

COMENTARIO:

## LA SOBREMENSURA MINERA NO ES PREVARICACIÓN

*Winston Alburquenque Troncoso*  
Profesor ayudante de Derecho de Minería

*María Elena Santibáñez Torres*  
Profesora ayudante de Derecho Penal

El objetivo de este comentario es doble: En primer lugar, dar a conocer los antecedentes íntegros de un caso judicial relativo a una sobremensura minera, fallada con anterioridad a la reforma del Código de Minería del año 1998, que creó un nuevo tipo penal. En segundo lugar, explorar, en conjunto, una elaboración desde los puntos de vista del Derecho Penal (María Elena Santibáñez T.) y desde el punto de vista del Derecho de Minería (Winston Alburquenque T.). Esta colaboración tuvo una primera entrega en las II Jornadas de Derecho de Minería<sup>1</sup>, de las cuales se reproducen, en forma actualizada, los aspectos esenciales del trabajo.

<sup>1</sup> Vid. "El delito de la sobremensura minera", en *Actas de las II Jornadas de Derecho de Minería*. Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán-Coquimbo, 1999, pp. 255-269.

del Código de Procedimiento Penal. Y si, además, solo se sustenta en la causal 4ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, de manera tal que los hechos sentados en la sentencia aparecen inamovibles para el Tribunal de Casación, solo cabe desestimarlos.

2º CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA: *Recurso de apelación que revoca sentencia condenatoria por el delito de prevaricación en contra de Raúl Araya Gallardo del Juzgado del Crimen de Elqui-Vicuña* (sentencia inédita: se reproduce ahora).

MATERIA: *Recurso de apelación (revoca)-Analogía en aplicación de la ley penal (improcedencia)-Mensura minera (perito mensurador)-Hechos de la sentencia no discutidos en el recurso.*

DOCTRINA: *Para la ejecución de un delito debe existir dolo penal, el que no se entiende que ha existido en las acciones realizadas en orden a desempeñar su cometido como perito mensurador, labores para lo cual fue designado. La conducta del perito mensurador no se encuentra expresamente contemplada en la ley penal ni tampoco existe una pena asignada para*

*sancionarlo y por lo tanto, en ausencia de normas específicas, no puede condenarse por analogía.*

3º JUZGADO DEL CRIMEN DE ELQUI-VICUÑA: *Sentencia condenatoria en juicio criminal de Mario Hernández Álvarez en contra de Raúl Araya Gallardo* (fallo publicado en Revista de Derecho de Minas, Volumen IV, año 1993 pp. 270 y ss.).

MATERIA: *Derecho de Minería (Procedimiento de constitución de concesiones mineras-mensura superpuesta a otra anterior-responsabilidad del perito)-Derecho Penal (Delito de prevaricación-infracción de prohibiciones establecidas en la legislación-efectuar mensura superpuesta a otra anterior).*

DOCTRINA: *Se encuadra en el tipo penal de prevaricación contemplado en el artículo 227 N° 3 del Código Penal el hecho que un Ingeniero Civil de Minas masure unas pertenencias, a sabiendas que lo hace sobreponiéndolas a otras ya constituidas, infringiendo así, igualmente a sabiendas, el procedimiento y disposiciones expresamente prohibidas de las leyes mineras.*

## I. EL DELITO DE LA SOBREMENSURA MINERA

La responsabilidad penal del ingeniero o perito mensurador ha sido consagrada en el actual Código de Minería, en un primer momento, con la reforma de la Ley N° 18.941, a través de la cual se inserta un inciso final al artículo 73 que le otorga una responsabilidad civil y penal y, posteriormente, con la reforma de la Ley 19.573, con la que se configura el tipo penal de la sobremensura minera.

### 1º Responsabilidad penal en la Ley N° 18.941 de 1990

La obligación del perito de no mensurar terrenos ya mensurados se vio fortalecida por la reforma del Código de Minería por la ley N° 18.941 del 22 de febrero de 1990 en la que se agregó al final del artículo 73, el siguiente inciso: "Los ingenieros o peritos encargados de la mensura quedarán afectos, en el desempeño de sus cargos, a las responsabilidades civiles y criminales que correspondan".

De la lectura de la norma se desprende que no es precisa en la configuración de un tipo penal ni menos en la responsabilidad civil, toda vez que, en este caso, se aplican las normas que regulan la responsabilidad extracontractual.

Dado que el tipo penal no estaba configurado, esto es, no se creaba un nuevo delito, para evitar que el perito masure sobre terrenos ya mensurados, se intentó buscar una responsabilidad penal en tipos penales existentes en el ordenamiento jurídico criminal.

En efecto, en sentencia del Juzgado del Crimen de Elqui-Vicuña del 30 de abril de 1993 en contra del ingeniero en minas, don Raúl Araya Gallardo, en querrela presentada por Mario Hernández Álvarez se condenó al perito por el delito de prevaricación<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> *Revista de Derecho de Minas*, Vol. IV, año 1993, pp. 270-285.

SENTENCIA INÉDITA DE LA  
CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA

La Serena, tres de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción de los considerandos Tercero, Cuarto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo a Decimoséptimo, Vigésimo primero, Vigésimo cuarto a vigésimo séptimo, trigésimo, trigésimo primero, trigésimo tercero, trigésimo quinto, trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo quinto, cuadragésimo séptimo, cuadragésimo octavo, Quincuagésimo, a Quincuagésimo séptimo primer cuarto que se eliminan.

Y se tiene en lugar de los considerandos eliminados y además presente:

*Primero:* Que en la definición de delito del artículo 1° del Código Penal, uno de los requisitos exigidos es que la acción u omisión sea voluntaria, y la expresión voluntaria ha sido considerada por la doctrina mayoritariamente aceptada por los tratadistas, como equivalente dolosa. (Mario Verdugo Marinkovic, Derecho Penal Tomo 1).

*Segundo:* Que en la definición de delito la voluntad está referida al resultado deseado, y no

cabe duda que la voluntariedad a que se refiere la Ley es a la dolosa, que en nuestra legislación es equivalente a intención y malicia.

*Tercero:* Que en mérito de las consideraciones precedentes, esta Corte es de opinión de que de parte del imputado no ha existido dolo penal en las acciones realizadas en orden a desempeñar su cometido como perito mensurador, labores para las que fue designado.

*Cuarto:* Que en un proceso penal es necesario acreditar la existencia del hecho punible, detallarlo, concretarlo y singularizarlo con todas sus particularidades mediante los medios de prueba y con los razonamientos que conduzcan a la conclusión respectiva.

*Quinto:* Que en este proceso los elementos de prueba de que se ha hecho mención en el fundamento primero del fallo en alzada, no permiten establecer la existencia del delito por el que fue acusado el reo. En efecto, la prueba de cargo no autoriza a llegar a la conclusión concreta y determinada que en los hechos imputados a Araya, indicados en el considerando SEGUNDO del fallo en alzada, hubiese habido por parte de este, intención dolosa.

*Sexto:* Que, a mayor abundamiento, hay que tener presente que la conducta del perito mensurador no se encuentra expresamente contemplada en la

Dicha sentencia señala en el considerando tercero que "Tales hechos encuadran en el tipo penal de Prevaricación contemplado en el artículo 227 N° 3, en relación al artículo 224 N° 2, del Código Penal, toda vez que el hechor -un Ingeniero Civil de Minas- al mensurar las pertenencias 'Espadaña Dos 1 al 29', 'Espadaña Siete 1 al 32' y 'Espadaña Tres 1 al 17', a sabiendas, las sobrepuso en las pertenencias ya constituidas 'Las Vegas 1 al 283', en los términos indicados en los N°s. 14, 15 y 16 del considerando anterior, infringiendo así, igualmente a sabiendas, el procedimiento y disposiciones expresamente prohibitivas".

Sobre la normativa a que están afectos los ingenieros o peritos mensuradores el considerando vigésimo quinto señala "Que, en estas condiciones, no cabe sino aceptar que los ingenieros civiles de minas o los peritos habilitados, encargados de las mensuras, siempre, sea antes o a partir de la inclusión del inciso 3° del artículo 73 del Código de Minería, han estado afectos a las responsabilidades que puedan corresponderles, según las reglas generales, de modo que, en materia civil, habría que ocurrirse a las disposiciones de los artículos 578, 1.437, 2.284 y 2.314 del Código Civil, y en cuanto a la penal, a las existentes en los artículos 223 a 227 del Código Penal, sobre prevaricación de los funcionarios judiciales, sin perjuicio de otros ilícitos que pudieran concurrir".

Sobre la influencia que tiene un perito en la administración de justicia, elemento esencial en la configuración del delito de prevaricación, el considerando cuadragésimo segundo determina "Que las condiciones que se señalan pareciera de toda evidencia que el perito no solo puede influir, sino que derechamente influye en la decisión del Juez para que este declare constituida la concesión de explotación puesto que la operación técnica de mensura efectuada por aquel es una etapa esencial de este procedimiento y la base inmediata que se debe considerar para la dictación de la sentencia correspondiente, ya que en lo demás, conforme se señala en el artículo 85 del Código de Minería, el Juez se limita al control jurisdiccional de la legalidad de la causa y a la corrección de su procedimiento, cuando fuere procedente".

ley penal ni tampoco existe una pena asignada para sancionarlo, y el artículo 18 del Código Penal que dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, en concordancia con el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, y que a la fecha de realización de la mensura de las pertenencias Espadaña no había delito ni pena para el perito; y que en ausencia de normas específicas, no puede condenarse por analogía.

*Séptimo:* Que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible, y que en él ha correspondido al reo una participación culpable y penada por la Ley.

*Octavo:* Que al absolverse al procesado como más adelante se dirá se hace innecesario el análisis de las atenuantes impetradas en la contestación de la acusación de fs. 307.

*Noveno:* Que de esta forma esta Corte disiente del criterio sustentado por el Ministerio Público

manifestada en su dictamen de fs. 470 en orden a confirmar el fallo en alzada.

Y visto lo dispuesto en los artículos 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, 1° y 18 del Código Penal 108, 109, 456 bis, 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, y lo informado por el Ministerio Público, se REVOCA la sentencia apelada de treinta de abril de mil novecientos noventa y tres, escrita a fs. 442 a 465 y se declara que se ABSUELVE a Raúl Antonio Araya Gallardo de la acusación deducida en su contra como autor del delito de prevaricación.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Ministro interina doña María Angélica Schneider Salas.

Rol N° 144.714.

Pronunciada por los señores Ministros Titulares don José Pavisic Dragnic, don Federico Pizarro Contador, don Alfredo Azancoi Vallejo y Ministro interina doña María Angélica Schneider Salas.- Se deja constancia que no firma el Ministro Sr. Pavisic no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse con permiso.

No obstante los argumentos señalados en el fallo comentado, la Corte de Apelaciones de La Serena, en sentencia de apelación de fecha 3 de marzo de 1995, revoca la sentencia de primera instancia del Juzgado de Elqui-Vicuña. Los argumentos para la revocación son, en primer lugar, que por parte del inculpado no ha existido dolo penal en las acciones realizadas y, en segundo lugar, que la conducta del perito mensurador no se encuentra expresamente contemplada en la ley penal. Este último argumento lo refleja el considerando sexto de la sentencia de alzada el que señala "Que a mayor abundamiento hay que tener presente que la conducta del perito mensurador no se encuentra expresamente contemplada en la ley penal ni tampoco existe una pena asignada para sancionarlo, y el artículo 18 del Código Penal que dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, en concordancia con el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, y que a la fecha de realización de la mensura de las pertenencias Espadaña no había delito ni pena para el perito; y que en ausencia de normas específicas, no puede condenarse por analogía".

Sobre este fallo la parte querellante dedujo recurso de casación en la forma y fondo el que fue rechazado por sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de abril de 1996<sup>3</sup>.

La sentencia señala en el considerando sexto que "Que, de este modo, no puede estimarse que la actuación del perito fuera dolosa, pues aun cuando no observó estrictamente las disposiciones del Código de Minería que le impedían mensurar sobre terreno ya mensurado, cabe apreciar que su proceder fue motivado por las controversias judiciales existentes entre los interesados en las pertenencias aludidas que incluso llevaron al organismo técnico a estimarlo factible, porque correspondería en definitiva a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la superposición y precisar las áreas que comprendería, sin que en estas condiciones pudiera concluirse que existió un propósito preciso de cometer un ilícito penal, pues habría sido ejecutado con conocimiento del organismo supervisor en materia minera y del propio Tribunal que concedió la fuerza pública para efectuar la operación, lo que resulta difícil de aceptar".

<sup>3</sup> En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 93, 1996, segunda parte, sección cuarta, pp. 88-92.

La sentencia en el considerando séptimo determina "Que la otra conclusión arribada en el fallo que se impugna, esto es, que la actuación del perito no podría encuadrarse en la figura de prevaricación, resulta acertada, porque si bien el artículo 22 N° 3 del Código Penal hace aplicable las penas con que en los artículos anteriores se sancionan diversos casos de prevaricación a los peritos que se hallaren comprendidos en ellos, y en la sesión 36 del 12 de mayo de 1871 de la Comisión redactora del Código Penal se dejó constancia del parecer de los comisionados de sancionar a los peritos cuando con sus dictámenes influyeran en que la justicia se tuerza (Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno preparadas por el profesor Manuel Rivacoba Rivacoba, ediciones Edeval de 1974, págs. 319 y siguientes), lo cierto del caso es que, contrariamente a lo que se pretende en el recurso, no se puede aplicar la ley penal por analogía, principio de la ciencia penal que consagra nuestra Carta Fundamental cuando en el inciso final del N° 3 del artículo 19 expresa 'Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se menciona está expresamente descrita en ella'.

"De esta forma, forzoso es concluir que no puede aplicarse por analogía a los peritos los casos previstos en el N° 1 del artículo 224 del Código Penal, pues el fallo de las causas y el control de la substanciación de los juicios corresponde a quienes ejercen jurisdicción. De este modo, a los peritos no se les puede aplicar por analogía los casos que contengan conductas ilícitas en que solo pueden incurrir funcionarios judiciales, sino, únicamente, aquellos casos en que no se requiere tal calidad para realizar una conducta delictual, como son la de los N°s 2 y 3 del artículo 222 y 6 del artículo 224 del Código Penal, ya que es posible que el perito pueda actuar maliciosamente motivado por la dádiva o regalo que pueda haber recibido para cumplir su cometido, o bien para seducir a una litigante, o por último faltando a sus deberes mediante consejo indebido a los interesados o revelándole secretos de los que está vedado hacerlo".

Por tanto, para la Corte Suprema la conducta del ingeniero o perito mensurador sobre terrenos ya mensurados no queda comprendida en el delito de prevaricación determinado en el Código Penal.

De esta forma y luego de una discusión extensa en el Parlamento, se dictó la ley N° 19.573, que reforma al Código de Minería y viene, entre otras cosas, a establecer un tipo penal específico que sanciona con una pena especial la conducta del ingeniero o perito que mensura terrenos ya mensurados.

La creación de esta figura punible en un código distinto al punitivo, obedece a la especialidad de la materia de que se trata, que hace necesaria la creación de delitos en el código que regule la materia, en este caso, el Código de Minería.

## 2° *El delito de la sobremensura minera*

La ley N° 19.573 de 1998, modificada por la ley N° 19.694, de 2000, configura derechamente el delito de la sobremensura minera en los siguientes términos:

- El ingeniero o perito no podrá en caso alguno abarcar con la mensura pertenencias vigentes.
- El ingeniero o perito que a sabiendas infringiere la prohibición del inciso precedente sufrirá la pena única privativa de libertad de reclusión menor en su grado mínimo, y la accesoria de suspensión para oficio o cargo público y profesión titular.

Cada vez que estudiamos un delito específico, debemos efectuar un análisis exhaustivo de la conducta punible, a la luz de los distintos elementos que componen la teoría general del delito. Solo si actuamos de esta forma podremos determinar qué es lo que ha perseguido el legislador con la creación de la figura punible en cuestión, cuál es su naturaleza y alcance, que formas de comisión admite y quiénes pueden verse eventualmente involucrados en la realización de una conducta como la que se está estudiando.

Para el estudio de este delito analizaremos sus elementos:

a) Bien jurídico protegido:

El bien jurídico protegido por este tipo penal es la propiedad que tiene el titular de una concesión minera sobre la concesión.

En efecto, la Constitución Política de la República en el art. 19 N° 24 inc. 9° establece “El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número” y la Ley Orgánica Constitucional señala en el art. 6 inc. 1° que “El titular de una concesión minera judicialmente constituida tiene sobre ella derecho de propiedad, protegido por la garantía del número 24 del artículo de la Constitución Política”.

Si se constituye una concesión superpuesta a otra y la afectada no interpone la acción de nulidad dentro de los cuatro años contado de la publicación del extracto de la sentencia constitutiva de la concesión superpuesta, la sentencia que declare la prescripción de la acción de nulidad declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición (art. 96 inc. 3° del Código de Minería).

De esta forma, el concesionario afectado por la superposición será vulnerado en su derecho de propiedad protegido por la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional.

b) Clase de delito:

En primer lugar, es un delito de mera acción toda vez que a diferencia del delito de resultado, en el que existe una acción, un resultado y un nexo causal que escapa de la voluntad del agente, en este caso, toda la conducta está siempre en manos del agente y no existe un factor externo. Es el perito o ingeniero en minas el que debe efectuar toda la conducta punible, esto es, la operación de mensura.

En segundo lugar, es un delito de peligro. En efecto, los tipos penales se construyen porque producen una lesión real en un bien jurídico determinado, o en ciertos casos, como el que analizamos, le basta al legislador con la puesta en peligro de ese bien jurídico. Precisamente, el agente que ejecuta la mensura pone en peligro el derecho de propiedad del concesionario afectado por la superposición, toda vez que puede llegar a extinguirse por la declaración de prescripción de la acción de nulidad.

En tercer lugar, este tipo penal solo admite conducta activa y no puede configurarse el delito por omisión.

c) Conducta típica:

Lo que constituye la materia de prohibición en esta figura punible es que el ingeniero o perito mensurador “a sabiendas” abarque con su mensura pertenencias mineras vigentes.

La voz “a sabiendas” tiene por objeto revertir la presunción de dolo que acompaña la realización de la conducta típica y que se encuentra regida por el art. 1° inc. 2° del Código Penal

En efecto, el art. 1° del Código Penal define delito como “Toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, señalando en su inc. 2° que “las acciones u omisiones se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”, artículo en el cual, según muchos autores, se está presumiendo el dolo en la ejecución del tipo penal.

El requisito que se obre “a sabiendas” significa que circunscribe la comisión de la conducta típica solamente a la acción dolosa, excluyendo un actuar imprudente o culposo. En otras palabras, le corresponde a la parte querellante probar que el agente ha actuado con dolo, esto es, revierte el peso de la prueba.

Por lo tanto, el querellante deberá probar que el perito mensurador o el ingeniero sabía que en el terreno donde mensuró existía una pertenencia y que esta se encontraba vigente. Estos hechos son subjetivos y de difícil prueba, por lo que para facilitar su acción el quere-

llante podrá hacer alguna presentación en el expediente donde se tramita la concesión superpuesta indicando estos hechos, y de esta forma, facilitará la prueba de que el agente sabría que existía una pertenencia vigente en el terreno donde se mensura.

d) Sujeto activo:

Se trata de un delito con sujeto activo calificado, vale decir, que solo pueden cometer el delito personas que tienen una determinada calidad, en el caso que nos interesa, debe tratarse de "cualquier ingeniero civil de minas que escoja el interesado o un perito elegido por este de entre las personas que anualmente designe con tal objeto, para cada Región, el Presidente de la República a propuesta del Director Nacional del Servicio" (art. 71 inc. 2º del Código de Minería).

e) Sujeto pasivo:

El sujeto pasivo es el titular de la pertenencia vigente afectada por la superposición.

f) Itercriminis:

El delito se consuma con la confección del acta y plano de mensura y es, en este momento, en que el ingeniero o perito comete el delito.

Al señalar anteriormente que este tipo penal es un delito de mera acción, solo puede quedar en estado de tentativa y nunca en estado de delito frustrado. De manera tal que, si no se confecciona el acta y plano por el sujeto activo y se ha efectuado la operación de mensura en el terreno, el delito quedará en estado de tentativa.

De acuerdo al art. 78 del Código de Minería, el acta y plano deberá ser presentado al tribunal por el titular de la concesión, por lo que este hecho no depende de la voluntad del agente.

Para aplicar la pena del delito es necesario que se presente ante el tribunal el acta y plano y, en este sentido, podemos señalar que dicha presentación constituye una condición objetiva de punibilidad.

Si se realiza la sobremensura, se presenta el acta y plano de la concesión superpuesta al expediente respectivo, pero no se constituye, en definitiva, la concesión superpuesta, el delito se configura de todas maneras.

g) Penalidad:

La ley contempla para este delito dos penas: una principal, privativa de libertad y otra accesoria, de suspensión para oficio o cargo público y profesión titular. La pena privativa de libertad es de reclusión menor en su grado mínimo.

h) Acción penal:

Este es un delito de acción privada, la que solo podrá ejercerse por el titular de una concesión que soporte directamente la superposición.

Se podrá renunciar de antemano a la acción penal con el fin de dar seguridad al perito si es que se quiere autosuperponer.