

ABUSO SEXUAL. JUICIO ORAL. ACCIÓN DISTINTA DEL ACCESO CARNAL. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN SEXUAL

CONNOTACIÓN SEXUAL DEL COMPORTAMIENTO. RELEVANCIA DEL ACTO EJECUTADO. APROXIMACIÓN CORPORAL CON LA VÍCTIMA. LIBERTAD SEXUAL DE LA VÍCTIMA. MODALIDAD DE COMISIÓN DEL ABUSO. VÍCTIMA QUE SE HALLA PRIVADA DE SENTIDO

Doctrina

I. El delito previsto en el artículo 366 del Código Penal, el abuso sexual propio o directo, exige un contacto físico entre víctima y agente distinto del acceso carnal propiamente tal, pues se trata de una figura que busca abarcar aquellas situaciones donde la acción no puede encuadrarse en la idea de “penetración”, propia de otras acciones de significación sexual, como la violación

El concepto de “acción sexual distinta del acceso carnal” está definido normativamente en el artículo 366 ter del Código Penal, descripción que, aunque dotada de gran amplitud, responde con mayor prolijidad al principio de taxatividad o determinación, indicando tres condiciones que permiten establecer cuándo se está en presencia de una acción sexual: a) la connotación sexual del comportamiento, b) la relevancia del acto ejecutado y c) la aproximación corporal con la víctima

La primera de las condiciones antedichas, la connotación sexual del comportamiento, ha sido objeto de distintas soluciones desde la perspectiva doctrinal. Las teorías de carácter objetivo entienden que la connotación sexual supone la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, mientras que las de carácter subjetivo, enfatizan predominantemente en la intención con que hubiese actuado el sujeto activo. Sin embargo, entre ambas propuestas doctrinarias surge una teoría intermedia –a la que adhiere el tribunal– para la cual lo decisivo pasa por la intención del hechor de involucrar a otro en un contexto sexual, posición que supone la integración de elementos objetivos, esto es, la relación con el sexo que despliega la conducta, y otros subjetivos, esto es, la intención del autor de satisfacer apetitos de orden sexual. Estas exigencias son plenamente satisfechas por la conducta del acusado, consistente en frotar su pene en contra del cuerpo de la víctima, además de realizar tocaciones en su vagina y pechos, pues se trata de actos con la aptitud para vulnerar el bien jurídico protegido por la norma, que es la libertad sexual de la ofendida, desde que la acción es ejercida no contra su voluntad sino en ausencia de la misma, dado que mientras sucedía no logró incorporarse y resistirse a las agresiones, lo que pudo hacer una vez que éstas habían tenido lugar

El segundo requisito de la acción sexual, la relevancia del acto ejecutado, es entendida como la gravedad del mismo e implícito en esta clase de hecho, siendo dos los factores determinantes para estimar su concurrencia: a) que la conducta tenga un inequívoco carácter sexual y b) que concierna al contacto con zonas erógenas del cuerpo del autor o de la víctima, condiciones de las que fluye que el tipo penal en cuestión requiere que el bien jurídico protegido, la libertad sexual, sea efectivamente afectado. De estos presupuestos resulta significativo para evaluar la gravedad o entidad de la conducta desplegada por el acusado, el daño experimentado por la víctima luego de ocurridos los hechos. En efecto, es indiscutible que un hecho que afecta el desarrollo normal y se instala como un evento vital de significación, alterando la cotidianeidad de una forma de vida, debe ser considerado como grave en los términos exigidos por la segunda exigencia de la acción sexual

II. Encontrándose la víctima en estado de ebriedad, la modalidad de comisión del abuso sexual será la establecida en el artículo 361 N° 2 del Código Penal, pero en los términos de hallarse privada de sentido y no de encontrarse imposibilitada para oponer resistencia. En efecto, la embriaguez, que no constituye un estado de enajenación mental propiamente tal, sí es un estado que priva de sentido a la víctima, impidiéndole entregar un consentimiento válido, pues el consumo de alcohol es justamente una de las circunstancias en que las consecuencias cognitivas y volitivas de la víctima suprimen en la misma la determinación consciente de sus actos

Texto completo de la Sentencia

Santiago, 26 de julio de 2008.

Primero: Intervinientes: Los días veintiuno y veintidós de julio últimos, ante el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de ésta ciudad, integrado por los magistrados don Bernardo Ramos Pavlov, quien presidió, don Danilo Báez Reyes y

doña Bárbara Quintana Letelier, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en la causa RIT N° 52 2008, RUC 0600842695 1, seguida por el Ministerio Público en contra de MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, chileno, casado, nacido el 7 de mayo de 1963, 45 años, guardia de seguridad, Cédula Nacional de Identidad N° 9.527.040 9, domiciliado en Pasaje 2 Sur N° 734, Población Monte Segundo, comuna El Monte.

La acción penal fue sostenida por el Ministerio Público representado, en esta oportunidad, por la fiscal adjunto PAOLA ZARATE ESGUEP, domiciliada en calle Monumento N° 2079, de la comuna de Maipú.

La defensa del acusado, por su parte, estuvo a cargo de la abogado BARBARA ANTIVERO PINOCHET, Defensor Penal Privado, con domicilio en calle San Martín N° 473, oficina 107, comuna de Santiago.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Segundo: Acusación: Que la imputación del Ministerio Público tuvo como fundamento la siguiente relación de hechos contenidos en el auto de cargos de juicio oral:

Hecho N° 1: "Que en fecha indeterminada del mes de septiembre del año 2006, antes de las Fiestas Patrias, en horas de la tarde, el acusado MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, se encontraba en su domicilio de calle San José N° 2103, comuna de Maipú, solo en compañía de C.M.S.A, fecha de nacimiento 18 de agosto de 1991, de 15 años de edad a esa fecha, a quien dio a consumir altas dosis de alcohol, ante lo cual la menor comenzó a sentirse enferma, lo que le costó al acusado, quien la trasladó hasta uno de los dormitorios, haciéndola acostar en una de las camas y aprovechándose de su incapacidad para oponer resistencia, procedió a tocar con sus manos los senos de la niña por debajo de la ropa, así como su zona genital".

Hecho N° 2: "Que el día 27 de noviembre de 2006, alrededor de las 17:30 horas, el acusado MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, se encontraba en su domicilio de calle San José N° 2103, Maipú, en compañía de C.M.S.A, fecha de nacimiento 18 de agosto de 1991, de 15 años de edad a esa fecha, a quien obligó a beber alcohol, aprovechándose de esta circunstancia de encontrarse solos, la menor al sentirse enferma por el alcohol consumido, se trasladó hasta uno de los dormitorios de dicho inmueble, y aprovechándose de su incapacidad para oponer resistencia, la acostó para luego subirse sobre su cuerpo e introducir su pene en la vagina de la niña".

Calificación Jurídica: A juicio del instructor, los hechos así reseñados son constitutivos de un delito de ABUSO SEXUAL y de un delito de VIOLACIÓN respectivamente, previstos, y sancionados, en los artículos 366 y 361 ambos del Código Penal, en grado de consumados, atribuyendo en ambos ilícitos, participación al acusado en calidad de autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Modificatorias: En concepto del Ministerio Público, beneficiaría a Muñoz Avendaño, la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y no le perjudicarían circunstancias agravantes.

Pretensión Punitiva: Conforme lo señalado, solicita se le imponga, la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en calidad de autor del delito de abuso sexual contemplado en el artículo 366 con relación al artículo 361 N° 2 del Código Penal unido a las accesorias del artículo 29 del código citado, esto es, inhabilitación absoluta y perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo que dure la condena y; la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en calidad de autor del delito de violación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 361 N° 2, en relación con el artículo 68 inciso 1° y 74 del Código Penal y las penas accesorias del artículo 28 del mismo código, esto es, inhabilitación absoluta y perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Tercero: Alegatos: Haciendo uso de su derecho, el instructor aludió en su apertura, a los problemas que genera el consumo de alcohol en los jóvenes y como afecta la vulnerabilidad de éstos, enfatizando que el caso que conoceríamos el día de hoy, corresponde precisamente, a la vulnerabilidad de una menor bajo los efectos del alcohol y la exposición a ser víctimas de acciones de connotación sexual sin su consentimiento o voluntad.

Acto seguido, reiteró los hechos descritos en el auto de cargos, haciendo presente que hará uso de todos los medios de

prueba que le franquea la ley a objeto de acreditar los mismos, haciendo presente que la condición de la víctima le significó la imposibilidad de oponer resistencia, de allí entonces la justificación de aplicación el numeral segundo del artículo 361 del Código Penal.

A su turno, la representación del acusado hizo presente en su alegato de apertura que solicitaría la absolución de su representado, desde que, a su juicio, no será posible establecer la convicción condenatoria que exige nuestro derecho como estándar de condena.

En relación al primero de los hechos ofrece acreditar que éste nunca tuvo lugar, y respecto del segundo no hay medios de prueba suficientes para dar por probada una penetración en la menor, enfatizando, que su representado el mismo día en que los hechos signados con el número dos tuvieron lugar, prestó colaboración y facilitó las diligencias del instructor, no encontrándose muestra alguna que relacione a su defendido con un acceso carnal.

Finalmente agregó que su defendido en todas sus declaraciones reconoció haber rozado su pene contra el cuerpo de la niña pero no una penetración, insinuando que la falta de resistencia de ésta última, se debió a desinterés de la menor en ello, pues cuando quiso defenderse, perfectamente logró salir del dormitorio, acceder al teléfono y digitar el número de una de sus tías hasta lograr ser auxiliada.

A modo conclusivo, el instructor manifestó durante su alegato de clausura que el Ministerio Público, que cree haber cumplido la promesa que hiciera en un comienzo, acreditando, mas allá de toda duda razonable, los dos hechos descritos en el auto de cargos, detallando prueba que en general se orienta a la probanza solo del segundo de los mismos.

Finalmente la defensa del acusado en su clausura y replica reiteró en términos generales lo planteado durante su apertura, analizando pormenorizadamente la prueba –o la ausencia de la misma– que pudiera acreditar los presupuestos fácticos del modo en que fueron planteados por el instructor, de esta forma persiste en su pretensión punitiva, cual es, la absolución como autor del delito de violación y del abuso sexual signado como hecho N° 1 en el auto de cargos, el que a su juicio a quedado suficientemente acreditado que nunca tuvo lugar.

Cuarto: Acusado: Que debidamente informado y, renunciando a su derecho de guardar silencio en los términos del artículo 326 del Código Procesal Penal, Marcos Jonatan Muñoz Avendaño, explicó que se referiría únicamente al segundo hecho, porque a su juicio, el primero es simplemente una calumnia. En ese contexto, explica que se encontraba pintando mientras Carla realizaba unos trabajos manuales. Recuerda que ingresó al domicilio varias veces a buscar materiales, en uno de esos ingresos Carla le pidió que le comprara una cerveza, petición a la que accedió. Poco después, ya habiendo entregado la cerveza a la menor, la notó rara, ella le manifestó sentirse mal y por sus propios medios se recostó en la cama del dormitorio principal, quedando atravesada y con las piernas colgando.

Cuando él la toma para acomodarla, la niña lo abrazó fuertemente y comenzó a realizar gestos provocativos. El se dejó a llevar y la tocó sobre sus ropas, jamás por debajo, cuando se dio cuenta y reacciono, se fue al baño, se cambió los pantalones y se lavó la cara porque debía ir en busca de su hijo. De pronto Carla sale del dormitorio y comienza a golpearlo, gritándole “me violaste tal por cual” y llamando, acto seguido, a su tía Gaby.

Le gritaba y lanzaba unas piedrecillas que había como adorno, la puerta de calle no estaba cerrada y ella salió gritando hacia fuera, formando un gran escándalo con los vecinos, mientras él llamó de inmediato de Paz Ciudadana, que se presentó poco después. A esa altura ya se había apersonado su cuñado que también le gritaba desde afuera muy enojado.

Consultado sobre el particular, manifestó que le compro sólo una lata de cerveza, era la primera vez que le compraba alcohol. En la casa estaban solos ese día, eran cerca de las 18:00 horas porque debía ir a buscar a su hijo pequeño al colegio, normalmente esa era su rutina. Ella le dijo que se sentía mareada y él le sugirió recostarse, ella caminaba normal pese a que se veía rara. Lo extraño fue que se acostó en la cama del acusado y su pareja. Contrastado conforme a las reglas del artículo 332 del Código Procesal Penal, se evidencia que durante su declaración fiscal manifestó que la niña caminaba afirmándose de la pared. El insiste en que ella se encontraba lúcida.

En relación al “roce” que refirió durante su declaración, explica que siempre fue por encima de la ropa, que su pene no se

encontraba erecto, por lo que no había posibilidad de penetrarla.

Agregó luego que Carla siempre ha tenido una vida desordenada, va y vuelve desde la casa de su padre a la de ellos, que con su madre se llevaba bien, a veces era algo impulsiva y llevada de sus ideas, pero en general bien. Con él tenía una buena relación, le contaba sus cosas, incluso siente que se trataba de una relación normal entre el tío político y la sobrina de la pareja.

Cuando estos hechos sucedieron Carla no iba al colegio porque su condición, en ese momento, era la de expulsada. La razón fue el robo de un celular, del que no sabe que tipo de responsabilidad se le atribuyó a la menor. Recuerda que él generalmente, a petición de la tía Carmen, iba a dejar a Carla a su colegio por las mañanas.

Recuerda que entre las cosas que le contaba, le decía que a la salida del colegio era frecuente que se fuera con algunas de sus compañeras hasta una plaza a tomar y fumar. Incluso que a veces, apenas él la dejaba, ella no ingresaba y se iba hasta la plaza.

En relación a los hechos, manifestó que cuando él intentó acomodarla, ella lo tomó por el cuello y comenzó a “menearse”, de forma erótica, nunca le dijo nada, por lo que él se dejó llevar y sólo decidió detenerse porque no se le produjo una erección, lo que le permitió reaccionar y darse cuenta que no era correcto hacia donde iban las cosas, aludiendo que se trata de una niña a la que conoce desde hace muchos años.

Del mismo modo, explicó porque se cambió de pantalones, haciendo presente que había estado pintando y debía ir a buscar a su hijo al colegio.

Consultado aclaró que la niña es sobrina de su pareja, Angélica.

Por último, aclara también que la niña se encontraba borracha cuando lo acusó por primera vez durante el mes de septiembre, explicando que en esa oportunidad él lavó los cobertores de la cama, porque Carla habría vomitado en ellos, al igual que un par de toallas con las que él la limpió.

Quinto: Convenciones probatorias: Que conforme se desprende del auto de cargos, los intervinientes no arribaron a convenciones probatorias.

Sexto: Análisis y valoración de la prueba rendida: Considerando que al Ministerio Público le está atribuida la titularidad de la acción penal pública y, en consecuencia, como instructor lleva la carga probatoria de la imputación que formula, analizaremos a continuación, la prueba de cargo que rindió a objeto de formar la convicción del Tribunal respecto a los presupuestos fácticos ofrecidos.

En tal sentido, el primer testimonio significativo está representado por la declaración de FLOR GABRIELA ARAVENA BECERRA, que resultó útil para comenzar a establecer la dinámica del hecho signado con el N° 2 en la acusación, los momentos posteriores a la comisión del ilícito y las consecuencias generales del mismo.

De este modo, sostuvo ante la audiencia de juicio oral al ser examinada de manera directa, que ese día recibió una llamada telefónica de su sobrina Carla, diciéndole que un tal por cual la había violado y que por favor se presentara en el domicilio de la niña. La menor gritaba que por favor la ayudaran. Recuerda que no supo que hacer en ese momento. Desesperada salió a la calle y pidió ayuda en un almacén vecino donde le solicitó al encargado que llamara a carabineros. En ese instante, apareció personal de Paz Ciudadana, con quienes se trasladó hasta el inmueble de propiedad de su hermana donde estaba viviendo temporalmente la niña. Cuando llegaron, los funcionarios de Paz Ciudadana le entregaron a la menor, quien cayó al suelo debido a su estado, recuerda que estaba “enferma de curada” (sic), el sujeto la tenía totalmente ebria.

Consultada acerca de la relación que había entre la menor y su agresor, la testigo refiere que desconoce la motivación que pudo haber tenido, porque la niña era la preocupación de todos los adultos que la rodeaban, y la adoración de todos también, entre ellos el agresor, quien permanentemente se ocupaba de ir a dejarla y a buscarla hasta su colegio.

Explicó asimismo, que la niña estaba en casa de su hermana Carmen, donde también viven Angélica y Marco, el acusado, junto al hijo de ésta última. Que se encontraba viviendo con ellos desde hacía unos seis meses, porque siempre vivió entre las casas de sus dos hermanas, añadiendo que no vivía con su madre biológica, porque ésta última trabajaba y tenía parejas de las que se desconfiaba que pudieran hacerle algún daño.

Agregó que cuando Carla llamó ese día, se escuchaba que Marco le decía a la niña “cállate hueona que me vai a meter en un forro”. La niña no hablaba normalmente, después se dio cuenta que eso podía deberse a que había ingerido muchísimo alcohol, no se sostenía en pie. Físicamente tenía los labios como dados vuelta, hablaba incoherencias, lo único que repetía era que el sujeto la tenía amenazada desde hacía tiempo con matar a su madre y a su hermana pequeña.

Hace presente que la niña fue conducida hasta el Instituto Médico Legal. Aun no se explica porque pasaron estas cosas, el acusado era un hombre tranquilo, sano, normal, nunca lo vio beber en todo el tiempo que lo conoce. Carla está mal, cambió absolutamente su conducta, se tiñó el pelo, no quiere ir al colegio, todo le parece malo y teme de todo. El sujeto era de confianza para la niña, él también formaba parte del círculo de protección de ésta.

Durante el contra examen, manifestó que Carla se fue de su casa, donde vivió por un tiempo también, debido a que su hermana Carmen la protegía más aún, como ella vivía con su marido y tiene un hijo de 18 años, su hermana prefirió que viviera con ella. La niña era de mal comportamiento en el colegio, le iba mal. En este momento Carla vive en la casa de una amiga, no quiere nada con su familia materna, dice que le tienen la cabeza dada vuelta con tantas órdenes y recomendaciones.

Nunca escuchó comentarios acerca de que Carla bebiera. Cuando vivió con ella, la niña era cumplidora con los horarios, normalmente llegaba a mas tardar entre la 01:00 y las 01:30 horas.

La versión que antecede será complementada y respaldada en varios de sus tópicos más significativos por aquella que ofreciera AMALIA ALEJANDRA ARAVENA GALLOSO, quien explicó ante la audiencia de juicio oral que el día de los hechos, recibió una llamada telefónica de carla su prima, preguntando por la tía Gaby. Le pedía que la llamara de inmediato, explicándole que Marco la violaba. Ellas le decían a Marco que la soltara, salieron con su tía y se fueron hasta Paz Ciudadana y luego, hasta la casa donde se encontraba la niña, Carla estaba afuera de la misma junto a personal de paz ciudadana y luego fueron trasladadas hasta el Instituto Médico Legal.

Explica que Carla es su prima, recuerda que los hechos tuvieron lugar hace unos 2 años. La niña estaba viviendo con la tía Carmen, Angélica y Marcos, más el hijo de esta pareja. Cuando recibieron el llamado, la niña gritaba desesperadamente que Marco la soltara, mientras se escuchaba al sujeto que le decía a la niña que no lo fuera a meter en un problema, él decía que no le estaba haciendo nada.

La niña había bebido bastante, eso era notorio, pero logró contarles que el sujeto la tiró sobre la cama y que no quería soltarla. Tenía una expresión desesperada en el rostro y le habría comentado también que el acusado le hizo beber una lata de cerveza, solo una lata de cerveza.

Sin embargo, mediante el ejercicio del artículo 332, recordó que se trataba de una botella y una lata de cerveza. Por último reconoce al interior de la sala de audiencia al acusado Marcos Muñoz Avendaño, como la persona que habría sido indicada por la niña como su agresor.

Durante el contra examen, explico que Carla vivió con ellos algún tiempo, era como cualquier niña normal, iba a fiestas, pero jamás la vio en el estado que la encontraron ese día. Casi nunca salía de noche. El día que ocurrieron los hechos Carla si estaba asistiendo al colegio, desconoce como era su comportamiento allí, aunque sabe que no tenía un buen rendimiento. Carla en ese momento vivía con su tía Carmen, porque ésta última, precisamente no quería que la niña se viera expuesta eventualmente a los riesgos de convivir con la nueva pareja de su madre Magali Aravena.

Por último, complementando las dos versiones que anteceden y sirviendo además de antecedente directo pues se trata de la menor de iniciales C.M.S.A, víctima de los hechos que el instructor describiera en el auto de cargos, fue

posible fortalecer los tópicos relativos al hecho signado con el N° 2, en especial, día y hora de ocurrencia, forma y modo de comisión y, muy especialmente, establecer las coincidencias de relato que pudieran existir con la versión del acusado y, con ello, llevar a cabo una rigurosa valoración sobre sus dichos, lo que será relevante también a propósito de la eventual colaboración que haya prestado el acusado éste último diversas declaraciones.

De éste modo, la menor explicó que todo ocurrió en la casa de su tía Carmen, hermana de su madre, Magali. Vivían allí también otra de sus tías Angélica, también hermana de su madre. El día de los hechos, se encontraba en esa casa, estaba haciendo unas cosas, la acompañaba él. Ella se tomó algo y se embriagó, recuerda que bebió cerveza, exactamente no recuerda cuanto, pero luego admite que se trató de una cerveza de litro que le compró él, con su dinero. Según recuerda, ella se la pidió. Añade que se tomó la cerveza entera y después una más, de tamaño pequeño, por lo que se mareo mucho, no podía pararse. El sujeto se dio cuenta de que ella estaba mal, tomándola en brazos y conduciéndola hasta su dormitorio. Luego de ponerla en su cama, comenzó a bajarle la ropa, a su juicio deseaba violarla, lo que se desprendía de su comportamiento. Como estaba tan ebria no logreaba moverse, tenía noción de lo que sucedía, pero no podía moverse, incluso a ratos “se le apagaba la tele” (sic). De pronto intentó safarse logrando incorporarse rápidamente, entró al baño y se puso a llorar. No recuerda con exactitud la hora en que ocurrieron estos hechos, le parece que fue durante la tarde. Recuerda que salió del baño y comenzó a tirarle unos adornos a su agresor y le gritaba, llamó a su tía Gaby en ese momento, su cuerpo estaba cansado, sentía que se le caía. Cuando logró hablar con su tía, le explicó usando garabatos que él quería violarla, ellas llamaron a carabineros. Tiene la sensación de que llegó mucha gente, ella salió sola desde la casa, recuerda que salió corriendo. En ese momento se presentó personal de Paz Ciudadana, fueron los primeros con quienes tuvo contacto, el sujeto no quería salir del inmueble, físicamente recuerda que aun se sentía muy mal.

Agregó que luego fue trasladada hasta un centro de salud donde fue revisada por un médico, su padre y su madre la condujeron, con posterioridad, hasta la casa de su tía Flor, donde se quedó un buen tiempo. En general, no ha sido fácil que ella relate la historia, porque le da vergüenza. Después fue vista por varios psicólogos, algunos preguntaban por lo sucedido, otros no, en general le da mucho nervio y desidia contar todo de nuevo.

Consultada sobre el particular, refiere que pasaron muchas cosas desde que estos hechos tuvieron lugar, no continuó estudiando, se ha cortado los brazos en mas de una ocasión, antes de que esto ocurriera iba al colegio regularmente, aunque no era una gran alumna. Después de esto deseaba morir. El sujeto que la dañó inicia su nombre con la letra “M”, es el cuñado de su madre. Cuando los hechos ocurrieron estaban solos en la casa, antes de que esto ocurriera él era “buena onda”, le caía bien aunque no sentía por él un gran cariño.

Finalmente y en el contexto del examen directo recordó que el acusado le gritaba, cuando ella pedía ayuda telefónica, que se quedara callada, que estaba loca. Acto seguido, reconoce al acusado Marcos Muñoz, como la persona que la agredió sexualmente.

Durante el contra examen, recordó que antes de vivir con su tía, vivía con su madre. La tía Carmen vivía con su otra hermana, la tía Angélica y el acusado, con quien tenía cierto grado de confianza, conversaban regularmente. Ella le pidió ese día una cerveza, sin embargo, afirma que no bebía con antelación a ese hecho, que se trataba del primer día que tomaba cerveza, que no tenía gusto por alguna cerveza en particular.

Por último, consultada afirma además que no intentó repeler el ataque del sujeto, porque no lograba hablar, ella tiene la impresión que él no entendía su negativa. Cuando salió intentó pegarle al vehículo de su tía, tenía rabia, el cuerpo entonces le respondía de mejor manera.

Estas tres versiones previas, permiten establecer varios elementos significativos en relación al hecho signado como N° 2 en el auto de cargos, a saber, que el acusado, Marcos Jonatan Muñoz Avendaño, vivía en un domicilio de la comuna de Maipú, en compañía de su pareja Angélica Aravena, la hermana de ésta Carmen Aravena, un hijo de la primera y una sobrina de ambas, a la sazón, la menor de iniciales C.M.S.A.

Que el día 27 de noviembre de 2006, en horas de la tarde, entre las 17.00 y 18.00 horas, se encontraban en el citado inmueble, la menor y el acusado, la primera desarrollando manualidades, el segundo pintando una pared exterior del domicilio; que bajos tales condiciones espacio temporales, la menor solicitó al acusado le comprara cerveza, cuestión a la que éste accedió; tiempo después y encontrándose la menor en evidente estado de ebriedad –cuestión que asentaremos más adelante y a propósito de la valoración de su examen de alcoholemia– ésta se habría trasladado hasta uno de los dormitorios, donde el acusado, aprovechando la condición de la menor, sacó su pene y lo frotó contra el cuerpo de la niña,

además de realizar tocaciones en sus pechos y vagina.

Ahora bien, conforme al atestado de la víctima referente al hecho signado con el N° 2, unido al testimonio del perito JAIME GARRIDO CERÓN, Médico Legista del Servicio Médico Legal, se pudo establecer que conforme el relato de la menor y las características físicas de ésta última, sería imposible determinar si existió penetración sexual del acusado.

En efecto, explicó a la audiencia de juicio oral que el día 27 de noviembre del año 2006, le correspondió examinar a la menor de iniciales C.M.A.S., ella venía acompañada de una tía quien relataba que la menor había sido violada por el conviviente de su hermana después de haberle dado cerveza. Contaba que la niña pasaba por un periodo depresivo. Al examen de conciencia, la niña no hablaba y caminaba con dificultad. Al examen segmentario no había lesiones físicas. Al examen genital, no presentaba lesiones, el himen era grueso, de borde irregular, no tenía solución de continuidad. El examen anal reveló indemnidad. Las conclusiones fueron que tenía un estado de conciencia alterado producto de la ingesta alcohólica o de drogas, por lo que se ordenó una pericia en tal sentido y se envió la ropa interior de la menor para periciar la eventual presencia de semen. Los hechos son descritos a las 21.30 horas sin perjuicio de que estos habrían tenido lugar cerca de las 18.00 horas.

Consultado el perito refiere que la expresión "obnubilada" con la que describe a la menor, explica que se trata de un estado de nublamiento de la conciencia.

Asimismo hace presente que los exámenes acerca de presencia de semen resultaron negativos y los de alcoholemia arrojaron un resultado de 1,17 gramos por mil. Se puede pensar que los niveles a la hora de los hechos deben haber sido algo mayor a eso, sin embargo, precisar con exactitud resulta complejo, porque hay temas de contextura, de presencia de agua, de grasa corporal que hace variable los niveles, pero puede estimarse que probablemente a la hora de los hechos puede haber habido unos 400 miligramos mas, es decir, cerca de los 1,6 gramos por mil. Aclara por último, que no podría referir si el estado de ebriedad de la menor era ostensible para cualquiera.

Durante su contra examen, aclaró, en relación a un punto que ya había explicado durante el examen directo, que la menor presentaba un himen de tipo complaciente, es decir, de aquel que no permite descartar o afirmar una penetración.

El examen físico y ginecológico es complementado por el peritaje químico de VÍCTOR VIDAL PÉREZ, Químico Farmacéutico Legista del Servicio Médico Legal, a quien correspondió realizar examen de alcoholemia, con fecha 28 de noviembre de 2006, producto de una muestra recepcionada desde la unidad de ginecología y que pertenecía a Carla Sagrado Aravena. El análisis de la muestra de sangre arrojó un resultado de 1,17 gramos por mil en base a la metodología de cromatografía gaseosa. Cuando se le solicitó hacer una proyección, manifestó que en este, caso si tenemos aproximadamente 4 horas antes de la toma de la muestra, se supone que el cuerpo elimina cerca de 0,4 ml., por hora, lo que da un total de 1,57 gramos por mil a la hora en que los hechos se suceden.

Ahora bien, respecto a los efectos que produce ese índice, sería necesario distinguir entre los consumidores habituales y no, porque la metabolización de un consumidor habitual es mucho mayor que la de uno ocasional. Hay también diferencias entre las concentraciones, según se trate de un hombre o de una mujer, porque en el caso de éstas últimas, a igual consumo, la mujer tiende a presentar índices mayores debido a su composición grasa e hídrica.

Durante el contra examen, el perito refiere que la persona con este índice puede conducir, lo que no significa que vaya a hacerlo bien. Un consumidor no habitual, a su juicio, puede que con éste índice tal vez ni siquiera logró mantenerse en pie.

Estos peritajes previos, establecen otros dos elementos relevantes en la construcción de una verdad formal representada en los presupuestos fácticos que se vertieron en la acusación, a saber; que la menor se encontraba ebria, estado objetivo e indiscutible a partir, ya no sólo de la observación o apreciación personal de algunos que vieron a la afectada el día de los hechos, sino en base a una prueba de carácter científico, límite al razonamiento de estos sentenciadores, pues nos relevan de la carga argumentativa vinculada a ésta idea. De allí que sólo se haga presente, que conforme a nuestra legislación, por sobre los 1.0 gramos por mil de alcohol en la sangre, una persona se encuentra legalmente en estado de ebriedad.

El segundo baremo significativo es que, científicamente no fue posible determinar la penetración vaginal de la menor, al

presentar ésta un himen complaciente y sin solución de continuidad, lo anterior unido a la versión de la propia víctima que no refiere una penetración. De tal suerte que, al parecer la idea de una violación nace a consecuencia de las primeras impresiones de la víctima que refería haber sido "violada" o mas bien que el acusado "quería violarla", sin perjuicio de no existir mas prueba que aquella para formar tal convicción en el Tribunal.

A su turno, la Subcomisario de la Brigada de Delitos Sexuales, KAREN HERNÁNDEZ ARAVENA, refirió que el día 27 de noviembre de 2006, estando de turno recibieron un llamado de la fiscal de turno, a objeto que adoptaran un procedimiento por la flagrancia del delito de violación, correspondiéndole trasladarse hasta el Servicio Médico Legal, donde se encontró con la víctima, la menor de iniciales C.S.A., una tía de ésta y una prima. En el lugar se le tomó declaración a las dos últimas, ya que la víctima no estaba en condiciones de prestar declaración.

La prima de la joven refirió que la menor las habría llamado por teléfono indicándoles que el acusado, tío de la menor, de nombre Marco, estaba intentando tocarla y violarla. Refiere que esto estaba ocurriendo desde un tiempo a ésta parte, pero ella no habría dicho nada porque el sujeto la estaría amenazando con matar a su madre y a su hermana pequeña.

Se concurrió al sitio del suceso, concretamente, al domicilio del imputado, retirando del lugar un cobertor con manchas evidentes de fluidos corporales. Momentos después se trasladaron hasta la 52ª Comisaría donde se encontraba el acusado a quien se le tomó declaración, la que es muy similar a la que presta el día de hoy, salvo en el punto acerca de quien compra la cerveza, porque primero habría dicho que el le había dinero a la menor para que ésta adquiriera personalmente, pero luego reconoce que él fue personalmente. En esa primera declaración reconoce haberla penetrado pero sólo un poco porque no estaba erecto.

La menor presentaba un olor muy evidente a alcohol, por eso presumí su estado de ebriedad, pese a que no había una alcoholemia todavía. Hablar con la menor no era aconsejable, porque hablaba mucho.

Por su parte, el sujeto señala haberle comprado sólo una lata de cerveza, lo que a la testigo le parece poco coincidente con la actitud de la menor que se veía más mal que para ese único consumo. El acusado agregó también que la menor habría llamado telefónicamente a una tía, mientras él intentó calmar la situación levantando el otro teléfono y explicando que no pasaba nada.

Acto seguido, se le exhibe set fotográfico ofrecido, la N° 1 que corresponde al exterior del domicilio donde los hechos tienen lugar; N° 2 que da cuenta de la numeración de la casa; N° 3 el ingreso al domicilio; N° 4 desde la cual se puede observar el pasillo y una parte del living del inmueble; N° 5 que corresponde al dormitorio del imputado y donde se observa el cobertor que luego fuera levantado como evidencia; N° 6 una vista del mismo dormitorio desde otra perspectiva y la N° 7 que es un acercamiento al cobertor que fue incautado y los fluidos que fueron explicitados entre las imágenes, 8, 9, 10, 11 y 12. La N° 13 que corresponde a un levantamiento del inmueble, N° 14 y N° 15 que vuelve a ser el dormitorio donde ocurrieron los hechos con otra perspectiva.

Esta versión que ofrece la subcomisario es especialmente relevante, por cuanto permite asentar que el acusado prestó declaración desde el comienzo de la investigación, manteniendo, salvo algunos tópicos, una línea defensiva similar, incluso aquello de no haber presentado una erección por lo que su acción en definitiva no pudo ser concretada. También reitera la idea de que la víctima había bebido, lo que resultaba ostensible y evidente, aun cuando, todavía no había un resultado de la muestra que se le había tomado.

El Tribunal también repara que hasta aquí, no hay prueba alguna que se oriente a establecer el primer hecho acusado, sólo la declaración de la menor a su tía cuando le relata que al parecer no era la primera vez que el acusado intentaba propasarse, cuestión que ella mantuvo en silencio, producto de una supuesta amenaza del acusado en contra de su madre y de su hermana pequeña. Ahora bien, ese elemento, verdaderamente es mas una prueba de contexto que una orientación directa acerca del primer supuesto abuso sexual.

Por último, la versión de la Subcomisario permitió asentar indubitadamente el día en que acaecieron los hechos y la hora aproximada de los mismos.

En esta misma línea, el instructor busca establecer si pudo haber existido un acto sexual completo el día en que se produce el hecho signado con el N° 2 en el auto de cargos, para tales efectos se levantaron muestras de fluido desde el

cobertor de la habitación que sirva de dormitorio al acusado y su pareja.

JUAN MANUEL RÍOS HERNÁNDEZ, fue el químico a quien correspondió la pericia en que se comparaba una muestra de hisopa bucal del acusado y las manchas de fluido encontradas en su cobertor, alcanzando un porcentaje de perfil genético del 99,9%, grado de certeza con el que se pudo establecer que el semen encontrado en el cobertor pertenece al acusado. Sin embargo, y consultado el perito sobre el particular, agregó que era imposible determinar la data exacta de los fluidos encontrados.

Ahora bien, la certeza de que los fluidos encontrados en el cobertor correspondían a semen, se pudo establecer gracias al peritaje de la químico PAMELA REYES BÁEZ, quien con fecha 29 de noviembre se recibió un cobertor de dos plazas con manchas parduscas, al que se realizó prueba de orientación sanguínea, arrojando resultado negativo. Luego se le realizó prueba de certeza específica, detectándose muestras de semen, el que posteriormente y estudiado corresponde a un individuo de sexo masculino. Las manchas que presentaba la tela eran evidentes a simple vista y se pudieron detectar sin mayor esfuerzo. Por último y consultada sobre el particular, manifestó que esa mancha no podría ser fechada con exactitud.

Pese al esfuerzo del instructor por establecer que el día 27 de noviembre de 2006, existió una violación con un acto sexual que pudo haber concluido, lo cierto es que el esfuerzo fue en vano, porque la existencia de muestras de semen en el cobertor, ciertamente, no determinan nada mas que la circunstancia que el acusado ha mantenido relaciones sexuales en él, lo que es perfectamente explicable si cubre la cama del sitio que sirve de dormitorio a éste último y su pareja. Es razonablemente posible, que las muestras de fluidos correspondan al producto de relaciones sexuales que Muñoz Avendaño haya mantenido con su pareja de varios años, Angélica, tía de la víctima. Lejos de ser concluyente, la prueba no aporta nada significativo porque resulta, científicamente imposible determinar la data de las muestras periciadas y el acto que les habría dado origen.

Por último y, sirviendo de orientación relevante al Tribunal ANDREA RUIZ HERRERA, Psicóloga PREVIF, donde tiene una experiencia de mas de cinco años realizando evaluaciones de niños con maltrato grave. El 26 de abril de 2007 perició a la menor Carla Sagrado, de 15 años de edad, que en ese momento cursaba 1º medio. La evaluación duró un par de sesiones, el informe fue evacuado el 26 de Mayo. Como antecedentes relevantes, se buscan indicadores de credibilidad de relato, daño, necesidad de terapia y relación víctima victimario.

Acto seguido, refiere que Carla nace de una relación de convivencia entre sus padres, la que finaliza cuando ella tiene 2 años de edad. Al momento de la evaluación la niña vivía con su madre, pero con antelación había vivido en distintas casas familiares producto de una conflictiva relación con ésta última.

Durante el año 2006, ella se va a vivir de modo estable con su madrina, Carmen Aravena, quien vivía con otra hermana de la madre de nombre Angélica y el esposo de ésta última, Marco. Desde que llega a esa casa, ella siente que el tío Marco empieza a aproximarse de un modo extraño, demasiado preocupado a su juicio. Cerca de la mitad de ese año, aproximadamente Septiembre, ella siente que él se aproxima de otra manera, le decía que era linda, rica. En septiembre de ese año, él se acerca de un manera extraña y efectúa tocaciones por encima de la ropa. Cuando ella lo interpela consultándole que le pasaba, él le dice que sólo se trataba de una broma.

Tiempo después el tío le da a beber cerveza, la conduce por la fuerza hasta su dormitorio, le efectúa tocaciones en los pechos y conductas sexuales de tipo oral, ella habría sentido que le introdujo el pene. Con esos antecedentes la niña efectúa las respectivas denuncias.

La modalidad de evaluación fue mediante tres sesiones de entrevistas semi estructuradas unido a la aplicación de test proyectivos. Con posterioridad se efectuó un análisis de credibilidad de relato conforme SBCA.

Conforme el análisis aparece una menor de contextura física y peso acorde y normal, que refiere sentir vergüenza, incluso dice no recordar mucho, sin embargo, establece un vínculo que permitió que al cabo de algunas sesiones ella pudiera contar lo ocurrido, y entonces cuenta en la primera sesión que en su primera sesión estaba insegura de contar lo que efectivamente le ocurrió.

Ella refiere a su agresor como una persona cercana y de confianza, con quien tenía una buena relación. Cuenta además

que ella realizaba tareas manuales, cuando el acusado se presentó con una cerveza de litro y una lata, el tío la toma de la cabeza y la amenaza indicándole que sino se tomaba la cerveza mataría a su madre y a su hermana pequeña. Posteriormente y cuando ella se sentía ebria, él la traslada hasta el dormitorio que el sujeto y su tía compartían, subiéndole la polera, que recuerda de color blanca, posteriormente le toca la vagina y por último, le introduce el pene. Ella le pide ir al baño con la excusa de que sentía ganas de vomitar, una vez allí comenzó a gritar y logró llamar por teléfono a una de sus tías, quien finalmente acciona las redes que le prestan ayuda, mientras el sujeto le decía en voz alta que estaba loca y que se quedara callada.

Respecto de las consecuencias de estos hechos, la niña le explica que no tiene interés por ir al colegio, que presenta daño emocional evidente, incluso en su relato manifiesta que no quiere vivir más y que reza a diario para que dios se la lleve, presentando incluso conductas de auto agresión. Ella presenta una estructura de inteligencia normal promedio, con todo lo esperable.

Se aprecian varios indicadores de veracidad, tales como la coherencia de su relato a través de cada una de las sesiones. La descripción significativa de detalles, tales como el color de la polera que llevaba puesta ese día, la cerveza que habría bebido ese día y su cantidad.

Hay también una descripción del estado mental subjetivo, cuando refiere que sentía lo que ocurría en su cuerpo pero en que su mente no podía responder, al igual que cuando atribuye estados mentales del agresor, como cuando refiere que comenzó a mirarla y a tratarla de un modo particularmente cercano.

El abuso sexual es un proceso, que se configura lentamente y mucho antes de que se consume, el niño usualmente se siente cada vez más cercano del agresor.

Otro indicador es el de situaciones inesperadas, tales como su necesidad o deseo de vomitar. Cuestión que además, permitió que cesara la agresión sexual de que era objeto.

En cuanto a la presencia de daño, la menor presenta una autoestima muy deteriorada, el hecho de sentir que no le importa a nadie y que da puros problemas. Ella inicia después de la situación traumática, una vida promiscua y sexual activa, sin medición de consecuencia, sin pensar en un eventual embarazo, que es uno de los más dañinos efectos de la agresión sexual. También hay sentimientos de inseguridad, deserción escolar e ideación suicida, ella ha intentado cortarse los brazos. Existen también pensamientos intrusivos, pues relata que cuando mantiene relaciones sexuales con su pololo, recuerda de pronto lo que le ocurrió, que es uno de los síntomas verdaderamente más clásicos del estrés post traumático.

Por último y, consultada sobre el punto, la menor refiere que su agresor corresponde a un tal tío Marco, pareja de una de las hermanas de su madre. Sugiriendo, por último, la necesidad de una terapia, además de una mayor protección de la menor que se encontraba, a su juicio, bastante sola.

Por último, explica además que no existen verdaderamente ganancias secundarias, porque pierde uno de los pocos referentes afectivos que tiene, como es el de su madrina, ya que evidentemente, no tiene como volver a esa casa donde es acogida y querida, pues regresar con su madre no era para la niña una solución real ni buena.

Tampoco hay ningún indicador que nos de cuenta de algún grado de aprobación de la niña frente a estos hechos. Hasta ese momento la niña no había vivenciado una experiencia sexual, ella refiere que siente que el tío, la persona que esta sobre ella, le introduce algo dentro, incluso refiere al ser consultada, que no sabe, que cree que se trataba del pene del sujeto.

Consultada durante su contra examen, ella le refirió a la perito que había bebido con anterioridad y, que incluso tenía una marca de cerveza favorita, denominada Báltica.

Gracias a ésta última versión, el Tribunal se impuso particularmente de las consecuencias síquicas y emocionales que ha tenido la menor, en particular su deserción escolar, su falta de motivación y su ideación suicida, elementos que el Tribunal considerará muy especialmente en el considerando decimotercero de la presente sentencia.

Por último, la edad de la menor quedó acreditada mediante la documental incorporada consistente en su Certificado de nacimiento el que da cuenta de haber nacido el Apia 18 de agosto de 1991; de igual modo se incorporaron los certificados de nacimiento de Magali Aravena Becerra, Angélica Aravena Becerra y Diego Nicolás Muñoz Aravena, los que no sirvieron para establecer o refutar ninguno de los presupuestos vertidos durante el juicio ni en el auto de cargos.

Séptimo: Hechos acreditados, calificación jurídica y análisis del tipo en relación a la prueba de cargo: Que conforme se ha venido razonando y, ponderados en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, este Tribunal ha adquirido la convicción de que, más allá de toda duda razonable, se encuentra acreditado el siguiente hecho:

“Que el día 27 de noviembre de 2006, alrededor de las 17:30 horas, el acusado MARCO JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, se encontraba en su domicilio de calle San José N° 2103, Maipú, en compañía de la menor de iniciales C.M.S.A., nacida el 18 de agosto de 1991 y con 15 años de edad a esa fecha, a quien facilitó el consumo de alcohol, para luego aprovecharse de esta circunstancia, cuando la menor encontrándose en estado de ebriedad por dicho consumo, se trasladó hasta uno de los dormitorios, oportunidad en que Muñoz Avendaño, ya individualizado, la acostó para luego subirse sobre su cuerpo, sacar su pene y frotarlo en la vagina de la víctima”.

I) El hecho descrito, y que representa al signado con el N° 2 en el auto de cargos, a juicio de la unanimidad de éste Tribunal colegiado, es constitutivo de un delito de abuso sexual propio o directo, previsto y sancionado en el artículo 366 del Código Penal, norma que fuera introducida en su texto actual por el artículo 1° N° 10 de la Ley 19.927, de 14 de enero de 2004. Conforme la introducción de tal modificación, el artículo 366 trata una figura de carácter residual en relación a tipos penales como el de violación, estupro y corrupción de menores, cuestión que se desprende inequívocamente de la redacción que empleara el legislador para describir la figura, a saber, “el que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal”. Ahora bien, para comprender a su vez, la expresión acción sexual a que alude la disposición, el artículo 366 ter del Código Penal, dispone que se entenderá por tal “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado sus genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

Concretamente, el instructor acusa en esta oportunidad por la ejecución de un hecho de violación, que el Tribunal ha recalificado, previa invitación de los intervinientes a debatir el punto, por aquel descrito y sancionado en el artículo 366 del Código Penal, norma que penaliza el abuso sexual propio o directo, es decir, aquel donde se exige –en términos generales– un contacto físico entre víctima y autor distinto del acceso carnal propiamente tal. Desafortunadamente y no con el acierto que hubiese sido deseable, el legislador buscó con esta disposición (366) – como asimismo con el 366 bis– abarcar aquellas situaciones donde la acción no pudiera encuadrarse en la idea de “penetración” propia de otras acciones de significación sexual como la violación.

Las normas citadas integran tres hipótesis básicas que toman como núcleo la misma idea, esto es, realizar una acción sexual en desmedro de otra persona, distinguiendo en atención a los medios utilizados para su ejecución (artículo 366) y la edad del afectado (artículo 366 bis).

La conducta típica está descrita como “una acción sexual distinta del acceso carnal”. A su vez y como ya dijéramos la definición normativa de acción sexual es ofrecida por la disposición del artículo 366 ter, descripción que aunque dotada de gran amplitud responde con mayor prolijidad al principio de taxatividad o determinación, siendo tres las condiciones que nos permiten establecer cuando estamos en presencia de una acción sexual, a saber: a) la connotación sexual del comportamiento; b) la relevancia del acto ejecutado y; c) la aproximación corporal con la víctima.

II) En relación a la primera de estas condiciones, la doctrina propone múltiples soluciones, desde aquellas de carácter más objetivo y en virtud de las cuales, la connotación sexual supone la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, hasta aquellas de carácter más bien subjetivo que enfatizan predominantemente en la intención con que hubiese actuado el hechor.

Con un cariz intermedio entre ambos extremos están aquellos que sostienen –idea a la que adhiere éste Tribunal– que lo decisivo pasa por la intención del sujeto activo de involucrar a otro en un contexto sexual, posición que supone la integración de elementos objetivos –la relación con el sexo que despliega la conducta– y subjetivos, –la intención del autor de satisfacer apetitos de orden sexual–. Tal es el caso del hecho que conocemos y sancionamos en la presente sentencia,

desde que, el acusado Muñoz Avendaño, saca su pene, lo frota en contra del cuerpo de la menor, realiza además tocaciones en su vagina y pechos, cuestión que refieren tanto el acusado como la propia víctima en sus relatos.

Sin duda que aparece ostensible la vulneración de lo tutelado por la norma, esto es, la libertad sexual de la víctima, desde que, la acción es ejercida no contra su voluntad sino que en ausencia de la misma, puesto que, al tenor de su propio relato unido al examen de alcoholemia, la menor prácticamente no logró incorporarse y resistirse a las agresiones, sino sólo una vez que éstas habían tenido lugar.

III) De la segunda condición, esto es, “la relevancia del acto ejecutado”, o también entendida como la entidad o gravedad del mismo e inherente o implícita en esta clase de hecho, dos son los factores predominantes para estimar su ocurrencia, a saber: a) que la conducta tenga un inequívoco carácter sexual y b) que concierna al contacto con zonas erógenas del cuerpo del autor o de la víctima.

Especial importancia adquiere considerar de modo particular, para entender esta segunda condición, el bien jurídico “libertad sexual” (366), porque el tipo penal que analizamos no nos protege de cualquier molestia en ese orden, como por ejemplo, ser casualmente alcanzado por los genitales de otra persona en el vagón de un metro que está repleto, caso en el que si bien el hecho concierne a las zonas erógenas de alguno de los involucrados, nadie podría afirmar tan ligeramente, que la conducta tiene un inequívoco carácter sexual. De tal suerte que, sometiendo estas directrices al análisis que nos interesa, podríamos afirmar que la gravedad en este caso viene dada por la circunstancia de cumplirse las dos condiciones y afectarse el bien jurídico libertad sexual de la víctima que fuera objeto de estos hechos, volviendo a los argumentos que se vertieran en la letra a) de éste considerando, donde se alude a las formas de ejecución y a las condiciones en que se encontraba la víctima cuando fue agredida sexualmente por el acusado.

Sin duda, y aun cuando no se desprende directamente de los dos requisitos establecidos para esta condición, otro elemento significativo para evaluar la gravedad o entidad de la conducta desplegada por el acusado, dice relación con el daño que experimenta la menor luego de ocurridos los hechos, para lo cual resultó esencial el relato de la psicóloga Andrea Ruiz Herrera a quien correspondió, precisamente, evaluar el daño asociado. Según nos explicó la menor presenta un compromiso emocional evidente, que se traduce, en su deserción escolar, depresión e ideación suicida, desidia y evidentes cambios conductuales y físicos a los que también hiciera referencia (notablemente afectada por cierto) la tía de la menor Flor Aravena Becerra.

Aun cuando la doctrina no lo afirma categóricamente de éste modo, es indiscutible que un hecho que afecta el desarrollo normal y se instala como un evento vital de significación, alterando la cotidianeidad de una forma de vida, no puede sino considerarse como grave en los términos exigidos como la condición que se analiza.

IV) Por último, la “aproximación corporal con la víctima” resulta en este caso evidente, desde que, tal y como ha exigido la doctrina española a fin de acotar lo extenso que puede resultar su interpretación. Aquí hubo frotación del pene del acusado sobre la vagina de la menor y tocaciones en diversas zonas del cuerpo, concretamente en sus pechos y en su vagina. Dicho de otra manera, existe una aproximación y contacto directo entre el cuerpo de la víctima y el del acusado, aun más, la interpretación sistemática de las normas, nos llevan a la afectación de los genitales de la menor, cumpliéndose, en este caso además, una de tales hipótesis, por cuanto la frotación y las tocaciones, suponen la aproximación a que alude el artículo 366, y la afectación de dichas zonas en particular como prevé el artículo 366 ter, ambos de nuestro Código Penal.

Finalmente, el tipo penal acreditado exige que la víctima sea una persona mayor de catorce años, cuestión que se verifica en el caso sublite, con la incorporación –mediante lectura– del certificado de nacimiento de la menor de iniciales C.M.S.A., nacida en la ciudad de Santiago el 18 de agosto de 1991, es decir, tenía quince años a la fecha de comisión, que según el hecho probado tuvo lugar el día 27 de noviembre de 2006, en esta ciudad.

V) Ahora bien, resulta esencial establecer que no existió prueba que acreditara de modo alguno la penetración del acusado en la vagina de la menor, por cuanto, en primer término, la menor no hizo mención a dicha penetración durante la versión que ofreciera ante la audiencia de juicio oral, aun mas, su versión y la de la testigo Flor Aravena Becerra, tía de la menor a quien ella recurre inmediatamente después de ocurridos los hechos, refieren siempre que la menor decía “me quiere violar”, en el entendido –bajo esa expresión– que no se trataba de un hecho consumado aún. En segundo término y bajo la misma línea argumentativa, el perito del Servicio Médico Legal Jaime Garrido Cerón, explico que la menor presentaba un himen complaciente y sin solución de continuidad, por lo que era imposible establecer si había existido penetración momentos antes de la realización de su examen. Lo que ciertamente si pudo referir con precisión es que la

niña no presentaba señales de fuerza en la zona genital ni anal. Lo razonado explica la calificación del Tribunal, respecto del hecho signado con el N° 2 de la acusación, esto es, el delito de abuso sexual, puesto que el acceso carnal por vía vaginal, como planteaba el instructor, no logró ser acreditado.

VI) Por otra parte, la calificación precisa del hecho tenido por cierto es la de abuso sexual directo, de aquel previsto en el artículo 366, en relación con el artículo 361 N° 2, ambos del Código Penal, esto es, cuando la víctima se haya privada de sentido o cuando se aprovecha de su incapacidad de oponer resistencia.

Ciertamente, tampoco existió coincidencia entre el criterio del acusador y el de estos jurisdicentes, pues mientras el primero se esforzó por acreditar la imposibilidad de la víctima para oponer resistencia, a consecuencia de su estado de embriaguez, el Tribunal ha estimado que dicha condición, en cambio, refiere a la otra hipótesis de la norma, cual es, encontrarse privada de sentido. En efecto, la disposición en comento, no consigna la expresión “privada de razón” –caso en el que no discutiríamos el alcance de la misma–, pues ciertamente la embriaguez, pese a ser un estado de alteración de conciencia y nublamiento, como tan gráficamente explicó el perito Jaime Garrido Cerón, no constituye un estado de enajenación mental propiamente tal. Cosa distinta es afirmar que dicho estado, tenga como consecuencia la “privación de sentido”, que priva –valga la redundancia– a la víctima de entregar un consentimiento válido, estimando la doctrina mayoritaria que el consumo de alcohol es justamente una de las circunstancias en que las consecuencias cognitivas y volitivas de la víctima suprimen en la misma la determinación conciente de sus actos. Para arribar a dicha conclusión, además del relato de la menor en el que describe su condición física y síquica al momento de ser agredida, contamos con una prueba de carácter científico que libera al Tribunal de la carga argumentativa que significa justificar su decisión, pues la niña presentaba una alcoholemia igual a 1,17 gramos por mil, cuatro horas después de su ingesta, valor que conforme las reglas de nuestra legislación la pone bajo la noción de encontrarse en “estado de ebriedad”. La proyección de esos valores además, pueden haber alcanzado casi los 1,6 gramos por mil cuando los hechos se sucedieron, de lo que se colige que era perfectamente posible que la niña no estuviera en condiciones de prestar un consentimiento válido y aun más, en una condición evidente de desvalimiento.

VII) Finalmente, respecto del hecho signado con el N° 1 en el auto de cargos, que corresponde a un delito de abuso sexual según describe el instructor, no existió prueba alguna destinada a configurar su ocurrencia. Ni siquiera la propia víctima refiere siquiera su existencia. Cosa distinta es sostener que la perito sicóloga a quien correspondió evaluar a la menor aludió al relato de la niña cuando le develó que su tío Marco le había realizado tocaciones al menos en una oportunidad anterior, donde ella le recriminó la conducta y él, intentando desviar su intuición le dijo que todo había sido una broma. Ese relato da cuenta de eventuales agresiones sexuales previas, sin embargo, de ella es imposible construir los presupuestos fácticos que integran el hecho que describe con el N° 1 el instructor en su acusación. Conforme lo anterior, la decisión del Tribunal será la de absolver al acusado de los cargos, concretamente, por ese hecho.

Con todo ello, no le caben al Tribunal dudas razonables acerca de lo concluido por unánime convicción.

Octavo: Participación del acusado: Acorde entonces con las aseveraciones tenidas por ciertas en los motivos precedentes, en especial los considerándolos relativos a la prueba de cargo rendida en la audiencia de juicio oral y la relación de ésta con los tópicos o elementos que integran el tipo penal que se tuvo por acreditado, unido a todos los elementos de prueba analizados en la presente sentencia, no cabe sino concluir, más allá de toda duda razonable, que el acusado Marcos Jonatan Muñoz Avendaño, ya individualizado, intervino en calidad de autor conforme los términos descritos en el N° 1 del artículo 15 del Código Penal, en el delito de abuso sexual directo, cometido en la comuna de Maipú, el día 27 de noviembre de 2007.

Noveno: Circunstancias Modificadoras: Que en lo tocante a la modificatoria de responsabilidad prevista en el N° 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial, se acogerá ésta, por mayoría, en beneficio del sentenciado Barra Rocha y sólo en lo tocante al hecho signado con el N° 1, arribando el Tribunal a esa decisión, una vez razonado, en primer término, que al acusado le asiste el derecho a guardar silencio a objeto de no inculparse, esa sola razón es suficiente para entender que la declaración prestada en estrados deba ser entendida como colaboración. Ahora bien, para estimar que ésta colaboración puede ser considerada como sustancial atendida la naturaleza del procedimiento adversarial y los fines esenciales y característicos de él, esto es, la comprobación del hecho punible y la identificación y responsabilidad de los partícipes del mismo, habrá que estarse al carácter y calidad de la prueba rendida y a la naturaleza y oportunidad en que la colaboración del acusado fue prestada, estimando el Tribunal por mayoría que, en el caso que se analiza, su declaración resultó “sustancial” respecto al primero de los delitos consignados en la acusación, en términos de haber reconocido su participación en sede policial, tan pronto ocurrieron los hechos y en pleno conocimiento de sus derechos, lo que facilitó o pudo facilitar indubitablemente la tarea del instructor, permitiendo en éste caso concreto, la construcción de todos y cada uno de los elementos que configuran el ilícito por el cual dedujo acusación el Ministerio Público. En tal sentido, la versión del acusado completó varios tópicos que no fue posible esclarecer con la

menor afectada, cuyo relato pareció al Tribunal, menos preciso y vago, producto seguramente de los pocos deseos –que según ella misma expresó– tenía de volver a relatar lo sucedido. En ese contexto, cada detalle proporcionado por el acusado resultó esencial para construir los distintos presupuestos fácticos, razones todas que justifican la decisión del Tribunal en orden a reconocer en beneficio del sentenciado la modificatoria en comento.

Finalmente y por haberse acreditado suficientemente por medio de su respectivo Extracto de Filiación y Antecedentes, además de haberle sido expresamente reconocida por el acusador, se acogerá también la modificatoria de irreprochable conducta previa en beneficio del sentenciado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

Décimo: Determinación de pena: Durante la audiencia especial que consagra el artículo 343 del Código Procesal Penal, el instructor luego de conocer la deliberación del Tribunal, argumentó que el acusado cuenta con una irreprochable conducta pretérita y en tal sentido, hizo lectura del Extracto de Filiación y Antecedentes de éste último, donde no se consignan anotaciones. Conforme lo anterior y, conociendo la decisión del Tribunal, modifica su pretensión punitiva solicitando se condene al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales del artículo 29 del Código Penal.

A su turno la defensa solicitó, en beneficio de su representado, el reconocimiento de la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el N° 9 del artículo 11 del Código Penal, fundada en la circunstancia de haber prestado colaboración ya en sede policial, limitando su posibilidad de guardar silencio, como era su derecho y aportando en ese contexto, antecedentes valiosos para la investigación, junto a ello, solicito el reconocimiento de su conducta, en los términos del artículo 11 N° 6, tal y como ya le reconociera el Ministerio Público y en tal sentido requiere le sea muy calificada la modificatoria de colaboración, siendo su pretensión punitiva, la de presidio menor en su grado mínimo y dentro del cuántum de la pena se le aplique el mínimo, esto es, 61 días.

Ahora bien, el título de castigo por el cual estos sentenciadores han decidido condenar al acusado Marco Jonatan Muñoz Avendaño es de presidio menor en su grado máximo, conforme dispone el artículo 366 del Código Punitivo. Existiendo en este caso, dos circunstancias modificatorias que morigeran la responsabilidad del acusado, el Tribunal está facultado para imponer la pena rebajada en uno o dos grados, de conformidad lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, resolviendo en definitiva la rebaja sólo en un grado y la aplicación de éste no en el mínimo, debido esencialmente a la naturaleza del delito de que se trata y la extensión de mal que se causara a la víctima, en los términos del artículo 69 del Código Punitivo, desde que, hasta la fecha y pese ha que han transcurrido cerca de dos años desde que los hechos tuvieron lugar, la afectada todavía no logra reparar el daño asociado, cortándose los brazos en mas de una ocasión, desertando de la escolaridad, desarraigando vínculos afectivos significantes –como lo habían sido las hermanas de su madre durante gran parte de su vida–, manteniendo una vida sexual promiscua y descuidada, todo lo que se evidencia como signos inequívocos de auto agresión que conducen, finalmente al Tribunal, a optar por una pena que alcance el máximo dentro del grado del que se hará aplicación.

Undécimo: Beneficios: Que en atención al quantum de la pena a imponer y, reuniendo el acusado Muñoz Avendaño, los requisitos de procedencia establecidos en la Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas y Restrictivas de Libertad, se le concederá al sentenciado el beneficio de la remisión condicional.

Duodécimo: Costas: Conforme es su facultad, se eximirá del pago de las costas de la causa al encartado, atendida la facultad que el inciso final del artículo 47 del Código Procesal Penal confiere al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Decimotercero: Medidas de protección accesorias. Durante el desarrollo de las audiencias de juicio, estos sentenciadores han podido percibir una serie de antecedentes y circunstancias muy delicadas las que, teniendo en consideración que la afectada por este delito es una persona en situación de minoría de edad y, por tanto, sujeta a más derechos que cualquier persona adulta, resulta fundamental y completamente necesario que este Tribunal adopte todas aquellas medidas que el ordenamiento jurídico penal y procesal penal disponen, con el fin de otorgar una protección directa y real a la víctima del ilícito acreditado en los párrafos precedentes, de conformidad a la normativa nacional e internacional que regulan la materia.

En efecto, según se desprende de la propia declaración de la niña, de su tía Flor Gabriela Aravena Becerra y de la psicóloga del Previñ doña Andrea Ruiz Herrera, y de los demás datos probatorios analizados latamente por la presente resolución, la menor afectada vive actualmente en el domicilio de una amiga y previo a ello en uno domicilio donde cohabitaba con el imputado –conviviente de su tía– desde hace más de seis meses, estableciéndose que la menor ha

vivido la mayor parte de su vida entre las casas de varias de sus tías maternas, siendo en ese contexto, lamentablemente expuesta a los abusos del acusado. De los mismos datos probatorios se pudo establecer que ninguno de los referentes afectivos que presenta hoy día la víctima han logrado sacarla del profundo estado depresivo que arrastra a consecuencia de los hechos latamente analizados en la presente sentencia, como tampoco evitar la deserción escolar de la niña, que hoy con 16 años cumplidos no asiste a establecimiento educacional alguno a objeto de poner término a sus estudios secundarios.

Del mismo modo se pudo establecer que la madre de la niña, el mismo día en que acaecieron los hechos que el Tribunal dio por asentados condujo a la niña –junto al padre de la misma– hasta la casa de una de sus hermanas, lugar donde la niña permaneció un tiempo, trasladándose a la casa de una amiga en los últimos meses. Precisamente, bajo el argumento de evitar que la niña pudiera ser abusada por la actual pareja de su madre, lo que ha existido de parte de la misma es una negligencia y abandono total y absoluto, alejada del rol natural de toda madre consistente en dar protección a sus hijos.

Por otro lado, la menor afectada tiene claros indicadores de estrés postraumáticos por lo que requiere una terapia especializada de reparación, encontrándose completamente acreditado que resulta absolutamente necesaria una intervención de profesionales, atendido el nivel de daño psicológico que presenta.

Por último, ha quedado claro durante el juicio que la menor no cuenta afectivamente con alguno de sus progenitores, quienes bajo la excusa de hacer lo que estiman mejor para la niña, no han hecho más que ponerla en una evidente situación de vulnerabilidad. Finalmente, cabe hacer presente que la menor cuenta con una familia extendida consistente en sus tías Flor y Carmen –hermanas de su madre– quienes han vivido en diversas ocasiones con la menor, y han permanecido preocupadas de la situación de la niña, pese a no haber podido modificarla en apariencia, pues ninguna a logrado persuadirla de regresar con ellas.

Estos razonamientos, unidos a la obligación del Ministerio Público, auxiliares de la administración de justicia y de los jueces del fondo, de velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento y garantizar la vigencia de sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º y 109 del Código Procesal Penal, unido a la obligación de todo Tribunal que conoce una causa relativa a abusos sexuales en contra de menores de tomar, en cualquier momento, ya sea de oficio o a petición de parte de medidas de protección a favor del ofendido y su familia que el juzgador estime convenientes, según lo dispuesto en el artículo 372 ter del Código Penal, teniendo en cuenta, además, el derecho de toda persona de que se le asegure su integridad tanto física como psíquica, de conformidad con lo establecido en numeral 1º del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, finalmente, del derecho de toda persona que se encuentre en una situación de minoridad de que el Estado, tome todas las medidas necesarias para su protección y bienestar y, en caso de ser objeto de abusos sexuales, de la adopción de toda clase de mecanismos para protegerlo y lograr la rehabilitación de su salud física y psíquica, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2º, 19, 24, 27 y 34 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, incorporada al derecho interno vía inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, llevan a estos sentenciadores a decretar, como medida de protección, conjuntamente con el cumplimiento de la pena principal y hasta que la menor cumpla su mayoría de edad, una serie de medidas tales como la prohibición por parte de Marco Jonatan Muñoz Avendaño de acercarse a la ofendida, de visitar el domicilio en que ésta se encuentre y el establecimiento educacional donde finalice sus estudios formales.

Finalmente, y atendida todas aquellas circunstancias recientemente expuestas y tomando en consideración el claro estado de indefensión que se encuentra la menor según se expuso en los párrafos precedentes, estos magistrados enviarán copia de todos los antecedentes que obren en la presente causa al Tribunal de Familia competente –según reglas de distribución– a objeto de que adopten las medidas que en derecho corresponda en relación con la situación particular de la menor en el presente caso.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 7º, 11 Nº 6, 11 Nº 9, 15 Nº 1, 18, 21, 24, 25, 28, 30, 31, 49, 50, 52, 67, 69, 366 y 361 Nº 2 del Código Penal; 1º, 45, 46, 47, 52, 275, 281, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 310, 314, 315, 319, 323, 325, 326, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal; se decide:

I. Que se absuelve al acusado MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, ya individualizado, como autor de los delitos de abuso sexual y violación en los términos descritos por el instructor, y en su lugar, se le condena a sufrir la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de abuso sexual directo, en perjuicio de la menor de iniciales C.M.S.A., cometido el día 27 de noviembre de 2006, en esta ciudad.

II. Que en atención a lo razonado en el considerando decimoprimer del presente fallo y reuniendo el sentenciado los requisitos previstos en el artículo 3º de la Ley 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo dar cumplimiento a las exigencias establecidas en el artículo 5º del mismo cuerpo normativo, quedando sujeto al control administrativo de la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile por el término de la condena impuesta. Si el beneficio le fuere revocado, deberá cumplir la pena privativa real, íntegra y efectivamente, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de la presente causa, desde el día 29 de noviembre al 15 de diciembre del año 2006, ambas fechas inclusive.

III. Que se al sentenciado exime del pago de las costas de la causa atendido los argumentos que se vertieran en el considerando decimosegundo de la presente sentencia.

IV. Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, las pruebas y elementos de convicción incorporados a la audiencia de juicio oral.

V. Ejecutoriada la presente sentencia, ofíciase al 9º Juzgado de Garantía de Santiago, remitiéndose copia íntegra de la misma y su certificado de ejecutoria, a objeto de dar cumplimiento a lo resuelto en ella. Cúmplase, asimismo, con lo preceptuado en el artículo 468 del Código Procesal Penal y artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio de Registro Civil e Identificación, Servicio Electoral y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Santiago.

VI. Asimismo, una vez ejecutoriada la presente sentencia, de conformidad a lo señalado en el considerando Decimotercero de la presente resolución, se ordena oficiar al Tribunal de Familia de ésta ciudad que sea competente, conforme las reglas de distribución, adjuntando copia íntegra de la misma, con el atestado de encontrarse ejecutoriada, a objeto de que en dicha sede jurisdiccional se ordenen, en caso de así estimarlo el juez que conozca del asunto, medidas de protección en favor de la víctima en estos hechos, distintas de las ordenadas por éste Tribunal.

VII. Regístrese y notifíquese a los intervinientes por la forma de notificación señalada por éstos en el Tribunal.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 342 del Código Procesal Penal, se deja constancia que la presente sentencia fue redactada por la magistrado doña Bárbara Quintana Letelier.

RUC 0600842695 1

Sentencia pronunciada por el Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, integrada por los magistrados titulares don Bernardo Ramos Pavlov, quien presidió la audiencia, don Danilo Reyes Báez y doña Bárbara Quintana Letelier en la redacción.

RIT 52 2008.

Texto Sentencia Tribunal Base:

Santiago, 26 de julio de 2008.

Primero: Intervinientes: Los días veintiuno y veintidós de julio últimos, ante el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de ésta ciudad, integrado por los magistrados don Bernardo Ramos Pavlov, quien presidió, don Danilo Báez Reyes y doña Bárbara Quintana Letelier, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en la causa RIT Nº 52 2008, RUC 0600842695 1, seguida por el Ministerio Público en contra de MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, chileno, casado, nacido el 7 de mayo de 1963, 45 años, guardia de seguridad, Cédula Nacional de Identidad Nº 9.527.040 9, domiciliado en Pasaje 2 Sur Nº 734, Población Monte Segundo, comuna El Monte.

La acción penal fue sostenida por el Ministerio Público representado, en esta oportunidad, por la fiscal adjunto PAOLA ZARATE ESGUEP, domiciliada en calle Monumento N° 2079, de la comuna de Maipú.

La defensa del acusado, por su parte, estuvo a cargo de la abogado BARBARA ANTIVERO PINOCHET, Defensor Penal Privado, con domicilio en calle San Martín N° 473, oficina 107, comuna de Santiago.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

Segundo: Acusación: Que la imputación del Ministerio Público tuvo como fundamento la siguiente relación de hechos contenidos en el auto de cargos de juicio oral:

Hecho N° 1: "Que en fecha indeterminada del mes de septiembre del año 2006, antes de las Fiestas Patrias, en horas de la tarde, el acusado MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, se encontraba en su domicilio de calle San José N° 2103, comuna de Maipú, solo en compañía de C.M.S.A, fecha de nacimiento 18 de agosto de 1991, de 15 años de edad a esa fecha, a quien dio a consumir altas dosis de alcohol, ante lo cual la menor comenzó a sentirse enferma, lo que le costó al acusado, quien la trasladó hasta uno de los dormitorios, haciéndola acostar en una de las camas y aprovechándose de su incapacidad para oponer resistencia, procedió a tocar con sus manos los senos de la niña por debajo de la ropa, así como su zona genital".

Hecho N° 2: "Que el día 27 de noviembre de 2006, alrededor de las 17:30 horas, el acusado MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, se encontraba en su domicilio de calle San José N° 2103, Maipú, en compañía de C.M.S.A, fecha de nacimiento 18 de agosto de 1991, de 15 años de edad a esa fecha, a quien obligó a beber alcohol, aprovechándose de esta circunstancia de encontrarse solos, la menor al sentirse enferma por el alcohol consumido, se trasladó hasta uno de los dormitorios de dicho inmueble, y aprovechándose de su incapacidad para oponer resistencia, la acostó para luego subirse sobre su cuerpo e introducir su pene en la vagina de la niña".

Calificación Jurídica: A juicio del instructor, los hechos así reseñados son constitutivos de un delito de ABUSO SEXUAL y de un delito de VIOLACIÓN respectivamente, previstos, y sancionados, en los artículos 366 y 361 ambos del Código Penal, en grado de consumados, atribuyendo en ambos ilícitos, participación al acusado en calidad de autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Modificatorias: En concepto del Ministerio Público, beneficiaría a Muñoz Avendaño, la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y no le perjudicarían circunstancias agravantes.

Pretensión Punitiva: Conforme lo señalado, solicita se le imponga, la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en calidad de autor del delito de abuso sexual contemplado en el artículo 366 con relación al artículo 361 N° 2 del Código Penal unido a las accesorias del artículo 29 del código citado, esto es, inhabilitación absoluta y perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo que dure la condena y; la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en calidad de autor del delito de violación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 361 N° 2, en relación con el artículo 68 inciso 1° y 74 del Código Penal y las penas accesorias del artículo 28 del mismo código, esto es, inhabilitación absoluta y perpetua para cargos u oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Tercero: Alegatos: Haciendo uso de su derecho, el instructor aludió en su apertura, a los problemas que genera el consumo de alcohol en los jóvenes y como afecta la vulnerabilidad de éstos, enfatizando que el caso que conoceríamos el día de hoy, corresponde precisamente, a la vulnerabilidad de una menor bajo los efectos del alcohol y la exposición a ser víctimas de acciones de connotación sexual sin su consentimiento o voluntad.

Acto seguido, reiteró los hechos descritos en el auto de cargos, haciendo presente que hará uso de todos los medios de prueba que le franquea la ley a objeto de acreditar los mismos, haciendo presente que la condición de la víctima le significó la imposibilidad de oponer resistencia, de allí entonces la justificación de aplicación el numeral segundo del artículo 361 del Código Penal.

A su turno, la representación del acusado hizo presente en su alegato de apertura que solicitaría la absolución de su representado, desde que, a su juicio, no será posible establecer la convicción condenatoria que exige nuestro derecho como estándar de condena.

En relación al primero de los hechos ofrece acreditar que éste nunca tuvo lugar, y respecto del segundo no hay medios de prueba suficientes para dar por probada una penetración en la menor, enfatizando, que su representado el mismo día en que los hechos signados con el número dos tuvieron lugar, prestó colaboración y facilitó las diligencias del instructor, no encontrándose muestra alguna que relacione a su defendido con un acceso carnal.

Finalmente agregó que su defendido en todas sus declaraciones reconoció haber rozado su pene contra el cuerpo de la niña pero no una penetración, insinuando que la falta de resistencia de ésta última, se debió a desinterés de la menor en ello, pues cuando quiso defenderse, perfectamente logró salir del dormitorio, acceder al teléfono y digitar el número de una de sus tías hasta lograr ser auxiliada.

A modo conclusivo, el instructor manifestó durante su alegato de clausura que el Ministerio Público, que cree haber cumplido la promesa que hiciera en un comienzo, acreditando, mas allá de toda duda razonable, los dos hechos descritos en el auto de cargos, detallando prueba que en general se orienta a la probanza solo del segundo de los mismos.

Finalmente la defensa del acusado en su clausura y replica reiteró en términos generales lo planteado durante su apertura, analizando pormenorizadamente la prueba –o la ausencia de la misma– que pudiera acreditar los presupuestos fácticos del modo en que fueron planteados por el instructor, de esta forma persiste en su pretensión punitiva, cual es, la absolución como autor del delito de violación y del abuso sexual signado como hecho N° 1 en el auto de cargos, el que a su juicio a quedado suficientemente acreditado que nunca tuvo lugar.

Cuarto: Acusado: Que debidamente informado y, renunciando a su derecho de guardar silencio en los términos del artículo 326 del Código Procesal Penal, Marcos Jonatan Muñoz Avendaño, explicó que se referiría únicamente al segundo hecho, porque a su juicio, el primero es simplemente una calumnia. En ese contexto, explica que se encontraba pintando mientras Carla realizaba unos trabajos manuales. Recuerda que ingresó al domicilio varias veces a buscar materiales, en uno de esos ingresos Carla le pidió que le comprara una cerveza, petición a la que accedió. Poco después, ya habiendo entregado la cerveza a la menor, la notó rara, ella le manifestó sentirse mal y por sus propios medios se recostó en la cama del dormitorio principal, quedando atravesada y con las piernas colgando.

Cuando él la toma para acomodarla, la niña lo abrazó fuertemente y comenzó a realizar gestos provocativos. El se dejó a llevar y la tocó sobre sus ropas, jamás por debajo, cuando se dio cuenta y reacciono, se fue al baño, se cambió los pantalones y se lavó la cara porque debía ir en busca de su hijo. De pronto Carla sale del dormitorio y comienza a golpearlo, gritándole “me violaste tal por cual” y llamando, acto seguido, a su tía Gaby.

Le gritaba y lanzaba unas piedrecillas que había como adorno, la puerta de calle no estaba cerrada y ella salió gritando hacia fuera, formando un gran escándalo con los vecinos, mientras él llamó de inmediato de Paz Ciudadana, que se presentó poco después. A esa altura ya se había apersonado su cuñado que también le gritaba desde afuera muy enojado.

Consultado sobre el particular, manifestó que le compro sólo una lata de cerveza, era la primera vez que le compraba alcohol. En la casa estaban solos ese día, eran cerca de las 18:00 horas porque debía ir a buscar a su hijo pequeño al colegio, normalmente esa era su rutina. Ella le dijo que se sentía mareada y él le sugirió recostarse, ella caminaba normal pese a que se veía rara. Lo extraño fue que se acostó en la cama del acusado y su pareja. Contrastado conforme a las reglas del artículo 332 del Código Procesal Penal, se evidencia que durante su declaración fiscal manifestó que la niña caminaba afirmándose de la pared. El insiste en que ella se encontraba lúcida.

En relación al “roce” que refirió durante su declaración, explica que siempre fue por encima de la ropa, que su pene no se encontraba erecto, por lo que no había posibilidad de penetrarla.

Agregó luego que Carla siempre ha tenido una vida desordenada, va y vuelve desde la casa de su padre a la de ellos,

que con su madre se llevaba bien, a veces era algo impulsiva y llevada de sus ideas, pero en general bien. Con él tenía una buena relación, le contaba sus cosas, incluso siente que se trataba de una relación normal entre el tío político y la sobrina de la pareja.

Cuando estos hechos sucedieron Carla no iba al colegio porque su condición, en ese momento, era la de expulsada. La razón fue el robo de un celular, del que no sabe que tipo de responsabilidad se le atribuyó a la menor. Recuerda que él generalmente, a petición de la tía Carmen, iba a dejar a Carla a su colegio por las mañanas.

Recuerda que entre las cosas que le contaba, le decía que a la salida del colegio era frecuente que se fuera con algunas de sus compañeras hasta una plaza a tomar y fumar. Incluso que a veces, apenas él la dejaba, ella no ingresaba y se iba hasta la plaza.

En relación a los hechos, manifestó que cuando él intentó acomodarla, ella lo tomó por el cuello y comenzó a "menearse", de forma erótica, nunca le dijo nada, por lo que él se dejó llevar y sólo decidió detenerse porque no se le produjo una erección, lo que le permitió reaccionar y darse cuenta que no era correcto hacia donde iban las cosas, aludiendo que se trata de una niña a la que conoce desde hace muchos años.

Del mismo modo, explicó porque se cambió de pantalones, haciendo presente que había estado pintando y debía ir a buscar a su hijo al colegio.

Consultado aclaró que la niña es sobrina de su pareja, Angélica.

Por último, aclara también que la niña se encontraba borracha cuando lo acusó por primera vez durante el mes de septiembre, explicando que en esa oportunidad él lavó los cobertores de la cama, porque Carla habría vomitado en ellos, al igual que un par de toallas con las que él la limpió.

Quinto: Convenciones probatorias: Que conforme se desprende del auto de cargos, los intervinientes no arribaron a convenciones probatorias.

Sexto: Análisis y valoración de la prueba rendida: Considerando que al Ministerio Público le está atribuida la titularidad de la acción penal pública y, en consecuencia, como instructor lleva la carga probatoria de la imputación que formula, analizaremos a continuación, la prueba de cargo que rindió a objeto de formar la convicción del Tribunal respecto a los presupuestos fácticos ofrecidos.

En tal sentido, el primer testimonio significativo está representado por la declaración de FLOR GABRIELA ARAVENA BECERRA, que resultó útil para comenzar a establecer la dinámica del hecho signado con el N° 2 en la acusación, los momentos posteriores a la comisión del ilícito y las consecuencias generales del mismo.

De este modo, sostuvo ante la audiencia de juicio oral al ser examinada de manera directa, que ese día recibió una llamada telefónica de su sobrina Carla, diciéndole que un tal por cual la había violado y que por favor se presentara en el domicilio de la niña. La menor gritaba que por favor la ayudaran. Recuerda que no supo que hacer en ese momento. Desesperada salió a la calle y pidió ayuda en un almacén vecino donde le solicitó al encargado que llamara a carabineros. En ese instante, apareció personal de Paz Ciudadana, con quienes se trasladó hasta el inmueble de propiedad de su hermana donde estaba viviendo temporalmente la niña. Cuando llegaron, los funcionarios de Paz Ciudadana le entregaron a la menor, quien cayó al suelo debido a su estado, recuerda que estaba "enferma de curada" (sic), el sujeto la tenía totalmente ebria.

Consultada acerca de la relación que había entre la menor y su agresor, la testigo refiere que desconoce la motivación que pudo haber tenido, porque la niña era la preocupación de todos los adultos que la rodeaban, y la adoración de todos también, entre ellos el agresor, quien permanentemente se ocupaba de ir a dejarla y a buscarla hasta su colegio.

Explicó asimismo, que la niña estaba en casa de su hermana Carmen, donde también viven Angélica y Marco, el acusado, junto al hijo de ésta última. Que se encontraba viviendo con ellos desde hacía unos seis meses, porque

siempre vivió entre las casas de sus dos hermanas, añadiendo que no vivía con su madre biológica, porque ésta última trabajaba y tenía parejas de las que se desconfiaba que pudieran hacerle algún daño.

Agregó que cuando Carla llamó ese día, se escuchaba que Marco le decía a la niña "cállate hueona que me vai a meter en un forro". La niña no hablaba normalmente, después se dio cuenta que eso podía deberse a que había ingerido muchísimo alcohol, no se sostenía en pie. Físicamente tenía los labios como dados vuelta, hablaba incoherencias, lo único que repetía era que el sujeto la tenía amenazada desde hacía tiempo con matar a su madre y a su hermana pequeña.

Hace presente que la niña fue conducida hasta el Instituto Médico Legal. Aun no se explica porque pasaron estas cosas, el acusado era un hombre tranquilo, sano, normal, nunca lo vio beber en todo el tiempo que lo conoce. Carla está mal, cambió absolutamente su conducta, se tiñó el pelo, no quiere ir al colegio, todo le parece malo y teme de todo. El sujeto era de confianza para la niña, él también formaba parte del círculo de protección de ésta.

Durante el contra examen, manifestó que Carla se fue de su casa, donde vivió por un tiempo también, debido a que su hermana Carmen la protegía más aún, como ella vivía con su marido y tiene un hijo de 18 años, su hermana prefirió que viviera con ella. La niña era de mal comportamiento en el colegio, le iba mal. En este momento Carla vive en la casa de una amiga, no quiere nada con su familia materna, dice que le tienen la cabeza dada vuelta con tantas órdenes y recomendaciones.

Nunca escuchó comentarios acerca de que Carla bebiera. Cuando vivió con ella, la niña era cumplidora con los horarios, normalmente llegaba a mas tardar entre la 01:00 y las 01:30 horas.

La versión que antecede será complementada y respaldada en varios de sus tópicos más significativos por aquella que ofreciera AMALIA ALEJANDRA ARAVENA GALLOSO, quien explicó ante la audiencia de juicio oral que el día de los hechos, recibió una llamada telefónica de carla su prima, preguntando por la tía Gaby. Le pedía que la llamara de inmediato, explicándole que Marco la violaba. Ellas le decían a Marco que la soltara, salieron con su tía y se fueron hasta Paz Ciudadana y luego, hasta la casa donde se encontraba la niña, Carla estaba afuera de la misma junto a personal de paz ciudadana y luego fueron trasladadas hasta el Instituto Médico Legal.

Explica que Carla es su prima, recuerda que los hechos tuvieron lugar hace unos 2 años. La niña estaba viviendo con la tía Carmen, Angélica y Marcos, más el hijo de esta pareja. Cuando recibieron el llamado, la niña gritaba desesperadamente que Marco la soltara, mientras se escuchaba al sujeto que le decía a la niña que no lo fuera a meter en un problema, él decía que no le estaba haciendo nada.

La niña había bebido bastante, eso era notorio, pero logró contarles que el sujeto la tiró sobre la cama y que no quería soltarla. Tenía una expresión desesperada en el rostro y le habría comentado también que el acusado le hizo beber una lata de cerveza, solo una lata de cerveza.

Sin embargo, mediante el ejercicio del artículo 332, recordó que se trataba de una botella y una lata de cerveza. Por último reconoce al interior de la sala de audiencia al acusado Marcos Muñoz Avendaño, como la persona que habría sido indicada por la niña como su agresor.

Durante el contra examen, explico que Carla vivió con ellos algún tiempo, era como cualquier niña normal, iba a fiestas, pero jamás la vio en el estado que la encontraron ese día. Casi nunca salía de noche. El día que ocurrieron los hechos Carla si estaba asistiendo al colegio, desconoce como era su comportamiento allí, aunque sabe que no tenía un buen rendimiento. Carla en ese momento vivía con su tía Carmen, porque ésta última, precisamente no quería que la niña se viera expuesta eventualmente a los riesgos de convivir con la nueva pareja de su madre Magali Aravena.

Por último, complementando las dos versiones que anteceden y sirviendo además de antecedente directo pues se trata de la menor de iniciales C.M.S.A, víctima de los hechos que el instructor describiera en el auto de cargos, fue posible fortalecer los tópicos relativos al hecho signado con el N° 2, en especial, día y hora de ocurrencia, forma y modo de comisión y, muy especialmente, establecer las coincidencias de relato que pudieran existir con la versión del acusado y, con ello, llevar a cabo una rigurosa valoración sobre sus dichos, lo que será relevante también a propósito de la eventual colaboración que haya prestado el acusado éste último diversas declaraciones.

De éste modo, la menor explicó que todo ocurrió en la casa de su tía Carmen, hermana de su madre, Magali. Vivían allí también otra de sus tías Angélica, también hermana de su madre. El día de los hechos, se encontraba en esa casa, estaba haciendo unas cosas, la acompañaba él. Ella se tomó algo y se embriagó, recuerda que bebió cerveza, exactamente no recuerda cuanto, pero luego admite que se trató de una cerveza de litro que le compró él, con su dinero. Según recuerda, ella se la pidió. Añade que se tomó la cerveza entera y después una más, de tamaño pequeño, por lo que se mareo mucho, no podía pararse. El sujeto se dio cuenta de que ella estaba mal, tomándola en brazos y conduciéndola hasta su dormitorio. Luego de ponerla en su cama, comenzó a bajarle la ropa, a su juicio deseaba violarla, lo que se desprendía de su comportamiento. Como estaba tan ebria no logreaba moverse, tenía noción de lo que sucedía, pero no podía moverse, incluso a ratos “se le apagaba la tele” (sic). De pronto intentó safarse logrando incorporarse rápidamente, entró al baño y se puso a llorar. No recuerda con exactitud la hora en que ocurrieron estos hechos, le parece que fue durante la tarde. Recuerda que salió del baño y comenzó a tirarle unos adornos a su agresor y le gritaba, llamó a su tía Gaby en ese momento, su cuerpo estaba cansado, sentía que se le caía. Cuando logró hablar con su tía, le explicó usando garabatos que él quería violarla, ellas llamaron a carabineros. Tiene la sensación de que llegó mucha gente, ella salió sola desde la casa, recuerda que salió corriendo. En ese momento se presentó personal de Paz Ciudadana, fueron los primeros con quienes tuvo contacto, el sujeto no quería salir del inmueble, físicamente recuerda que aun se sentía muy mal.

Agregó que luego fue trasladada hasta un centro de salud donde fue revisada por un médico, su padre y su madre la condujeron, con posterioridad, hasta la casa de su tía Flor, donde se quedó un buen tiempo. En general, no ha sido fácil que ella relate la historia, porque le da vergüenza. Después fue vista por varios psicólogos, algunos preguntaban por lo sucedido, otros no, en general le da mucho nervio y desidia contar todo de nuevo.

Consultada sobre el particular, refiere que pasaron muchas cosas desde que estos hechos tuvieron lugar, no continuó estudiando, se ha cortado los brazos en mas de una ocasión, antes de que esto ocurriera iba al colegio regularmente, aunque no era una gran alumna. Después de esto deseaba morir. El sujeto que la dañó inicia su nombre con la letra “M”, es el cuñado de su madre. Cuando los hechos ocurrieron estaban solos en la casa, antes de que esto ocurriera él era “buena onda”, le caía bien aunque no sentía por él un gran cariño.

Finalmente y en el contexto del examen directo recordó que el acusado le gritaba, cuando ella pedía ayuda telefónica, que se quedara callada, que estaba loca. Acto seguido, reconoce al acusado Marcos Muñoz, como la persona que la agredió sexualmente.

Durante el contra examen, recordó que antes de vivir con su tía, vivía con su madre. La tía Carmen vivía con su otra hermana, la tía Angélica y el acusado, con quien tenía cierto grado de confianza, conversaban regularmente. Ella le pidió ese día una cerveza, sin embargo, afirma que no bebía con antelación a ese hecho, que se trataba del primer día que tomaba cerveza, que no tenía gusto por alguna cerveza en particular.

Por último, consultada afirma además que no intentó repeler el ataque del sujeto, porque no lograba hablar, ella tiene la impresión que él no entendía su negativa. Cuando salió intentó pegarle al vehículo de su tía, tenía rabia, el cuerpo entonces le respondía de mejor manera.

Estas tres versiones previas, permiten establecer varios elementos significativos en relación al hecho signado como N° 2 en el auto de cargos, a saber, que el acusado, Marcos Jonatan Muñoz Avendaño, vivía en un domicilio de la comuna de Maipú, en compañía de su pareja Angélica Aravena, la hermana de ésta Carmen Aravena, un hijo de la primera y una sobrina de ambas, a la sazón, la menor de iniciales C.M.S.A.

Que el día 27 de noviembre de 2006, en horas de la tarde, entre las 17.00 y 18.00 horas, se encontraban en el citado inmueble, la menor y el acusado, la primera desarrollando manualidades, el segundo pintando una pared exterior del domicilio; que bajos tales condiciones espacio temporales, la menor solicitó al acusado le comprara cerveza, cuestión a la que éste accedió; tiempo después y encontrándose la menor en evidente estado de ebriedad –cuestión que asentaremos más adelante y a propósito de la valoración de su examen de alcoholemia– ésta se habría trasladado hasta uno de los dormitorios, donde el acusado, aprovechando la condición de la menor, sacó su pene y lo frotó contra el cuerpo de la niña, además de realizar tocaciones en sus pechos y vagina.

Ahora bien, conforme al atestado de la víctima referente al hecho signado con el N° 2, unido al testimonio del perito

JAIME GARRIDO CERÓN, Médico Legista del Servicio Médico Legal, se pudo establecer que conforme el relato de la menor y las características físicas de ésta última, sería imposible determinar si existió penetración sexual del acusado.

En efecto, explicó a la audiencia de juicio oral que el día 27 de noviembre del año 2006, le correspondió examinar a la menor de iniciales C.M.A.S., ella venía acompañada de una tía quien relataba que la menor había sido violada por el conviviente de su hermana después de haberle dado cerveza. Contaba que la niña pasaba por un periodo depresivo. Al examen de conciencia, la niña no hablaba y caminaba con dificultad. Al examen segmentario no había lesiones físicas. Al examen genital, no presentaba lesiones, el himen era grueso, de borde irregular, no tenía solución de continuidad. El examen anal reveló indemnidad. Las conclusiones fueron que tenía un estado de conciencia alterado producto de la ingesta alcohólica o de drogas, por lo que se ordenó una pericia en tal sentido y se envió la ropa interior de la menor para periciar la eventual presencia de semen. Los hechos son descritos a las 21.30 horas sin perjuicio de que estos habrían tenido lugar cerca de las 18.00 horas.

Consultado el perito refiere que la expresión "obnubilada" con la que describe a la menor, explica que se trata de un estado de nublamiento de la conciencia.

Asimismo hace presente que los exámenes acerca de presencia de semen resultaron negativos y los de alcoholemia arrojaron un resultado de 1,17 gramos por mil. Se puede pensar que los niveles a la hora de los hechos deben haber sido algo mayor a eso, sin embargo, precisar con exactitud resulta complejo, porque hay temas de contextura, de presencia de agua, de grasa corporal que hace variable los niveles, pero puede estimarse que probablemente a la hora de los hechos puede haber habido unos 400 miligramos mas, es decir, cerca de los 1,6 gramos por mil. Aclara por último, que no podría referir si el estado de ebriedad de la menor era ostensible para cualquiera.

Durante su contra examen, aclaró, en relación a un punto que ya había explicado durante el examen directo, que la menor presentaba un himen de tipo complaciente, es decir, de aquel que no permite descartar o afirmar una penetración.

El examen físico y ginecológico es complementado por el peritaje químico de VÍCTOR VIDAL PÉREZ, Químico Farmacéutico Legista del Servicio Médico Legal, a quien correspondió realizar examen de alcoholemia, con fecha 28 de noviembre de 2006, producto de una muestra recepcionada desde la unidad de ginecología y que pertenecía a Carla Sagrado Aravena. El análisis de la muestra de sangre arrojó un resultado de 1,17 gramos por mil en base a la metodología de cromatografía gaseosa. Cuando se le solicitó hacer una proyección, manifestó que en este, caso si tenemos aproximadamente 4 horas antes de la toma de la muestra, se supone que el cuerpo elimina cerca de 0,4 ml., por hora, lo que da un total de 1,57 gramos por mil a la hora en que los hechos se suceden.

Ahora bien, respecto a los efectos que produce ese índice, sería necesario distinguir entre los consumidores habituales y no, porque la metabolización de un consumidor habitual es mucho mayor que la de uno ocasional. Hay también diferencias entre las concentraciones, según se trate de un hombre o de una mujer, porque en el caso de éstas últimas, a igual consumo, la mujer tiende a presentar índices mayores debido a su compasión grasa e hídrica.

Durante el contra examen, el perito refiere que la persona con este índice puede conducir, lo que no significa que vaya a hacerlo bien. Un consumidor no habitual, a su juicio, puede que con éste índice tal vez ni siquiera logró mantenerse en pie.

Estos peritajes previos, establecen otros dos elementos relevantes en la construcción de una verdad formal representada en los presupuestos fácticos que se vertieron en la acusación, a saber; que la menor se encontraba ebria, estado objetivo e indiscutible a partir, ya no sólo de la observación o apreciación personal de algunos que vieron a la afectada el día de los hechos, sino en base a una prueba de carácter científico, límite al razonamiento de estos sentenciadores, pues nos relevan de la carga argumentativa vinculada a ésta idea. De allí que sólo se haga presente, que conforme a nuestra legislación, por sobre los 1.0 gramos por mil de alcohol en la sangre, una persona se encuentra legalmente en estado de ebriedad.

El segundo baremo significativo es que, científicamente no fue posible determinar la penetración vaginal de la menor, al presentar ésta un himen complaciente y sin solución de continuidad, lo anterior unido a la versión de la propia víctima que no refiere una penetración. De tal suerte que, al parecer la idea de una violación nace a consecuencia de las primeras impresiones de la víctima que refería haber sido "violada" o mas bien que el acusado "quería violarla", sin perjuicio de no existir mas prueba que aquella para formar tal convicción en el Tribunal.

A su turno, la Subcomisario de la Brigada de Delitos Sexuales, KAREN HERNÁNDEZ ARAVENA, refirió que el día 27 de noviembre de 2006, estando de turno recibieron un llamado de la fiscal de turno, a objeto que adoptaran un procedimiento por la flagrancia del delito de violación, correspondiéndole trasladarse hasta el Servicio Médico Legal, donde se encontró con la víctima, la menor de iniciales C.S.A., una tía de ésta y una prima. En el lugar se le tomó declaración a las dos últimas, ya que la víctima no estaba en condiciones de prestar declaración.

La prima de la joven refirió que la menor las habría llamado por teléfono indicándoles que el acusado, tío de la menor, de nombre Marco, estaba intentando tocarla y violarla. Refiere que esto estaba ocurriendo desde un tiempo a ésta parte, pero ella no habría dicho nada porque el sujeto la estaría amenazando con matar a su madre y a su hermana pequeña.

Se concurrió al sitio del suceso, concretamente, al domicilio del imputado, retirando del lugar un cobertor con manchas evidentes de fluidos corporales. Momentos después se trasladaron hasta la 52ª Comisaría donde se encontraba el acusado a quien se le tomó declaración, la que es muy similar a la que presta el día de hoy, salvo en el punto acerca de quien compra la cerveza, porque primero habría dicho que el le había dinero a la menor para que ésta adquiriera personalmente, pero luego reconoce que él fue personalmente. En esa primera declaración reconoce haberla penetrado pero sólo un poco porque no estaba erecto.

La menor presentaba un olor muy evidente a alcohol, por eso presumí su estado de ebriedad, pese a que no había una alcoholemia todavía. Hablar con la menor no era aconsejable, porque hablaba mucho.

Por su parte, el sujeto señala haberle comprado sólo una lata de cerveza, lo que a la testigo le parece poco coincidente con la actitud de la menor que se veía más mal que para ese único consumo. El acusado agregó también que la menor habría llamado telefónicamente a una tía, mientras él intentó calmar la situación levantando el otro teléfono y explicando que no pasaba nada.

Acto seguido, se le exhibe set fotográfico ofrecido, la N° 1 que corresponde al exterior del domicilio donde los hechos tienen lugar; N° 2 que da cuenta de la numeración de la casa; N° 3 el ingreso al domicilio; N° 4 desde la cual se puede observar el pasillo y una parte del living del inmueble; N° 5 que corresponde al dormitorio del imputado y donde se observa el cobertor que luego fuera levantado como evidencia; N° 6 una vista del mismo dormitorio desde otra perspectiva y la N° 7 que es un acercamiento al cobertor que fue incautado y los fluidos que fueron explicitados entre las imágenes, 8, 9, 10, 11 y 12. La N° 13 que corresponde a un levantamiento del inmueble, N° 14 y N° 15 que vuelve a ser el dormitorio donde ocurrieron los hechos con otra perspectiva.

Esta versión que ofrece la subcomisario es especialmente relevante, por cuanto permite asentar que el acusado prestó declaración desde el comienzo de la investigación, manteniendo, salvo algunos tópicos, una línea defensiva similar, incluso aquello de no haber presentado una erección por lo que su acción en definitiva no pudo ser concretada. También reitera la idea de que la víctima había bebido, lo que resultaba ostensible y evidente, aun cuando, todavía no había un resultado de la muestra que se le había tomado.

El Tribunal también repara que hasta aquí, no hay prueba alguna que se oriente a establecer el primer hecho acusado, sólo la declaración de la menor a su tía cuando le relata que al parecer no era la primera vez que el acusado intentaba propasarse, cuestión que ella mantuvo en silencio, producto de una supuesta amenaza del acusado en contra de su madre y de su hermana pequeña. Ahora bien, ese elemento, verdaderamente es mas una prueba de contexto que una orientación directa acerca del primer supuesto abuso sexual.

Por último, la versión de la Subcomisario permitió asentar indubitadamente el día en que acaecieron los hechos y la hora aproximada de los mismos.

En esta misma línea, el instructor busca establecer si pudo haber existido un acto sexual completo el día en que se produce el hecho signado con el N° 2 en el auto de cargos, para tales efectos se levantaron muestras de fluido desde el cobertor de la habitación que sirva de dormitorio al acusado y su pareja.

JUAN MANUEL RÍOS HERNÁNDEZ, fue el químico a quien correspondió la pericia en que se comparaba una muestra de

hisopa bucal del acusado y las manchas de fluido encontradas en su cobertor, alcanzando un porcentaje de perfil genético del 99,9%, grado de certeza con el que se pudo establecer que el semen encontrado en el cobertor pertenece al acusado. Sin embargo, y consultado el perito sobre el particular, agregó que era imposible determinar la data exacta de los fluidos encontrados.

Ahora bien, la certeza de que los fluidos encontrados en el cobertor correspondían a semen, se pudo establecer gracias al peritaje de la química PAMELA REYES BÁEZ, quien con fecha 29 de noviembre se recibió un cobertor de dos plazas con manchas parduscas, al que se realizó prueba de orientación sanguínea, arrojando resultado negativo. Luego se le realizó prueba de certeza específica, detectándose muestras de semen, el que posteriormente y estudiado corresponde a un individuo de sexo masculino. Las manchas que presentaba la tela eran evidentes a simple vista y se pudieron detectar sin mayor esfuerzo. Por último y consultada sobre el particular, manifestó que esa mancha no podría ser fechada con exactitud.

Pese al esfuerzo del instructor por establecer que el día 27 de noviembre de 2006, existió una violación con un acto sexual que pudo haber concluido, lo cierto es que el esfuerzo fue en vano, porque la existencia de muestras de semen en el cobertor, ciertamente, no determinan nada mas que la circunstancia que el acusado ha mantenido relaciones sexuales en él, lo que es perfectamente explicable si cubre la cama del sitio que sirve de dormitorio a éste último y su pareja. Es razonablemente posible, que las muestras de fluidos correspondan al producto de relaciones sexuales que Muñoz Avendaño haya mantenido con su pareja de varios años, Angélica, tía de la víctima. Lejos de ser concluyente, la prueba no aporta nada significativa porque resulta, científicamente imposible determinar la data de las muestras periciadas y el acto que les habría dado origen.

Por último y, sirviendo de orientación relevante al Tribunal ANDREA RUIZ HERRERA, Psicóloga PREVIF, donde tiene una experiencia de mas de cinco años realizando evaluaciones de niños con maltrato grave. El 26 de abril de 2007 perició a la menor Carla Sagrado, de 15 años de edad, que en ese momento cursaba 1º medio. La evaluación duró un par de sesiones, el informe fue evacuado el 26 de Mayo. Como antecedentes relevantes, se buscan indicadores de credibilidad de relato, daño, necesidad de terapia y relación víctima victimario.

Acto seguido, refiere que Carla nace de una relación de convivencia entre sus padres, la que finaliza cuando ella tiene 2 años de edad. Al momento de la evaluación la niña vivía con su madre, pero con antelación había vivido en distintas casas familiares producto de una conflictiva relación con ésta última.

Durante el año 2006, ella se va a vivir de modo estable con su madrina, Carmen Aravena, quien vivía con otra hermana de la madre de nombre Angélica y el esposo de ésta última, Marco. Desde que llega a esa casa, ella siente que el tío Marco empieza a aproximarse de un modo extraño, demasiado preocupado a su juicio. Cerca de la mitad de ese año, aproximadamente Septiembre, ella siente que él se aproxima de otra manera, le decía que era linda, rica. En septiembre de ese año, él se acerca de un manera extraña y efectúa tocaciones por encima de la ropa. Cuando ella lo interpela consultándole que le pasaba, él le dice que sólo se trataba de una broma.

Tiempo después el tío le da a beber cerveza, la conduce por la fuerza hasta su dormitorio, le efectúa tocaciones en los pechos y conductas sexuales de tipo oral, ella habría sentido que le introdujo el pene. Con esos antecedentes la niña efectúa las respectivas denuncias.

La modalidad de evaluación fue mediante tres sesiones de entrevistas semi estructuradas unido a la aplicación de test proyectivos. Con posterioridad se efectuó un análisis de credibilidad de relato conforme SBCA.

Conforme el análisis aparece una menor de contextura física y peso acorde y normal, que refiere sentir vergüenza, incluso dice no recordar mucho, sin embargo, establece un vínculo que permitió que al cabo de algunas sesiones ella pudiera contar lo ocurrido, y entonces cuenta en la primera sesión que en su primera sesión estaba insegura de contar lo que efectivamente le ocurrió.

Ella refiere a su agresor como una persona cercana y de confianza, con quien tenía una buena relación. Cuenta además que ella realizaba tareas manuales, cuando el acusado se presentó con una cerveza de litro y una lata, el tío la toma de la cabeza y la amenaza indicándole que sino se tomaba la cerveza mataría a su madre y a su hermana pequeña. Posteriormente y cuando ella se sentía ebria, él la traslada hasta el dormitorio que el sujeto y su tía compartían, subiéndole la polera, que recuerda de color blanca, posteriormente le toca la vagina y por último, le introduce el pene.

Ella le pide ir al baño con la excusa de que sentía ganas de vomitar, una vez allí comenzó a gritar y logró llamar por teléfono a una de sus tías, quien finalmente acciona las redes que le prestan ayuda, mientras el sujeto le decía en voz alta que estaba loca y que se quedara callada.

Respecto de las consecuencias de estos hechos, la niña le explica que no tiene interés por ir al colegio, que presenta daño emocional evidente, incluso en su relato manifiesta que no quiere vivir más y que reza a diario para que Dios se la lleve, presentando incluso conductas de auto agresión. Ella presenta una estructura de inteligencia normal promedio, con todo lo esperable.

Se aprecian varios indicadores de veracidad, tales como la coherencia de su relato a través de cada una de las sesiones. La descripción significativa de detalles, tales como el color de la polera que llevaba puesta ese día, la cerveza que habría bebido ese día y su cantidad.

Hay también una descripción del estado mental subjetivo, cuando refiere que sentía lo que ocurría en su cuerpo pero en que su mente no podía responder, al igual que cuando atribuye estados mentales del agresor, como cuando refiere que comenzó a mirarla y a tratarla de un modo particularmente cercano.

El abuso sexual es un proceso, que se configura lentamente y mucho antes de que se consume, el niño usualmente se siente cada vez más cercano del agresor.

Otro indicador es el de situaciones inesperadas, tales como su necesidad o deseo de vomitar. Cuestión que además, permitió que cesara la agresión sexual de que era objeto.

En cuanto a la presencia de daño, la menor presenta una autoestima muy deteriorada, el hecho de sentir que no le importa a nadie y que da puros problemas. Ella inicia después de la situación traumática, una vida promiscua y sexual activa, sin medición de consecuencia, sin pensar en un eventual embarazo, que es uno de los más dañinos efectos de la agresión sexual. También hay sentimientos de inseguridad, deserción escolar e ideación suicida, ella ha intentado cortarse los brazos. Existen también pensamientos intrusivos, pues relata que cuando mantiene relaciones sexuales con su pololo, recuerda de pronto lo que le ocurrió, que es uno de los síntomas verdaderamente más clásicos del estrés post traumático.

Por último y, consultada sobre el punto, la menor refiere que su agresor corresponde a un tal tío Marco, pareja de una de las hermanas de su madre. Sugiriendo, por último, la necesidad de una terapia, además de una mayor protección de la menor que se encontraba, a su juicio, bastante sola.

Por último, explica además que no existen verdaderamente ganancias secundarias, porque pierde uno de los pocos referentes afectivos que tiene, como es el de su madrina, ya que evidentemente, no tiene como volver a esa casa donde es acogida y querida, pues regresar con su madre no era para la niña una solución real ni buena.

Tampoco hay ningún indicador que nos de cuenta de algún grado de aprobación de la niña frente a estos hechos. Hasta ese momento la niña no había vivenciado una experiencia sexual, ella refiere que siente que el tío, la persona que está sobre ella, le introduce algo dentro, incluso refiere al ser consultada, que no sabe, que cree que se trataba del pene del sujeto.

Consultada durante su contra examen, ella le refirió a la perito que había bebido con anterioridad y, que incluso tenía una marca de cerveza favorita, denominada Báltica.

Gracias a ésta última versión, el Tribunal se impuso particularmente de las consecuencias síquicas y emocionales que ha tenido la menor, en particular su deserción escolar, su falta de motivación y su ideación suicida, elementos que el Tribunal considerará muy especialmente en el considerando decimotercero de la presente sentencia.

Por último, la edad de la menor quedó acreditada mediante la documental incorporada consistente en su Certificado de nacimiento el que da cuenta de haber nacido el Apia 18 de agosto de 1991; de igual modo se incorporaron los

certificados de nacimiento de Magali Aravena Becerra, Angélica Aravena Becerra y Diego Nicolás Muñoz Aravena, los que no sirvieron para establecer o refutar ninguno de los presuuestos vertidos durante el juicio ni en el auto de cargos.

Séptimo: Hechos acreditados, calificación jurídica y análisis del tipo en relación a la prueba de cargo: Que conforme se ha venido razonando y, ponderados en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, este Tribunal ha adquirido la convicción de que, más allá de toda duda razonable, se encuentra acreditado el siguiente hecho:

“Que el día 27 de noviembre de 2006, alrededor de las 17:30 horas, el acusado MARCO JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, se encontraba en su domicilio de calle San José N° 2103, Maipú, en compañía de la menor de iniciales C.M.S.A., nacida el 18 de agosto de 1991 y con 15 años de edad a esa fecha, a quien facilitó el consumo de alcohol, para luego aprovecharse de esta circunstancia, cuando la menor encontrándose en estado de ebriedad por dicho consumo, se trasladó hasta uno de los dormitorios, oportunidad en que Muñoz Avendaño, ya individualizado, la acostó para luego subirse sobre su cuerpo, sacar su pene y frotarlo en la vagina de la víctima”.

I) El hecho descrito, y que representa al signado con el N° 2 en el auto de cargos, a juicio de la unanimidad de éste Tribunal colegiado, es constitutivo de un delito de abuso sexual propio o directo, previsto y sancionado en el artículo 366 del Código Penal, norma que fuera introducida en su texto actual por el artículo 1° N° 10 de la Ley 19.927, de 14 de enero de 2004. Conforme la introducción de tal modificación, el artículo 366 trata una figura de carácter residual en relación a tipos penales como el de violación, estupro y corrupción de menores, cuestión que se desprende inequívocamente de la redacción que empleara el legislador para describir la figura, a saber, “el que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal”. Ahora bien, para comprender a su vez, la expresión acción sexual a que alude la disposición, el artículo 366 ter del Código Penal, dispone que se entenderá por tal “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado sus genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.

Concretamente, el instructor acusa en esta oportunidad por la ejecución de un hecho de violación, que el Tribunal ha recalificado, previa invitación de los intervinientes a debatir el punto, por aquel descrito y sancionado en el artículo 366 del Código Penal, norma que penaliza el abuso sexual propio o directo, es decir, aquel donde se exige –en términos generales– un contacto físico entre víctima y autor distinto del acceso carnal propiamente tal. Desafortunadamente y no con el acierto que hubiese sido deseable, el legislador buscó con esta disposición (366) – como asimismo con el 366 bis– abarcar aquellas situaciones donde la acción no pudiera encuadrarse en la idea de “penetración” propia de otras acciones de significación sexual como la violación.

Las normas citadas integran tres hipótesis básicas que toman como núcleo la misma idea, esto es, realizar una acción sexual en desmedro de otra persona, distinguiendo en atención a los medios utilizados para su ejecución (artículo 366) y la edad del afectado (artículo 366 bis).

La conducta típica está descrita como “una acción sexual distinta del acceso carnal”. A su vez y como ya dijéramos la definición normativa de acción sexual es ofrecida por la disposición del artículo 366 ter, descripción que aunque dotada de gran amplitud responde con mayor prolijidad al principio de taxatividad o determinación, siendo tres las condiciones que nos permiten establecer cuando estamos en presencia de una acción sexual, a saber: a) la connotación sexual del comportamiento; b) la relevancia del acto ejecutado y; c) la aproximación corporal con la víctima.

II) En relación a la primera de estas condiciones, la doctrina propone múltiples soluciones, desde aquellas de carácter más objetivo y en virtud de las cuales, la connotación sexual supone la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, hasta aquellas de carácter más bien subjetivo que enfatizan predominantemente en la intención con que hubiese actuado el hechor.

Con un cariz intermedio entre ambos extremos están aquellos que sostienen –idea a la que adhiere éste Tribunal– que lo decisivo pasa por la intención del sujeto activo de involucrar a otro en un contexto sexual, posición que supone la integración de elementos objetivos –la relación con el sexo que despliega la conducta– y subjetivos, –la intención del autor de satisfacer apetitos de orden sexual–. Tal es el caso del hecho que conocemos y sancionamos en la presente sentencia, desde que, el acusado Muñoz Avendaño, saca su pene, lo frota en contra del cuerpo de la menor, realiza además tocaciones en su vagina y pechos, cuestión que refieren tanto el acusado como la propia víctima en sus relatos.

Sin duda que aparece ostensible la vulneración de lo tutelado por la norma, esto es, la libertad sexual de la víctima, desde que, la acción es ejercida no contra su voluntad sino que en ausencia de la misma, puesto que, al tenor de su propio relato unido al examen de alcoholemia, la menor prácticamente no logró incorporarse y resistirse a las agresiones, sino sólo una vez que éstas habían tenido lugar.

III) De la segunda condición, esto es, “la relevancia del acto ejecutado”, o también entendida como la entidad o gravedad del mismo e inherente o implícita en esta clase de hecho, dos son los factores predominantes para estimar su ocurrencia, a saber: a) que la conducta tenga un inequívoco carácter sexual y b) que concierna al contacto con zonas erógenas del cuerpo del autor o de la víctima.

Especial importancia adquiere considerar de modo particular, para entender esta segunda condición, el bien jurídico “libertad sexual” (366), porque el tipo penal que analizamos no nos protege de cualquier molestia en ese orden, como por ejemplo, ser casualmente alcanzado por los genitales de otra persona en el vagón de un metro que está repleto, caso en el que si bien el hecho concierna a las zonas erógenas de alguno de los involucrados, nadie podría afirmar tan ligeramente, que la conducta tiene un inequívoco carácter sexual. De tal suerte que, sometiendo estas directrices al análisis que nos interesa, podríamos afirmar que la gravedad en este caso viene dada por la circunstancia de cumplirse las dos condiciones y afectarse el bien jurídico libertad sexual de la víctima que fuera objeto de estos hechos, volviendo a los argumentos que se vertieran en la letra a) de éste considerando, donde se alude a las formas de ejecución y a las condiciones en que se encontraba la víctima cuando fue agredida sexualmente por el acusado.

Sin duda, y aun cuando no se desprende directamente de los dos requisitos establecidos para esta condición, otro elemento significativo para evaluar la gravedad o entidad de la conducta desplegada por el acusado, dice relación con el daño que experimenta la menor luego de ocurridos los hechos, para lo cual resultó esencial el relato de la psicóloga Andrea Ruiz Herrera a quien correspondió, precisamente, evaluar el daño asociado. Según nos explicó la menor presenta un compromiso emocional evidente, que se traduce, en su deserción escolar, depresión e ideación suicida, desidia y evidentes cambios conductuales y físicos a los que también hiciera referencia (notablemente afectada por cierto) la tía de la menor Flor Aravena Becerra.

Aun cuando la doctrina no lo afirma categóricamente de éste modo, es indiscutible que un hecho que afecta el desarrollo normal y se instala como un evento vital de significación, alterando la cotidianidad de una forma de vida, no puede sino considerarse como grave en los términos exigidos como la condición que se analiza.

IV) Por último, la “aproximación corporal con la víctima” resulta en este caso evidente, desde que, tal y como ha exigido la doctrina española a fin de acotar lo extenso que puede resultar su interpretación. Aquí hubo frotación del pene del acusado sobre la vagina de la menor y tocaciones en diversas zonas del cuerpo, concretamente en sus pechos y en su vagina. Dicho de otra manera, existe una aproximación y contacto directo entre el cuerpo de la víctima y el del acusado, aun más, la interpretación sistemática de las normas, nos llevan a la afectación de los genitales de la menor, cumpliéndose, en este caso además, una de tales hipótesis, por cuanto la frotación y las tocaciones, suponen la aproximación a que alude el artículo 366, y la afectación de dichas zonas en particular como prevé el artículo 366 ter, ambos de nuestro Código Penal.

Finalmente, el tipo penal acreditado exige que la víctima sea una persona mayor de catorce años, cuestión que se verifica en el caso sublite, con la incorporación –mediante lectura– del certificado de nacimiento de la menor de iniciales C.M.S.A., nacida en la ciudad de Santiago el 18 de agosto de 1991, es decir, tenía quince años a la fecha de comisión, que según el hecho probado tuvo lugar el día 27 de noviembre de 2006, en esta ciudad.

V) Ahora bien, resulta esencial establecer que no existió prueba que acreditara de modo alguno la penetración del acusado en la vagina de la menor, por cuanto, en primer término, la menor no hizo mención a dicha penetración durante la versión que ofreciera ante la audiencia de juicio oral, aun más, su versión y la de la testigo Flor Aravena Becerra, tía de la menor a quien ella recurre inmediatamente después de ocurridos los hechos, refieren siempre que la menor decía “me quiere violar”, en el entendido –bajo esa expresión– que no se trataba de un hecho consumado aún. En segundo término y bajo la misma línea argumentativa, el perito del Servicio Médico Legal Jaime Garrido Cerón, explico que la menor presentaba un himen complaciente y sin solución de continuidad, por lo que era imposible establecer si había existido penetración momentos antes de la realización de su examen. Lo que ciertamente si pudo referir con precisión es que la niña no presentaba señales de fuerza en la zona genital ni anal. Lo razonado explica la calificación del Tribunal, respecto del hecho signado con el N° 2 de la acusación, esto es, el delito de abuso sexual, puesto que el acceso carnal por vía vaginal, como planteaba el instructor, no logró ser acreditado.

VI) Por otra parte, la calificación precisa del hecho tenido por cierto es la de abuso sexual directo, de aquel previsto en el artículo 366, en relación con el artículo 361 N° 2, ambos del Código Penal, esto es, cuando la víctima se haya privada de sentido o cuando se aprovecha de su incapacidad de oponer resistencia.

Ciertamente, tampoco existió coincidencia entre el criterio del acusador y el de estos jurisdicentes, pues mientras el primero se esforzó por acreditar la imposibilidad de la víctima para oponer resistencia, a consecuencia de su estado de embriaguez, el Tribunal ha estimado que dicha condición, en cambio, refiere a la otra hipótesis de la norma, cual es, encontrarse privada de sentido. En efecto, la disposición en comento, no consigna la expresión “privada de razón” –caso en el que no discutiríamos el alcance de la misma–, pues ciertamente la embriaguez, pese a ser un estado de alteración de conciencia y nublamiento, como tan gráficamente explicó el perito Jaime Garrido Cerón, no constituye un estado de enajenación mental propiamente tal. Cosa distinta es afirmar que dicho estado, tenga como consecuencia la “privación de sentido”, que priva –valga la redundancia– a la víctima de entregar un consentimiento válido, estimando la doctrina mayoritaria que el consumo de alcohol es justamente una de las circunstancias en que las consecuencias cognitivas y volitivas de la víctima suprimen en la misma la determinación conciente de sus actos. Para arribar a dicha conclusión, además del relato de la menor en el que describe su condición física y síquica al momento de ser agredida, contamos con una prueba de carácter científico que libera al Tribunal de la carga argumentativa que significa justificar su decisión, pues la niña presentaba una alcoholemia igual a 1,17 gramos por mil, cuatro horas después de su ingesta, valor que conforme las reglas de nuestra legislación la pone bajo la noción de encontrarse en “estado de ebriedad”. La proyección de esos valores además, pueden haber alcanzado casi los 1,6 gramos por mil cuando los hechos se sucedieron, de lo que se colige que era perfectamente posible que la niña no estuviera en condiciones de prestar un consentimiento válido y aun mas, en una condición evidente de desvalimiento.

VII) Finalmente, respecto del hecho signado con el N° 1 en el auto de cargos, que corresponde a un delito de abuso sexual según describe el instructor, no existió prueba alguna destinada a configurar su ocurrencia. Ni siquiera la propia víctima refiere siquiera su existencia. Cosa distinta es sostener que la perito sicóloga a quien correspondió evaluar a la menor aludió al relato de la niña cuando le develó que su tío Marco le había realizado tocaciones al menos en una oportunidad anterior, donde ella le recriminó la conducta y él, intentando desviar su intuición le dijo que todo había sido una broma. Ese relato da cuenta de eventuales agresiones sexuales previas, sin embargo, de ella es imposible construir los presupuestos fácticos que integran el hecho que describe con el N° 1 el instructor en su acusación. Conforme lo anterior, la decisión del Tribunal será la de absolver al acusado de los cargos, concretamente, por ese hecho.

Con todo ello, no le caben al Tribunal dudas razonables acerca de lo concluido por unánime convicción.

Octavo: Participación del acusado: Acorde entonces con las aseveraciones tenidas por ciertas en los motivos precedentes, en especial los considerándolos relativos a la prueba de cargo rendida en la audiencia de juicio oral y la relación de ésta con los tópicos o elementos que integran el tipo penal que se tuvo por acreditado, unido a todos los elementos de prueba analizados en la presente sentencia, no cabe sino concluir, más allá de toda duda razonable, que el acusado Marcos Jonatan Muñoz Avendaño, ya individualizado, intervino en calidad de autor conforme los términos descritos en el N° 1 del artículo 15 del Código Penal, en el delito de abuso sexual directo, cometido en la comuna de Maipú, el día 27 de noviembre de 2007.

Noveno: Circunstancias Modificadoras: Que en lo tocante a la modificatoria de responsabilidad prevista en el N° 9 del artículo 11 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial, se acogerá ésta, por mayoría, en beneficio del sentenciado Barra Rocha y sólo en lo tocante al hecho signado con el N° 1, arribando el Tribunal a esa decisión, una vez razonado, en primer término, que al acusado le asiste el derecho a guardar silencio a objeto de no inculparse, esa sola razón es suficiente para entender que la declaración prestada en estrados deba ser entendida como colaboración. Ahora bien, para estimar que ésta colaboración puede ser considerada como sustancial atendida la naturaleza del procedimiento adversarial y los fines esenciales y característicos de él, esto es, la comprobación del hecho punible y la identificación y responsabilidad de los partícipes del mismo, habrá que estarse al carácter y calidad de la prueba rendida y a la naturaleza y oportunidad en que la colaboración del acusado fue prestada, estimando el Tribunal por mayoría que, en el caso que se analiza, su declaración resultó “sustancial” respecto al primero de los delitos consignados en la acusación, en términos de haber reconocido su participación en sede policial, tan pronto ocurrieron los hechos y en pleno conocimiento de sus derechos, lo que facilitó o pudo facilitar indubitablemente la tarea del instructor, permitiendo en éste caso concreto, la construcción de todos y cada uno de los elementos que configuran el ilícito por el cual dedujo acusación el Ministerio Público. En tal sentido, la versión del acusado completó varios tópicos que no fue posible esclarecer con la menor afectada, cuyo relato pareció al Tribunal, menos preciso y vago, producto seguramente de los pocos deseos –que según ella misma expresó– tenía de volver a relatar lo sucedido. En ese contexto, cada detalle proporcionado por el acusado resultó esencial para construir los distintos presupuestos fácticos, razones todas que justifican la decisión del Tribunal en orden a reconocer en beneficio del sentenciado la modificatoria en comento.

Finalmente y por haberse acreditado suficientemente por medio de su respectivo Extracto de Filiación y Antecedentes, además de haberle sido expresamente reconocida por el acusador, se acogerá también la modificatoria de irreprochable conducta previa en beneficio del sentenciado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

Décimo: Determinación de pena: Durante la audiencia especial que consagra el artículo 343 del Código Procesal Penal, el instructor luego de conocer la deliberación del Tribunal, argumentó que el acusado cuenta con una irreprochable conducta pretérita y en tal sentido, hizo lectura del Extracto de Filiación y Antecedentes de éste último, donde no se consignan anotaciones. Conforme lo anterior y, conociendo la decisión del Tribunal, modifica su pretensión punitiva solicitando se condene al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales del artículo 29 del Código Penal.

A su turno la defensa solicitó, en beneficio de su representado, el reconocimiento de la circunstancia atenuante de responsabilidad prevista en el N° 9 del artículo 11 del Código Penal, fundada en la circunstancia de haber prestado colaboración ya en sede policial, limitando su posibilidad de guardar silencio, como era su derecho y aportando en ese contexto, antecedentes valiosos para la investigación, junto a ello, solicito el reconocimiento de su conducta, en los términos del artículo 11 N° 6, tal y como ya le reconociera el Ministerio Público y en tal sentido requiere le sea muy calificada la modificatoria de colaboración, siendo su pretensión punitiva, la de presidio menor en su grado mínimo y dentro del cuántum de la pena se le aplique el mínimo, esto es, 61 días.

Ahora bien, el título de castigo por el cual estos sentenciadores han decidido condenar al acusado Marco Jonatan Muñoz Avendaño es de presidio menor en su grado máximo, conforme dispone el artículo 366 del Código Punitivo. Existiendo en este caso, dos circunstancias modificatorias que morigeran la responsabilidad del acusado, el Tribunal está facultado para imponer la pena rebajada en uno o dos grados, de conformidad lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, resolviendo en definitiva la rebaja sólo en un grado y la aplicación de éste no en el mínimo, debido esencialmente a la naturaleza del delito de que se trata y la extensión de mal que se causara a la víctima, en los términos del artículo 69 del Código Punitivo, desde que, hasta la fecha y pese ha que han transcurrido cerca de dos años desde que los hechos tuvieron lugar, la afectada todavía no logra reparar el daño asociado, cortándose los brazos en mas de una ocasión, desertando de la escolaridad, desarraigando vínculos afectivos significantes –como lo habían sido las hermanas de su madre durante gran parte de su vida–, manteniendo una vida sexual promiscua y descuidada, todo lo que se evidencia como signos inequívocos de auto agresión que conducen, finalmente al Tribunal, a optar por una pena que alcance el máximo dentro del grado del que se hará aplicación.

Undécimo: Beneficios: Que en atención al quantum de la pena a imponer y, reuniendo el acusado Muñoz Avendaño, los requisitos de procedencia establecidos en la Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas y Restrictivas de Libertad, se le concederá al sentenciado el beneficio de la remisión condicional.

Duodécimo: Costas: Conforme es su facultad, se eximirá del pago de las costas de la causa al encartado, atendida la facultad que el inciso final del artículo 47 del Código Procesal Penal confiere al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Decimotercero: Medidas de protección accesorias. Durante el desarrollo de las audiencias de juicio, estos sentenciadores han podido percibir una serie de antecedentes y circunstancias muy delicadas las que, teniendo en consideración que la afectada por este delito es una persona en situación de minoría de edad y, por tanto, sujeta a más derechos que cualquier persona adulta, resulta fundamental y completamente necesario que este Tribunal adopte todas aquellas medidas que el ordenamiento jurídico penal y procesal penal disponen, con el fin de otorgar una protección directa y real a la víctima del ilícito acreditado en los párrafos precedentes, de conformidad a la normativa nacional e internacional que regulan la materia.

En efecto, según se desprende de la propia declaración de la niña, de su tía Flor Gabriela Aravena Becerra y de la psicóloga del Previñ doña Andrea Ruiz Herrera, y de los demás datos probatorios analizados latamente por la presente resolución, la menor afectada vive actualmente en el domicilio de una amiga y previo a ello en uno domicilio donde cohabitaba con el imputado –conviviente de su tía– desde hace más de seis meses, estableciéndose que la menor ha vivido la mayor parte de su vida entre las casas de varias de sus tías maternas, siendo en ese contexto, lamentablemente expuesta a los abusos del acusado. De los mismos datos probatorios se pudo establecer que ninguno de los referentes afectivos que presenta hoy día la víctima han logrado sacarla del profundo estado depresivo que arrastra a consecuencia de los hechos latamente analizados en la presente sentencia, como tampoco evitar la desertión

escolar de la niña, que hoy con 16 años cumplidos no asiste a establecimiento educacional alguno a objeto de poner término a sus estudios secundarios.

Del mismo modo se pudo establecer que la madre de la niña, el mismo día en que acaecieron los hechos que el Tribunal dio por asentados condujo a la niña –junto al padre de la misma– hasta la casa de una de sus hermanas, lugar donde la niña permaneció un tiempo, trasladándose a la casa de una amiga en los últimos meses. Precisamente, bajo el argumento de evitar que la niña pudiera ser abusada por la actual pareja de su madre, lo que ha existido de parte de la misma es una negligencia y abandono total y absoluto, alejada del rol natural de toda madre consistente en dar protección a sus hijos.

Por otro lado, la menor afectada tiene claros indicadores de estrés postraumáticos por lo que requiere una terapia especializada de reparación, encontrándose completamente acreditado que resulta absolutamente necesaria una intervención de profesionales, atendido el nivel de daño psicológico que presenta.

Por último, ha quedado claro durante el juicio que la menor no cuenta afectivamente con alguno de sus progenitores, quienes bajo la excusa de hacer lo que estiman mejor para la niña, no han hecho más que ponerla en una evidente situación de vulnerabilidad. Finalmente, cabe hacer presente que la menor cuenta con una familia extendida consistente en sus tías Flor y Carmen –hermanas de su madre– quienes han vivido en diversas ocasiones con la menor, y han permanecido preocupadas de la situación de la niña, pese a no haber podido modificarla en apariencia, pues ninguna a logrado persuadirla de regresar con ellas.

Estos razonamientos, unidos a la obligación del Ministerio Público, auxiliares de la administración de justicia y de los jueces del fondo, de velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento y garantizar la vigencia de sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º y 109 del Código Procesal Penal, unido a la obligación de todo Tribunal que conoce una causa relativa a abusos sexuales en contra de menores de tomar, en cualquier momento, ya sea de oficio o a petición de parte de medidas de protección a favor del ofendido y su familia que el juzgador estime convenientes, según lo dispuesto en el artículo 372 ter del Código Penal, teniendo en cuenta, además, el derecho de toda persona de que se le asegure su integridad tanto física como psíquica, de conformidad con lo establecido en numeral 1º del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, finalmente, del derecho de toda persona que se encuentre en una situación de minoridad de que el Estado, tome todas las medidas necesarias para su protección y bienestar y, en caso de ser objeto de abusos sexuales, de la adopción de toda clase de mecanismos para protegerlo y lograr la rehabilitación de su salud física y psíquica, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2º, 19, 24, 27 y 34 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, incorporada al derecho interno vía inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, llevan a estos sentenciadores a decretar, como medida de protección, conjuntamente con el cumplimiento de la pena principal y hasta que la menor cumpla su mayoría de edad, una serie de medidas tales como la prohibición por parte de Marco Jonatan Muñoz Avendaño de acercarse a la ofendida, de visitar el domicilio en que ésta se encuentre y el establecimiento educacional donde finalice sus estudios formales.

Finalmente, y atendida todas aquellas circunstancias recientemente expuestas y tomando en consideración el claro estado de indefensión que se encuentra la menor según se expuso en los párrafos precedentes, estos magistrados enviarán copia de todos los antecedentes que obren en la presente causa al Tribunal de Familia competente –según reglas de distribución– a objeto de que adopten las medidas que en derecho corresponda en relación con la situación particular de la menor en el presente caso.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 7º, 11 Nº 6, 11 Nº 9, 15 Nº 1, 18, 21, 24, 25, 28, 30, 31, 49, 50, 52, 67, 69, 366 y 361 Nº 2 del Código Penal; 1º, 45, 46, 47, 52, 275, 281, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 310, 314, 315, 319, 323, 325, 326, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal; se decide:

I. Que se absuelve al acusado MARCOS JONATAN MUÑOZ AVENDAÑO, ya individualizado, como autor de los delitos de abuso sexual y violación en los términos descritos por el instructor, y en su lugar, se le condena a sufrir la pena de tres años de presidio menor en su grado medio y accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de abuso sexual directo, en perjuicio de la menor de iniciales C.M.S.A., cometido el día 27 de noviembre de 2006, en esta ciudad.

II. Que en atención a lo razonado en el considerando decimoprimer del presente fallo y reuniendo el sentenciado los requisitos previstos en el artículo 3º de la Ley 18.216, se le concede el beneficio de la remisión condicional de la pena,

debiendo dar cumplimiento a las exigencias establecidas en el artículo 5º del mismo cuerpo normativo, quedando sujeto al control administrativo de la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile por el término de la condena impuesta. Si el beneficio le fuere revocado, deberá cumplir la pena privativa real, íntegra y efectivamente, sirviéndole de abono el tiempo que permaneció privado de libertad con ocasión de la presente causa, desde el día 29 de noviembre al 15 de diciembre del año 2006, ambas fechas inclusive.

III. Que se al sentenciado exime del pago de las costas de la causa atendido los argumentos que se vertieran en el considerando decimosegundo de la presente sentencia.

IV. Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, las pruebas y elementos de convicción incorporados a la audiencia de juicio oral.

V. Ejecutoriada la presente sentencia, ofíciase al 9º Juzgado de Garantía de Santiago, remitiéndose copia íntegra de la misma y su certificado de ejecutoria, a objeto de dar cumplimiento a lo resuelto en ella. Cúmplase, asimismo, con lo preceptuado en el artículo 468 del Código Procesal Penal y artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio de Registro Civil e Identificación, Servicio Electoral y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Santiago.

VI. Asimismo, una vez ejecutoriada la presente sentencia, de conformidad a lo señalado en el considerando Decimotercero de la presente resolución, se ordena oficiar al Tribunal de Familia de ésta ciudad que sea competente, conforme las reglas de distribución, adjuntando copia íntegra de la misma, con el atestado de encontrarse ejecutoriada, a objeto de que en dicha sede jurisdiccional se ordenen, en caso de así estimarlo el juez que conozca del asunto, medidas de protección en favor de la víctima en estos hechos, distintas de las ordenadas por éste Tribunal.

VII. Regístrese y notifíquese a los intervinientes por la forma de notificación señalada por éstos en el Tribunal.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 342 del Código Procesal Penal, se deja constancia que la presente sentencia fue redactada por la magistrado doña Bárbara Quintana Letelier.

RUC 0600842695 1

Sentencia pronunciada por el Quinto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, integrada por los magistrados titulares don Bernardo Ramos Pavlov, quien presidió la audiencia, don Danilo Reyes Báez y doña Bárbara Quintana Letelier en la redacción.

RIT 52 2008.