años y 1 día. Por esto, solicita se anule la sentencia, por haber realizado una errada aplicación del derecho, dictándose una de reemplazo que imponga la pena en su mínimo, o

sea, tres años y un día. Sobre la otra causal, subsidiaria, expone que el tribunal impidió presenciar a la defensa, de manera directa, el testimonio de la víctima, lo que hizo, solamente, mediante circuito cerrado, desde una dependencia contigua, afectando el principio de inmediación y contradicción, y pese a establecer el Código que la realización del juicio debe llevarse a cabo en audiencias continuadas, públicas y en presencia de todos los intervinientes, no pudiendo vulnerarse la presencia del defensor. Por ende, para el caso que se desestime la primera causal, solicita, de modo subsidiario, se haga lugar a la segunda, anulándose la sentencia y el juicio oral, el que deberá ser efectuado por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

A fs. 29 esta Corte declaró la admisibilidad de los recursos, viéndose la causa el 17 de diciembre del año recién pasado, con asistencia de la Fiscal Andrea Melo Sanhueza y la Defensora María Cristina Melgarejo Sáez. Para comunicar la decisión del tribunal, se fijó el día de hoy, en audiencia a efectuarse a las 11 horas.

Con lo relacionado y considerando:

1. Que la defensa de Mauricio Alejandro Sanhueza Careaga, ha deducido recurso de nulidad en contra de la sentencia de 14 de noviembre de 2007, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 351 del mismo texto legal y 366 bis del Código Penal. En subsidio, por la causal del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, en relación con lo estatuido en los artículos 289 y 290 de ese texto legal; 14 apartado 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tienen rango constitucional acorde con lo dispuesto en el artículo 5º de la Carta Fundamental.

Los basamentos de tales causales se expresaron, latamente, en lo expositivo de esta sentencia;

2. Que en el raciocinio sexto, punto I), del fallo de primer grado, se tienen por acreditados los siguientes hechos:

“Que en fechas indeterminadas, entre los meses de marzo a julio del año 2006, Mauricio Alejandro Sanhueza Careaga realizó en contra de su hija individualizada con las iniciales K.M.S.C. cédula de identidad N° 20.274.575 K, nacida el 14 de julio de 1999, actos de relevancia y de significación sexual, los que tuvieron lugar en el domicilio de la víctima, ubicado en Pasaje San Carlos 288, sector Leonera, Chiguayante. Así, en una ocasión, el señalado Sanhueza Careaga condujo a su hija hasta su dormitorio, donde la acostó sobre una cama, le bajó la ropa y se bajó la propia, rozando su pene erecto por el ano y los glúteos de la menor; en tanto que en otra oportunidad, en un día distinto al anterior, estando junto a su hija en el dormitorio, le bajó la ropa realizándole tocaciones en la zona genital y pasándole la lengua por la vagina ;

3. Que en el considerando décimo de la sentencia en revisión, el tribunal expone que: “Los hechos que se han dado por establecidos en el motivo sexto, numeral I), configuran dos delitos de abuso sexual, en carácter de reiterados, previstos y sancionados en el artículo 366 bis del Código Penal, en relación con el artículo 366 ter del mismo Código, en grado de consumados, desde que una persona realizó actos de significación y relevancia sexual en la víctima, persona menor de catorce años de edad, mediante contacto corporal, distintos del acceso carnal, consistentes en las tocaciones de sus genitales y partes del cuerpo ya referidos ;

4. Que en torno al delito continuado es pertinente recordar que su existencia no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación positiva y que es el fruto de la doctrina y jurisprudencia. Se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obtente lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas (Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Editorial Jurídica, 1985, Tomo II, página 275).

Sin embargo, el concepto de delito continuado, como se ha visto, no es una noción claramente definida ni regulada por la ley penal y, el reconocimiento de la doctrina y jurisprudencia, ha tenido, más bien, un afán meramente de política criminal, para evitar penas o condenas excesivas;

5. Que, en el caso en análisis, en los hechos acreditados por el tribunal, que no se han impugnado, sino que únicamente en cuanto a su calificación jurídica, se deja establecido, claramente, que el hechor, en dos oportunidades diversas, realizó conductas, que no fueron idénticas en cada ocasión, en la persona de la víctima, pero ambas,

constitutivas de abuso sexual. Así, y por lo que luego se dirá, no resulta procedente acudir a la tesis del delito continuado para los efectos de aplicar una pena morigerada al imputado.

En efecto, la recurrente en su recurso, que como se sabe es de derecho estricto, al explicar como la irregularidad que expone habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ha expresado: "El error de derecho incurrido en la sentencia, ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto al haber sancionado como delito reiterado, se ha condenado a mi representado dentro del rango de presidio mayor en su grado mínimo, en circunstancias que correspondía hacerlo dentro del grado de presidio menor en su grado máximo ; antes había señalado que, favoreciendo a su representado una atenuante de responsabilidad criminal y perjudicándole una agravante, la condena "no debió haber excedido de los 3 años y 1 día de privación de libertad ;

6. Que el delito de abuso sexual contemplado en el artículo 366 bis del Código Penal, se castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y 1 día a 10 años).

A Sanhueza Careaga le favorece una atenuante y obra en su contra una agravante, como lo indica su propia apoderada; éstas circunstancias modificatorias, en conformidad a la ley, se compensan, lo que equivale a decir que, en la situación que se refiere, Sanhueza está en la misma situación de no tener atenuantes ni agravantes, de modo que, el tribunal, en la imposición de la pena está facultado para recorrerla en toda su extensión. Lo acotado demuestra, palmariamente, que aún en el caso de considerarse los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual, igualmente la pena aplicada por la sentencia en revisión estaría dentro de los márgenes permitidos por la ley y los jueces actuando dentro de sus atribuciones legales. Por ende, no lleva razón la parte recurrente, cuando afirma en su recurso, categóricamente, que la pena privativa de libertad a imponer, no pudo exceder de 3 años y 1 día;

7. Que, tan cierto es lo que se dice, que aún en el caso hipotético que esta Corte acogiera el recurso de nulidad y dictara sentencia de reemplazo, calificando los hechos como constitutivos de un delito continuado de abuso sexual, podría, legalmente, aplicarle la misma pena que el Tribunal de Juicio Oral;

8. Que acorde con lo que se viene narrando, de donde no aparece que en el fallo recurrido se haya realizado una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de él, y atendido lo preceptuado en el artículo 375 del Código Procesal Penal, el recurso de nulidad, en cuanto se basa en el artículo 373 letra b) del texto legal indicado, no puede prosperar;

9. Que la segunda causal de nulidad, esto es, la del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal, la funda la defensa en el hecho que se le impidió presenciar, de manera directa, el testimonio de la víctima, ya que se le interrogó mediante un circuito cerrado de televisión, no pudiendo ver sus gestos para captar la sinceridad de su testimonio y valorar sus dichos como creíbles o no;

10. Que el artículo 374 del Código anteriormente aludido, al estatuir los motivos absolutos de nulidad, señala: "El juicio y la sentencia serán siempre anulables: letra c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga ;

11. Que las facultades del defensor están determinadas por la naturaleza de los cometidos de defensa que le corresponde asumir en su gestión, y se dividen en funciones de asistencia técnica o formal y en funciones de representación. La función de asistencia es la labor propia del defensor y –como lo establece el artículo 104 del Código Procesal Penal– en su desempeño "podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal . En consecuencia, al igual que el imputado, podrá ejercer todas las atribuciones otorgadas a éste por el artículo 93 del cuerpo de leyes en mención, excepto aquellas que, por su naturaleza o porque la ley lo disponga, exijan la comparecencia personal del imputado. Las funciones de representación del imputado las puede asumir el defensor en todos los casos en que no sea exigible la presencia personal del imputado;

12. Que la circunstancia de nulidad que ahora se estudia es un motivo absoluto de nulidad, porque importa, de existir, necesariamente perjuicio para el interviniente, y un vicio sustancial, desde el momento en que constituye una infracción manifiesta a garantías o derechos fundamentales. Se trata de una situación en que el propio legislador determina que, por la gravedad del hecho en que se sustenta, ha existido infracción sustancial de una garantía o derecho que contempla la ley. En otras palabras, es precisamente por la trascendencia de la sanción, que la ley dispone que la infracción reclamada,

que constituya la causal, sea, como se ha dicho, sustancial, es decir, trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho del debido proceso;

13. Que, sin perjuicio de dejar anotado que el defensor del imputado aceptó, sin reclamar sobre ello, que la menor ofendida declarara por medio de circuito cerrado de televisión; es necesario consignar que el simple hecho que de esa manera, eventualmente, se le haya impedido que apreciara con claridad los detalles y gestos de su persona, lo que no le permitió "captar la sinceridad de sus testimonio y valorar sus dichos como altamente creíbles", de forma alguna puede ser considerada una irregularidad de una entidad suficiente para constituir un verdadero impedimento al defensor, en orden a ejercer sus funciones de asistencia técnica o formal como tal, todas las cuales, por lo demás, llevó a cabo, hasta ahora.

Por otra parte, la medida señalada, que contó con su anuencia, se tomó, nada más que como una medida excepcional, de protección de la víctima, de corta edad, acorde con las facultades que la ley otorgaba para ello al tribunal;

14. Que, en consecuencia, tampoco puede tenerse por configurada la segunda causal de nulidad alegada por la defensa del sentenciado.

Por estas reflexiones, disposiciones legales citadas, y lo preceptuado en los artículos 47 y 372 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

Que no se hace lugar, sin costas, por estimarse que hubo motivo plausible para deducirlo, al recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Mauricio Alejandro Sanhueza Careaga, en lo principal de su presentación de fs. 15, manteniéndose la validez de la sentencia y del juicio.

Léase lo decidido en la audiencia de hoy.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Guillermo Silva Gundelach.

Rol 652 2007.

Corte de Apelaciones de Concepción, 07/01/2008, 652 2007