

Recurso de nulidad penal Rol I. C. [REDACTED]

Talca, doce de octubre de dos mil veintidós.

Visto:

En autos [REDACTED] el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal [REDACTED] por sentencia definitiva de veintinueve de agosto de dos mil veintidós, se condenó a [REDACTED] a sufrir las penas de **cuatro años** de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, a la interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley señala, a la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, para lo cual deberá informar su domicilio a Carabineros, cada tres meses; la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, concediéndose la sustitución de la pena privativa de libertad por la de **libertad vigilada intensiva**, por el término de cuatro años, y las condiciones de las letras a), b) y c) del artículo 17 y del artículo 17 ter letra b) y d), de la citada ley, consistente en la prohibición de acercarse y comunicarse con el ofendido [REDACTED] y someterse a un programa formativo y de educación en el área sexual. Se condenó al sentenciado al pago de las costas de la causa y a la determinación de la huella genética del sentenciado e incorporación en el Registro de Condenados, conforme la Ley 19.970 y 40 de su reglamento.

En contra de ese fallo, la Defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad basado en la causal de la letra b) del artículo 374 del Código Procesal Penal, basado en dos capítulos de impugnación, el segundo interpuesto en forma subsidiaria.

Se procedió a la vista de la causa, oportunidad en que se escucharon los alegatos del recurrente, del Ministerio Público y la querellante, fijándose la audiencia del día de hoy para la lectura de este fallo.

Considerando:

Primero: Que la Defensa del acusado [REDACTED] basó el Recurso fundado en la **causa de la letra b) del artículo 374 del Código Procesal Penal**, en relación a los artículos 1, 2 y 366 bis del Código Penal. Reproduce la última disposición legal, alegando que en su opinión, la conducta señalada y establecida por el Tribunal como constitutiva de abuso sexual no cumple con los parámetros de relevancia necesarios para considerar los hechos descritos por la presunta víctima como constitutivos del tipo penal e invoca al profesor Rodríguez Collao, que señala que *"...el acto en cuestión debe tener significación sexual entendida esta como una acción de aquellas a que los seres humanos, en base a pautas socialmente acordadas en un tiempo y lugar determinado, catalogan como una expresión del instinto sexual, es decir*

debe tratarse de un acto importante...".(Luis Rodríguez Collao Delitos Sexuales Primera Edición).

La Defensa transcribe los hechos establecidos por el Tribunal, sin hacer referencia alguna al ánimo, intención, motivación que se atribuyó al sujeto activo de la conducta, ánimo que podría hacer subsumir la conducta establecida, en el tipo penal por el cual se le condena en forma definitiva. La sentencia calificó los hechos en cuanto a su significación de relevancia sexual sin determinar exacta y precisamente los elementos que harían relevante y significativo dichos actos.

La doctrina sostiene que el abuso sexual requiere - aparte de la acción (tocamiento) - un ánimo libidinoso o aptitud para producir excitación sexual. Sin embargo, el hecho que Tribunal dio por establecido, no se basta por sí mismo para estimar que se configuran los elementos del tipo penal que se trata, por lo cual la conclusión de sanción es -a su parecer- errada. El no señalamiento, la omisión de la referencia al ánimo con el que se efectúan las acciones del imputado hacen que la naturaleza del hecho no alcance para constituir un acto de significación sexual y relevancia, en los términos exigidos por la descripción del injusto que se trata.

Sostiene que objetivamente, se puede estar en presencia de un tocamiento corporal, no constituye per se un intento de involucrar a quien lo reciba en un contexto sexual, porque de ser así podrían constituir abuso los besos, las palmaditas afectuosas, las caricias en cualquier parte del cuerpo, bastando que la víctima, de acuerdo a su particular apreciación de la realidad, su poder, sus costumbres e incluso su opinión respecto de la actividad sexual, podría atribuirles connotación sexual y sería suficiente para imponer una condena, toda vez que para eso la conducta debe revertir una cierta importancia o gravedad dentro de un conjunto de actos de la misma índole, sin perjuicio que la propia víctima no le dio importancia según lo reconoció en su declaración y cuya deposición recoge la sentencia (considerando octavo, penúltima línea). Cita al profesor Guzmán Dálbora, que afirma "*...la necesidad de un elemento subjetivo para determinar si el acto posee significación sexual o no. No basta que se trate de una acción sexual, concepto culturalmente condicionado, sino que es menester que el acto tenga significación sexual lo que dependerá del ánimo lascivo...Prueba de ello - sostiene - sería la referencia del art. 366 quáter, al ánimo lascivo, al exigir excitación del deseo de otro o propio. Si lo pide en una conducta de menor lesividad con mayor debiera estar presente en una de mayor entidad lesiva como lo es el delito de abuso sexual Por lo demás, si lo que se pretende salvaguardar es la indemnidad del menor tal referencia estaría demás.*" (Guzmán Dálbora, José Luis. "Apreciación y Reprobación de los delitos contra la honestidad en Chile". Cuadernos Judiciales. Reforma Penal Sustantiva. En el camino hacia un Nuevo Código. N° 6, 2002, p. 160-198, p. 187, 188 y 189.)

El fallo recurrido causó agravio a su representado, se le condenó por hechos que no son constitutivos de delito alguno, infracción que se cometió al dictar la sentencia, por lo cual no requiere de preparación.

La Defensa alega que lo razonado por el tribunal a quo, infringió el principio de lesividad, también conocido como principio de ofensividad. En este caso, la ausencia, en los hechos establecidos por el sentenciador, de todo elemento asociado a la idea de un ánimo o intención lasciva, impide considerar que la conducta desplegada por su representado sea de aquellas previstas en el artículo 366 bis del Código Penal, siendo imposible predicar a su respecto que esta ponga en peligro el bien jurídico protegido.

La errónea aplicación del derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, le causó un grave perjuicio, pues, fue condenado a sufrir la sanción impuesta y debió ser absuelto.

En cuanto a las peticiones concretas de la causal principal, pide que se anule únicamente la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte la sentencia de reemplazo de carácter absolutoria.

Respecto de la **motivación subsidiaria de la misma causa de nulidad precedente, indica que** los sentenciadores, estimaron concurrente la agravante del artículo 368 del Código Penal, según razonamiento contenido en el fundamento décimo quinto, que reproduce de manera textual.

Afirma que sobre el tema, yerran los sentenciadores, puesto que con la expresión que utilizan, dan cuenta de lo que estiman sería una circunstancia agravatoria de carácter única y exclusivamente objetiva. En su parecer, la forma acertada de aplicar la agravante requiere que las personas que allí se mencionan - autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado, o encargado del cuidado del ofendido- se prevalezcan de su cargo o autoridad sobre la víctima para cometer alguno de los delitos de los Párrafos 5) y 6) del Título VII del Libro II del Código Penal, cuestión que no se establece en la sentencia.

Sostiene que sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, de la prueba rendida, no aparece en parte alguna el ánimo de prevalerse que subyace a la referida agravante, ya que todos los testigos contestemente dan cuenta de la relación que tenían con el acusado, que no consideraba siquiera su condición de sacerdote, sino su espíritu de participación en la comunidad y con los integrantes de las familias que las componían. En ese contexto, se afirma que *"...Para la configuración de la agravante, en consecuencia, no basta con que el autor esté investido de alguna de las cualidades que la norma menciona, sino que será preciso que el sujeto pasivo se halle efectivamente sujeto a la autoridad que aquellas confieren... de modo que no basta, por ejemplo, con que el autor sea ministro de algún culto religioso, sino que además la víctima tendrá que contarse entre las personas respecto de quienes aquel ejerce su ministerio..."* (Rodríguez Collao, op. cit, página 281).

Asimismo, una interpretación contextual de la preceptiva que regula los delitos sexuales permite concluir que la circunstancia solo será aplicable en caso que el hechor haya abusado de la situación de privilegio en que se encuentra respecto de la víctima.

El perjuicio de esa causal subsidiaria sobre errónea aplicación del derecho, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, causó un grave perjuicio al acusado, pues, en definitiva, se incrementó el reproche en virtud de la concurrencia de la agravante por medio de la exclusión del grado mínimo de la pena, según lo razonado en el considerando décimo sexto, que reproduce literalmente.

La Defensa alega que en su parecer, teniendo presente que la pena asignada por la ley al delito, en el artículo 366 bis del Código Penal, es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, y concurriendo una atenuante muy calificada y ninguna agravante, conforme a lo previsto en el artículo 68 bis del mismo cuerpo legal rebajar la pena en un grado, imponiendo la pena en presidio menor en su grado medio aplicando una pena no superior a 818 días, otorgando la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria, considerando que se reúnen los requisitos objetivos y subjetivos para ello.

Respecto de las peticiones concretas de la causal subsidiaria, en la materia a que se refiere, solicita, conforme dispone el artículo 385 del Código Procesal Penal, que se acoja el recurso de nulidad, se anule únicamente la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte la sentencia de reemplazo que en lo pertinente, rechace la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 368 del Código Penal y en consecuencia imponga la pena de presidio menor en su grado medio, no superior a 818 días, otorgando la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria, considerando que se reúnen los requisitos objetivos y subjetivos para ello.

Segundo: Que el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal establece como motivo de nulidad "...*cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*".

La causal en cuestión conlleva la aceptación de los fundamentos de hecho que el Tribunal Oral tuvo por establecidos, sin que sea lícito entrar al análisis de la prueba y de la posible modificación de esos elementos, atento a que se trata de un recurso de derecho estricto, que no permite su alteración o mutación de los mismos.

En tal evento, los fundamentos fácticos a los que arribaron los sentenciadores son aquellos fijados en el considerando séptimo y décimo quinto del fallo recurrido, los que tienen el carácter de inamovibles para esta Corte.

Tercero: Que en parecer de esta Corte, el primer capítulo de impugnación del fallo -sobre inexistencia del ánimo lascivo del hechor-, se debe considerar la naturaleza de las tocamientos en contra del ofendido, hechas en zonas corporales propias de la sexualidad y directamente vinculadas a la afectación de su indemnidad que el ordenamiento jurídico protege con toda severidad; y, que los hechos del imputado se refirieron a su compromiso afectivo con la víctima, lejano a otro tipo de intereses que pudieran dar pie a la existencia de un interés diverso al ánimo lascivo del acusado, entendiéndose aquel ánimo, como el dolo

propio del hechor respecto de toda infracción penal y referida al ámbito de la indemnidad sexual del ofendido. Si lo que se pretende por la Defensa es la prueba del interés libidinoso o lujurioso de su representado, exige un requisito del tipo penal que la ley no considera necesario para ello; mismo que, además, se debe tener por acreditado con la naturaleza de la afectación, la ausencia de otro tipo de motivaciones, y la infundada acción del acusado. La lascivia y lujuria de éste, se desprende de sus actos y la falta o ausencia de motivaciones legítimas para acceder las zonas corporales propias del ámbito sexual del ofendido, ofendiendo de esa forma la indemnidad sexual de éste.

Por lo razonado, el primer motivo de impugnación por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, debe ser rechazado.

Cuarto: Por lo que dice relación con el segundo fundamento de la misma causa de invalidación precitada, -calificante del artículo 368 del Código Penal-, del considerando séptimo y décimo quinto, quedó establecido por el Tribunal de mérito, la calificación religiosa del acusado y su vinculación con el niño afectado por su actuar en razón de esa característica que le permitió acceder al grupo familiar de éste, las diversas actividades en las que se involucraron el grupo familiar con el imputado, en que fue predominante la condición de integrante de la cofradía católica de éste y que lo situó como personaje de especial ascendencia, que le permitió el acceso al inmueble del grupo familiar del ofendido y al dormitorio de éste, sin mayor control y cuya actuación se produjo prácticamente en presencia de los padres de la víctima. De esa manera, la calificante del artículo 368 del Código Penal aparece plenamente aplicable y compareciente como elemento que debe ser ponderado para la regulación de la pena privativa de libertad.

Por lo anterior, el segundo motivo de impugnación por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, debe ser igualmente rechazado.

Y visto además Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11, 366 ter, 368 del Código Penal; 342, 373 letra b) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza el recurso de nulidad** deducido por la Defensa de [REDACTED] en contra de la sentencia definitiva de veintinueve de agosto de dos mil veintidós, dictada en los autos [REDACTED] del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal [REDACTED] declarándose que el juicio oral y la sentencia no son nulos.

Se condena en costas al recurrente en favor del Ministerio Público y querellante.
Redacción del Ministro Carrillo González.

Regístrese y devuélvase.

Rol I. C. [REDACTED]

Se deja constancia que, pese a haber concurrido a la vista y al acuerdo de esta causa, no firma el Abogado Integrante don Guillermo Monsalve Mercadal, por encontrarse ausente.