

C.A. de Temuco

Temuco, nueve de enero de dos mil veinticinco.

VISTOS:

En causa RUC 2200597438-4, RIT 142-2024, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, con fecha 18 de octubre de 2024, se dictó sentencia definitiva en contra de don -----, condenándolo a la pena de CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO, y la habilitación absoluta perpetua para cargos y oficios público y derechos políticos, así como también para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de abuso sexual infantil, reiterado cometido en DIRECCION000, entre los años 2018 y 2020.

En contra de dicha sentencia, el acusado, por medio de su abogado Roberto Maximiliano Winter Pérez, defensor penal público, interpone recurso de nulidad invocando como causal aquella contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 351 del mismo cuerpo legal y los artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal.

Se llevó a efecto la audiencia para la vista del recurso, con asistencia de la defensa y del representante del Ministerio Público, los que expusieron lo pertinente a sus pretensiones, quedando los antecedentes en acuerdo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente interpone como causal de nulidad aquella establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Al respecto la norma considerada infringida es la del artículo 351 del mismo cuerpo legal, en cuanto es una norma especial relativa a casos de delito real o material, según el artículo 74 del

Código Penal, considerando relevante para la determinación de la pena, la cantidad de veces que se cometió el delito para estimarlo reiterado, al no poderse determinar la cantidad de veces que este hecho ocurrió, ni siquiera podría evaluarse si es más benigno o no determinar la pena de conformidad a las normas del concurso real, lo que implica menos aún poder aplicar la norma de reiteración a que aludió la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Expone el recurrente que el tratamiento del delito continuado se ha circunscrito principalmente en dos ámbitos de la dogmática penal: primero, en la teoría general del delito, en tanto parte de la tipicidad y; segundo, como regla de determinación de la pena en tanto hipótesis de unidad de acción. Señala que, en este último sentido, Cury conceptualiza el instituto en cuestión como un caso límite de unidad jurídica de acción con énfasis en una valoración global del injusto, en la medida que “consiste en una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente, porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber” (CURY, Enrique. Derecho Penal: Parte General. Ediciones UC, 9a edición, 2009, p. 656), obstando a la consideración de un concurso real de delitos al concurrir criterios y exigencias, tanto objetivas como subjetivas, de conexión entre cada una de las realizaciones típicas que hace necesario valorar los hechos en su conjunto como una sola acción para efectos de su penalidad. En el mismo orden de ideas, en un ejercicio de síntesis de las distintas formulaciones y exigencias planteadas por la doctrina y jurisprudencia, siguiendo principalmente el esquema propuesto por Bascur Retamal, se señalan como requisitos para la procedencia del delito continuado, los siguientes: a) unidad de sujeto activo; b) pluralidad de hechos o acciones; c) unidad normativa de la lesión, también formulada como identidad de tipos penales u afectación a bienes jurídicos análogos; d) conexión espacial y temporal, caracterizada por

una separación cronológica o lapso temporal; e) vínculo de conexión, el más relevante y discutido de todos, pero generalmente entendido como vinculación subjetiva, sea como dolo global o como dolo alternativo; y, por último, f) unidad de sujeto pasivo, particularmente en casos de vulneración de bienes jurídicos de carácter personal y, por tanto, particularmente relevante en el caso en cuestión. Las razones justificativas del delito continuado se sistematizan, esencialmente, en tres posturas o criterios teóricos, a saber: el de la benignidad, el de la utilidad práctica y el de la disminución de la culpabilidad. Sin embargo, pese a que hay distintas doctrinas que señalan su fundamentación, como se indicó deben darse ciertos requisitos para que se configure los cuales podemos diferenciar entre elementos objetivos, y elementos subjetivos, los cuales se pasan a desarrollar cada uno en concreto, en atención al proceso de valoración probatoria y los hechos acreditados por el tribunal en su razonamiento judicial. Al respecto indica los elementos subjetivos del delito continuado, que son: 1) Unidad de dolo/ Dolo unitario; 2) Homogeneidad del dolo del agente; 3) En cuanto al vínculo de conexión. En relación al vínculo subjetivo se ha sido entendido por nuestra jurisprudencia de tribunales superiores como una “unidad de designio criminal” (SCA de Santiago, causa Rol N.º 1.720-2012; SCS causa Rol N.º 33.156-2020), o bien, bajo la vulneración fragmentada de una misma norma de conducta propuesta por Cury; Cabe también observar este vínculo desde la óptica del dolo continuado, originada en Alemania para efectos de corregir la falta de contenido del dolo global, entendiendo que bastaría para la configuración de este elemento un déficit volitivo cercano a la inexigibilidad, por existir una actualización de la resolución delictiva en circunstancias equivalentes frente a las cuales el autor cedería o alternaría de forma contingente dicha realización, manteniendo una “línea psíquica constante”.

TERCERO: Estima el recurrente que, según lo expuesto precedentemente, debió condenarse como un único delito, por cuanto según la solicitud de la defensa debería haberse estimado como delito continuado y no reiterado, ya que estaríamos frente a una unidad jurídica de acción, cuyas conductas fueron lesionando el bien jurídico indemnidad sexual de la menor de 14 años en su conjunto, no pudiendo por su parte el Tribunal determinar fechas concretas en que estos actos ocurrieron y en qué medida, cómo cada conducta significó una afección al bien jurídico protegido en la tipificación del artículo 366 ter del Código Penal. En este orden de ideas, indica que, los elementos objetivos, son acreditados y constan en la misma sentencia, donde indica presencia de una unidad jurídica de acción respecto de las conductas que se dieron por acreditadas por los sentenciadores en el considerando décimo noveno, hecho de que globalmente fueron dirigidas a afectar el bien jurídico indemnidad sexual, que corresponde a la unidad normativa de la lesión, mismo sujeto activo determinado, misma víctima determinada, proximidad tiempo y lugar, no pudiendo de todos modos determinarse concretamente cómo cada conducta significó lesión a dicha indemnidad, al no determinar cada uno de los hechos de forma independiente. En cuanto al elemento de conexión espacio temporal, se señala un periodo entre el año 2018 y 2020, lo que permite desprender aun con mayor claridad la existencia de una unidad jurídica de acción. Por otro lado, en relación a los elementos subjetivos, considera que, se puede desprender que existe un dolo en todo momento de realizar la conducta con el mismo fin lascivo, y no separado respecto de cada conducta. Por ende, deben entenderse como actos parciales unidos en un dolo común a la realización del tipo descrito en artículo 366 bis del Código Penal. (Cita jurisprudencia de la C.A de San Miguel)

CUARTO: Por lo anterior, estima que el vicio denunciado ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo ya que, esta errónea

aplicación del artículo 351 Código Procesal Penal en relación a los artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal en la sentencia, que se condenó a su representado por delito en carácter de reiterado, exasperando la pena cuando en los hechos y en el derecho no puede darse establecido como tal, por la gran falta de precisión que, si bien no obstan a una condena, no permiten suponer que se está en presencia de reiteración en los términos de la citada norma. Así las cosas, solicita que, se declare la nulidad de la sentencia, dictando sentencia de reemplazo que declare que el delito es continuado y no reiterado, desestimando la aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, y se condene a la pena de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo o la que Usía estime conforme a derecho, y cumpliéndose los requisitos legales de la Ley 18.216 se sustituya por la pena de libertad vigilada intensiva.

QUINTO: Que para resolver el presente recurso, por la causal invocada, es menester recordar que la infracción de ley que se acuse como motivo de nulidad tiene por objeto fijar el recto sentido y alcance de las normas que se dicen afectadas, ya sea porque se desatienden en un caso previsto por ellas, porque en su interpretación el juez contraviene fundamentalmente su texto, o cuando se le ha dado un alcance distinto a la norma, ya sea ampliando o restringiendo sus disposiciones.

SEXTO: Que en este caso la defensa estima que el tribunal a quo ha hecho una errónea aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal, que establece la reiteración de delitos de la misma especie, considerando que los hechos cometidos por su representado corresponden, en realidad, a la comisión de un delito continuado.

Dicha decisión del tribunal de grado, cuestionada por el recurrente, se encuentra fundamentada en el considerando DÉCIMO QUINTO del fallo impugnado, en donde los sentenciadores señalan: “*Cabe señalar que, con la prueba rendida por la Fiscalía, se logró establecer la época*

de ocurrencia de los hechos, gracias al relato de la víctima y los datos entregados por su madre, su prima, la psicóloga y la policía.

Según consta en la certificación de nacimiento, la víctima nació el NUM000 de 2005 y ella refirió haber sido atacada en un periodo que va entre los años 2018 a 2020, la niña dijo que esto pasó cuando tenía 12 o 13 años cuando empezó, estaba en séptimo básico. Relato hechos ocurridos a los trece años, cuando estaba en octavo. Todo ello calza con los hechos de la acusación, es más, atendida su reiteración es posible afirmar que en esa edad se produjeron varias tocamientos a la niña por parte del acusado.

Respecto al lugar de los hechos, fue descrito por la víctima, denunciante y también fue fijado policialmente, respecto del inmueble que arrendaban en DIRECCION000.

La descripción del lugar tiene un correlato con los dichos de la víctima y le da factibilidad espacial a la ocurrencia de los hechos denunciados. Teresa Inostroza Galindo, funcionaria de la Policía de Investigaciones, señaló que todo habría ocurrido en la casa, no recuerda la numeración, DIRECCION000. Después se recibió otra instrucción particular en diciembre del año 2022, solicitando finalizar las últimas diligencias de la investigación, que es analizar la entrevista videograbada, concurrir al sitio del suceso, ahí se accede a la entrevista, se corrobora la dinámica de los hechos y se obtiene que la numeración donde habría ocurrido los hechos es DIRECCION000. Se concurre a la fijación del S.S., evidenciando que ya no vive ahí doña Edith con el imputado en ese domicilio ya que ya se habían cambiado hace poco de ese de ese lugar, por ende se procede a su fijación externa, donde se corrobora que es un inmueble de un nivel, de material ligero, de color rojo, tiene un perímetro de una reja de 1,20 m próximamente, tiene ubicación de sur a norte, está ubicado en un barrio residencial, cuenta

con alumbrado público, en su cercanía más casas habitadas y se finaliza este día la inspección, la que se realiza solo de forma externa.

La conducta denunciada, fue develada por la víctima según se analizó en el considerando precedente. De lo que es posible identifica varios eventos o situaciones en las que el acusado realizó con sus manos tocaciones en el cuerpo de la niña, glúteos, pechos, vagina y piernas. Todo ello demuestra el carácter sexual de tales acciones, sin que haya lugar a confusiones ni errores de interpretación, sino que dan cuenta de actos que no tienen sino una justificación en el ánimo sexual del acusado.

Respecto de la sintomatología evidenciada en la niña, la psicóloga, Bárbara, refirió que el diagnóstico al inicio la niña tenía una sintomatología ansiosa depresiva, pero más bien ansiedad generalizada. El origen de la sintomatología era coherente con un hecho abusivo sexual en la época. Comienza la sintomatología, ansiosa de acuerdo a lo que ella menciona, y la familia menciona -madre y padre- en la entrevista, un hecho abusivo. Ellos mencionan que el cambio abrupto de comportamiento ocurre 2 o 3 años antes de iniciar la pandemia.

La conducta era coherente con trastorno ansioso, por eso que se diagnostica trastorno ansioso, el que tiene que ver con conductas disruptivas, angustia generalizada, trastorno del sueño, pocas habilidades sociales y en su grupo de compañeros, hiper reactividad frente a estresores ambientales o cualquier tipo de evento.

Luego, según el mérito de las diligencias policiales, la testigo Inostroza Galindo, afirmó que accede a hacer la entrevista en compañía de su madre, por lo tanto, se le toma el relato de los hechos y ella señala que alrededor de los 13 años empezó a ser tocada y besada por el abuelo, que es la pareja de la abuela paterna. Ella señala que una vez se quedó fuera del colegio y esta persona la pasó a buscar afuera del

colegio y la trasladó hasta el domicilio de la abuela, donde almorzaron. Señala que estaban a solas y luego en el sillón comenzó a tocarle sus partes íntimas y sus pechos. Devela que esto ocurrió en reiteradas ocasiones y que esto finalizó cuando empezó la pandemia, cuando tenía alrededor de 15 años. También ella recuerda que esta persona le daba dinero, ella asume que era para quedarse callada. Agrega que estos hechos siempre ocurrieron en la casa de la abuela y una vez que ella estaba haciendo la cama, con la abuela, la abuela se da vuelta y esta persona procede a tocarla. Cuando la abuela vuelve a mirar, este sujeto saca la mano. Esos son los relatos que ella devela en la diligencia.

De todo lo que se ha venido razonando y el análisis de la prueba rendida, es posible fijar época y lugar de ocurrencia de los hechos; la conducta imputada al acusado, de carácter reitera y en la cual, el acusado fue sindicado de manera directa. Luego, consta la corroboración externa en sede policial y psicológica que se analizará en su momento.

Todos estos elementos probatorios, no permiten sino que corroborar la versión fiscal sobre la efectiva ocurrencia de los hechos, de la manera descrita en la acusación fiscal, sin atisbos de invenciones o confabulaciones como lo propuso la defensa.”

SÉPTIMO: Que, como se viene diciendo, el recurso se asila en la errónea calificación del ilícito, al sostener la defensa que el delito de abuso sexual por el que fue condenado su representado no es un delito reiterado sino que es un delito continuado, figura que, como lo reconoce el propio recurrente, no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación positiva, siendo fruto de trabajos doctrinarios y de la jurisprudencia, que el mismo defensor cita.

OCTAVO: Que, teniendo en consideración, además, los hechos asentados por el tribunal a quo, en el considerando DÉCIMO NOVENO, que señala: “ Desde al menos el año 2018 hasta el año 2020, al interior

del domicilio ubicado en DIRECCION000, ---- realizó actos de connotación sexual en contra de la víctima -----, quien es su nieta, nacida con fecha NUM000 de 2005, de 13 años de edad a la época de los hechos, consistentes en tocar con sus manos los senos y vagina de la niña por debajo de sus ropas”; esta Corte estima *que* resulta plenamente aplicable a los hechos acreditados la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal toda vez que, cada una de las acciones que el acusado desplegó atentaron contra la indemnidad sexual de la ofendida, sin que sea posible que dicho comportamiento encuentre un juzgamiento menos gravoso que aquel correspondiente a un evento único de afectación del bien jurídico protegido.

En este orden de ideas, considerando el bien jurídico protegido por el delito de abuso sexual del artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter, ambos del Código Penal, no resulta posible considerar su calificación como un delito continuado pues, tal como plantea el profesor Francisco Maldonado Fuentes (Delito Continuado y Concurso de Delitos, Rev. Derecho (Valdivia), vol.28 no.2 Valdivia, dic. 2015), “... lo relevante apunta a contar con elementos de juicio que permitan afirmar que la realización del conjunto de dichos supuestos admite ser interpretada como una sola lesión o, mejor dicho, como una sola infracción. Constituye por ello, esencialmente, un problema de adscripción o subsunción (un problema de interpretación del tipo), con ello, la posibilidad de llegar a realizar dicha afirmación dependerá, necesariamente, del conjunto de caracteres que integran la definición de la prohibición. Cobra por ello pleno sentido a dichos efectos la propia caracterización del bien jurídico (el hecho de que este acepte una lesión fraccionada o su espiritualidad o carácter personalísimo) y la modalidad comisiva prevista por el legislador para describir la afectación, contenidos que dan forma a la conducta prohibida y que exceden, y por mucho, al conjunto de características que pueden predicarse de la acción

delictiva. Lo relevante no es por ello, en exclusiva, el contenido de la acción —que fue el tópico que motivó el desarrollo de estas doctrinas—, sino la posibilidad de constatar la realización o ejecución de una infracción a partir de su descripción (es decir, del tipo). A dichos efectos los factores de conexión cumplen un papel necesariamente auxiliar... La casuística con que normalmente se reflejan los contenidos expuestos a este respecto no da cuenta por ello del sentido de fondo que ofrece dicha aproximación, dirigida a apreciar la relación que se extrae de cada hito respecto de la norma quebrantada. A ello se apunta cuando se exige una unidad de injusto del resultado o una unidad de causa, afirmaciones de las que fluye naturalmente la necesidad de vincular la aplicación de la figura a una correcta interpretación del contenido de las respectivas prohibiciones. En este contexto, no es relevante un determinado factor o su carácter objetivo o subjetivo, sino la lectura que ofrecen para justificar la apreciación unitaria del conjunto (un significado diverso al que propone la mera constatación de una pluralidad de infracciones)”.

NOVENO: Que, atentos a lo referido en los motivos precedentes, no es posible concluir que la repetición de los actos de significación y relevancia sexual desplegados por el hechor, constitutivos de infracciones al bien jurídico protegido de indemnidad sexual de la ofendida, hayan tenido un mismo designio criminoso y unidad de dolo pues, aprovechándose el acusado de ser el padre de la niña, le efectuó, en múltiples oportunidades , tocaciones , lo que implica, desde luego, la reiteración de delitos de la misma especie, aun cuando no se pueda saber con precisión la fecha precisa y número exacto en que ellos ocurrieron, lo que, además, resulta plenamente consistente con la edad de la ofendida a la fecha de ocurrencia de los hechos.

DÉCIMO: Que, así las cosas, se desestimará la aplicación del carácter de continuado del delito que se acreditó pues, de los hechos que el fallo impugnado ha tenido por comprobados, se colige que el agresor

afectó la indemnidad sexual de la ofendida a través de acciones separadas en el tiempo, en un distinto contexto situacional y sin unidad de dolo, por lo que el recurso de nulidad impetrado por la defensa del acusado será rechazado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 342, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad planteado por la defensa del acusado ----- en contra de la sentencia de fecha 18 de octubre de 2024, dictada en causa RUC 2200597438-4, RIT 142- 2024, del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Temuco, la que en consecuencia NO ES NULA.

Regístrese y devuélvase.

Refacción del fallo por el abogado integrante Sr. Fernando Cartes Sepúlveda.

N°Penal-1989-2024. (cwm)