

FAVORECIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES IMPROPIO

JUICIO ORAL. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. LIBERTAD SEXUAL. INDEMNIDAD SEXUAL. DELITO DE MERA ACTIVIDAD. GRADO DE DESARROLLO DEL DELITO. EJECUCIÓN DEL DELITO DE NOCHE O EN DESPOBLADO. AGRAVANTE DE RESPONSABILIDAD. CONSUMACIÓN DEL DELITO. INSUFICIENCIA DE ACTOS PREPARATORIOS PARA CONFIGURAR LA AGRAVANTE. ÁNIMO DE APROVECHAR LAS VENTAJAS DE LA NOCTURNIDAD O DESPOBLADO

Doctrina

I. El delito de favorecimiento de menores impropio, castiga al que a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de menores de edad, sin que se den las circunstancias de tipos penales más graves, como violación o estupro. El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, la que aduce al adecuado desarrollo sexual del menor, el derecho a no padecer daño o perturbación, para preservar la normal evolución de su sexualidad. No es en estricto sentido la libertad sexual el bien jurídico protegido por esta norma, pues no se concibe que los menores de edad tengan la capacidad de ejercer a este respecto su libertad o autonomía, y no alude necesariamente a un daño físico, psicológico o emocional que el menor pueda sufrir siendo víctima de este delito, sino que alude a la protección de una libertad futura, o normal desarrollo de la autonomía de su personalidad

II. El tipo penal en comento debe considerarse como aquellos que la doctrina llama delitos de mera actividad, en que se exige para su configuración la realización de determinados comportamientos, sin incluir el elemento natural de resultado en el tipo causado por el sujeto activo del delito. Por lo tanto, al ser un delito de mera actividad, no cabe, como iter criminis, materializar un grado de desarrollo de frustración, siendo la tentativa y la consumación las únicas alternativas posibles. Por otro lado, no estima este tribunal procedente la circunstancia agravante de responsabilidad, establecida en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, referido a la ejecución del ilícito de noche o en despoblado, pues para su aplicación se requiere que el delito se haya consumado, no la mera existencia de actos preparatorios o se haya principiado la ejecución, además, desde el punto de vista subjetivo, se requiere que el sujeto activo haya tenido el propósito de aprovechar las ventajas que le proporcionan la nocturnidad o el despoblado, de tal manera de pretender que la víctima no pueda recibir auxilio de terceros, situación que no se desprende de los antecedentes del caso

Texto completo de la Sentencia

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Santiago, 19 de junio de 2008.

El día dieciséis del presente mes y año, ante el Quinto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, constituido por los Magistrados Titulares doña Erika Villegas Pavlich, doña Bárbara Quintana Letelier y don Danilo Báez Reyes, se desarrolló la audiencia de juicio oral en el Rol Interno del Tribunal N° 43 2008, RUC 0700947510 3, seguido en contra de Ramón Luis Zavala Soto, Cédula Nacional de Identidad N° 7.535.865 2, nacido en Santiago el 21 de octubre de 1959, casado, de 48 años de edad, quien se desempeña actualmente como profesor de enseñanza básica y domiciliado en calle Obispo Manuel Umaña Salinas N° 2792, comuna de Maipú, de esta ciudad.

La acción penal fue sostenida por el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Juan Sepúlveda González.

La defensa del acusado estuvo a cargo de los defensores privados don Héctor Fercovic Musre y don Rafael Vega Musre.

Oídos los intervinientes en juicio oral y considerando:

Primero: Acusación. La imputación efectuada por el ente persecutor en contra del acusado, según el correspondiente auto de apertura del juicio oral, es del siguiente tenor: "Que el día 26 de noviembre de 2007, a las 22:50 horas aproximadamente, el acusado Ramón Luis Zavala Soto en circunstancias que conducía el vehículo marca Toyota, Modelo

Yaris, placa patente ZH 6430, por Camino a Rinconada, al llegar a la intersección de dicha arteria con Avenida Las Naciones, comuna de Maipú, procedió a detener el móvil que conducía, subiéndose a éste la menor de edad E. S. S. F., de 16 años de edad, quien presentaba un embarazo de 6 meses a la fecha, solicitándole a la menor servicios sexuales, sexo oral, previo pago de dos mil pesos, dinero que le fue entregado a la menor, trasladándose junto con ésta a la intersección de Avenida Tres Poniente con calle Maipú, comuna de Maipú, lugar donde detuvo el vehículo, estacionándose en un sitio eriazo, siendo sorprendido por funcionarios policiales en los momentos que Zavala Soto se encontraba con su pantalón abajo, portando la menor en uno de sus bolsillos la suma de dos mil pesos, dinero entregado por el servicio sexual solicitado" (sic).

A juicio del Ministerio Público los hechos que describió en su acusación serían constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, en grado de frustrado, atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor en los términos del artículo 15 N° 1° del Código Penal.

Indicó, asimismo, que favorecería al acusado la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y le perjudicaría la agravante establecida en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, esto es, ejecutando el delito de noche o en despoblado.

En virtud de lo anterior, solicitó la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, comiso de las especies y efectos del delito, e inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, por una extensión de diez años, sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal y el pago de las costas de la causa.

Durante el desarrollo de sus alegatos de apertura y clausura se explayó en torno a la idea de haberse probado en juicio los presupuestos imputativos, ratificando la pretensión punitiva señalada, con la respectiva circunstancia modificatoria de responsabilidad. Asimismo, cuestionó la tesis de la defensa en torno a la absolución, según se expondrá en su oportunidad.

Segundo: Defensa. La defensa del acusado, por su parte, solicitó en sus alegatos la absolución de su representado, tomando para ello en consideración que, a su juicio, del mérito de la prueba rendida no se encontraría acreditado ni el hecho punible ni la participación del acusado en ellos.

Todas las argumentaciones de este interviniente, serán analizadas en la presente sentencia en el momento que corresponda.

Tercero: Hechos no controvertidos y análisis de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral. Antes de comenzar el análisis de la prueba rendida durante el transcurso del juicio oral y, consecuentemente con ello, los hechos que se han tenido por ciertos a la luz de los antecedentes que se referirán, como asimismo la calificación jurídica que se efectuó de ellos, cabe determinar, primeramente, aquellos presupuestos fácticos que no han resultado controvertidos en la presente causa por parte de los intervinientes y que, por dicha circunstancia y por relacionarse en forma armónica y coherente con los datos probatorios rendidos, se tendrán por ciertos como verdad formal. Dichos núcleos fácticos, son los siguientes:

1. Que, la menor E. S. S. F., nació con fecha 11 de agosto de 1991. En consecuencia, la menor referida tenía 16 años edad el día 26 de noviembre de 2007 y que su padre es Miguel Manuel Sánchez Aravena. Todo lo anterior, pudo ser acreditado a partir de la prueba documental incorporada a juicio –certificado de nacimiento– unido al testimonio del testigo Sánchez Aravena y a los dichos de ambos funcionarios policiales al respecto, datos, por lo demás, no controvertidos por la defensa del acusado.

2. Que el día 26 de noviembre de 2007, aproximadamente a las 22:50 horas, Ramón Luis Zavala Soto conducía el vehículo marca Toyota, Modelo Yaris, placa patente única ZH 6430. Lo anterior, no siendo tampoco controvertido por la defensa, resultó cierto a partir del testimonio de los funcionarios aprehensores en dicho sentido, unido a la prueba material incorporada, particularmente, las fotografías del automóvil en el sitio del suceso, antecedentes que este tribunal les dará plena validez para tener por acreditado lo referido precedentemente.

Pues bien, con el fin de acreditar dicho presupuesto de hecho, el Ministerio Público presentó en estrados, en primer lugar, la declaración del funcionario policial don Luis Orellana Orozco cuyo testimonio, a juicio de la unanimidad de estos sentenciadores resultó vital para contextualizar la dinámica de los acontecimientos y despejar todo tipo de dudas en torno al inicio de las averiguaciones de la noticia criminis, las circunstancias de detención del acusado y, finalmente, de las características de la menor, aportando una serie de datos muy útiles en torno a los tópicos en comento.

Es así como el referido expuso que el día 26 de noviembre de 2007 en horas de la noche, se dirigía en automóvil junto con unos colegas de la Policía de Investigaciones por calle Las Naciones, comuna de Maipú, cuando al llegar a Camino a Rinconada, pudo ver a tres mujeres, con claras evidencias de ejercer la prostitución, lo que dedujo por trabajar durante cuatro años en dicha comuna y tener experiencia en torno a que en esa calle se ejerce el comercio sexual, con la presencia también de travestis, mujeres, las que se ubican en un sector con poca luminosidad, que se evidencian por sus ropas y físicos, consumiendo pasta base de cocaína, encontrándose todas demasiado delgadas y desaseadas por lo anterior, controlándolas periódicamente.

Dentro de dicho contexto, el que resultó absolutamente ratificado con el testimonio de la segunda funcionaria que compareció en estrados como se señalará, agregó el testigo que, junto con sus compañeros, pudieron apreciar cómo un vehículo –placa patente ZH 6430, reconocido al exhibírsele el set fotográfico– que se desplazaba delante de ellos se detuvo en dichas intersecciones y subió a una de estas mujeres que se encontraba ejerciendo la prostitución, refiriendo que la mujer subió en forma inmediata y que claramente se veía, por sus rasgos físicos, que se trataba de una menor de edad, ya que tenía características similares a una niña, llegando a pensar incluso que tenía como 13 años porque era bajita, bastante delgada, una muchacha joven atendido su rostro.

En relación a la apreciación de la persona antes expuesta, ésta fue plenamente motivada, de conformidad al inciso final del artículo 309 del Código Procesal Penal, utilizando para ello el reconocimiento por parte del testigo de un set de tres fotografías de la menor en comento, las que fueron apreciadas por el tribunal, lo que permitió confirmar la claridad y verosimilitud del testimonio de este deponente, apreciando que la afectada se trata de una niña que representa incluso menos años de la que tenía al momento de verificarse los hechos, resaltando a simple vista su minoría de edad, por lo que resulta completamente coherente la versión del funcionario en torno a cuestionarse la presencia de dicha menor en el sitio del suceso y, con mayor razón, de su estancia en un lugar en donde se ejerce habitualmente el comercio sexual.

Junto con lo anterior, y tal como se dirá, el padre de la menor don Miguel Sánchez Aravena, también reconoció en estrados las fotografías en comento, confirmando lo expresado por este testigo en el sentido de que su hija, desde hace un tiempo a la fecha de los hechos –e incluso en la actualidad– es adicta a la pasta base de cocaína, lo que la hace vivir en la calle, llegando esporádicamente a casa, reconociéndola en las fotografías indicadas. Lo anterior, permite potenciar el relato del funcionario policial en dicho sentido, dándole valor a sus dichos en torno a la actividad ejecutada por la menor y su presencia en el lugar de los acontecimientos.

Ahora bien, siguiendo con la dinámica de los hechos ocurridos en la noche del día 26 de noviembre del año pasado, el funcionario declarante agregó que, una vez que la menor –la que reconoció en audiencia por intermedio del set fotográfico antes indiciado– subió al automóvil, éste emprendió marcha, llegando a la calle Tres Poniente con Maipú, específicamente a un sector eriazo en dicho lugar, acomodándose el vehículo en un lugar bien oculto de la calle, que no tenía luces artificiales, caracterizándose el referido lugar por ser una zona con la magnitud de cancha de fútbol, en la que habían camiones estacionados, y un pino cercano al automóvil que lo ocultaba.

Dichas condiciones, también resultaron ratificadas por la inspectora Patricia Osorio Tello, quien declaró en el mismo sentido, indicando que el automóvil conducido por el acusado en el que iba la menor en comento, se estacionó en un sitio eriazo, tratando de ocultarse, cerca de unos árboles y alejado de las calles aledañas por lo que no habían luces artificiales alumbrando directamente el lugar. Dicho testimonio, al ser plenamente coherente con el anteriormente indicado, permite confirmar las características del lugar de los hechos, todo lo cual se vio confirmado a partir de la exhibición de las fotografías tomadas el mismo día en el sitio del suceso, y que el Ministerio Público incorporó a través del reconocimiento de ellas por parte de los aprehensores indicados.

En dicho set se puede apreciar claramente que se trata de un lugar aislado, alejado de la calle, habiéndose situado el automóvil en un lugar propicio para ejecutar acciones sin ser vistos por aquellos que transitaban por la vía pública. Todo lo anterior, permite ratificar y estimar plenamente plausible y justificado el control efectuado por los funcionarios policiales a quienes abordaban dicho vehículo.

Y es dentro de dicha diligencia de control en donde los funcionarios policiales pudieron apreciar, por sus propios sentidos, situaciones importantísimas para la presente investigación y que, inequívocamente, representa actos que permiten darle plena verosimilitud al presupuesto fáctico acusatorio, en particular, en lo que los aprehensores pudieron percibir con sus sentidos una vez que se acercaron al automóvil del acusado.

En efecto, relató el deponente Orellana Orozco que, cuando llegó el vehículo del acusado al indicado sitio eriazo, este apagó las luces y motor, momento en que le realizaron el respectivo control al vehículo. Recordó que fue él quien precisamente se acercó por el lado del conductor y su compañera fue por el lado acompañante. Cuando le tocó la ventana, vio que la persona al volante –a quien reconoció categóricamente como el acusado– estaba con los pantalones abajo y una menor de edad a su lado. Al respecto, resultó tan categórico en cuanto a la actitud de Zavala Soto, que refirió recordar que tuvieron que esperar que se acomodara los pantalones para que se pudiera bajar del vehículo, agregando que cuando lo fiscalizaron expresó “esperen un poquito” subiéndose los pantalones, recordando que usaba cinturón.

Pues bien, estos datos resultaron importantísimos a la hora de valorar y determinar el actuar del sujeto activo previo a la fiscalización realizada. Al respecto, a juicio de estos magistrados, el hecho de subir al vehículo a una menor de edad –la cual notoriamente se distinguía dicha condición por sus rasgos físicos de niña, aun cuando estuviere embarazada– en un lugar en donde se encontraban otras mujeres ejerciendo la prostitución, llevarla a un sitio eriazo, estacionar el automóvil y apagar el motor y las luces, y ser fiscalizado en los momentos en que se encontraba con los pantalones abajo, reflejan una actitud inequívoca de pretender realizar actos de significación sexual con la niña, en particular, la solicitud de prestación de servicios sexuales.

Pero si aún quedaran dudas, se debe indicar, al tenor de lo señalado por el referido testigo y los dichos de la funcionaria Osorio Tello que a la menor en comento, una vez verificada su identidad y su edad –dieciséis años– al registro de sus ropas se le encontró en su poder la suma de \$ 2.000, dinero que en la unidad reconoció que le fue entregado por el acusado a cambio de sexo oral, lo que ella hacía para tener dinero para comprar pasta base de cocaína.

Los datos obtenidos con anterioridad, ratificados como se señalará por la funcionaria Osorio Tello, no hacen dudar a estos magistrados respecto del motivo por el cual la menor se incorporó en el automóvil del acusado, el cual no era otro que prestarle un servicio sexual, sexo oral, a cambio de la suma de \$ 2.000, creando el acusado las condiciones necesarias para que se ejecutara tal actividad.

Es por ello que resultan compatibles las distintas versiones y contradicciones que dio el acusado al momento de ser fiscalizado y que, por supuesto, no se condicen con lo apreciado en forma directa por los inspectores que procedieron a su detención. Al respecto, ambos agentes refirieron que Zavala Soto, al ser intimado, dio varias explicaciones que las que se contradecían unas con otras en el mismo momento, agregando que, primero, sostuvo que conocía a la menor, luego que no y que la subió porque ésta le había “hecho dedo”, luego señaló que la iba ir a dejar, para terminar diciendo que le había pedido que fueran a fumar.

Resulta evidente que el hecho de terminar en un sitio eriazo, con los pantalones abajo, no se condice con ninguna de las versiones antes referidas.

Y si a lo anterior agregamos lo dicho por la menor, ratificaremos aún más la idea propuesta por la acusación fiscal en el sentido de la efectividad de ejercer el acusado acciones tendientes a obtener servicios sexuales por parte de la niña. Es así como el funcionario referido indicó que la mujer primero refirió que ella y el acusado eran amigos, que iban a conversar a ese lugar ya que eran conocidos. Pero en la unidad policial finalmente sostuvo que, en realidad, era adicta a pasta base, que no llegaba a su domicilio, y que su único objetivo era fumar, siendo lo más fácil para conseguir la droga la prostitución, cobrando dos mil o tres mil pesos por el sexo oral, refiriendo que los dos mil pesos incautados por su compañera en comento, se los dio el acusado por el pago del servicio sexual que le iba a dar.

En síntesis, es la misma menor la que refiere ante la policía una versión completamente coherente con la imputación fiscal, y que permite explicar de una manera completamente armónica el actuar del acusado y la manera en que ambos fueron fiscalizados, corroborando su condición de adicta a partir del testimonio de su padre antes referido.

A su vez, de acuerdo a lo señalado por este testigo –siendo su relato plenamente creíble por estar corroborado tanto interna como externamente– la misma niña expresó que conocía al imputado toda vez que ya había “estado con él” en otras ocasiones, por lo que lo conocía, lo que permite entender el por qué la menor detuvo el automóvil de Zavala Soto en el

lugar en donde se encontraba, inmediatamente se subió en él, todo lo cual reafirma la idea de que ésta estaba ejerciendo el comercio sexual y que el acusado la subió el vehículo para que le practicara sexo oral a cambio del dinero referido.

Por otro lado, y para dar cuenta del contexto en que la niña se desenvolvía en ese tiempo –y al parecer en la actualidad también según su padre– relató el testigo Orellana Orozco que al tomar contacto con el padre de la menor, éste les relató que su hija llevaba más de un año como consumidora de pasta base de cocaína, que se arrancaba de casa, que no llegaba hace bastante tiempo a domicilio, y que sabía lo que hacía agregando que estaba embarazada.

Finalmente, el primer testigo que depuso en estrados dio plena razón de sus dichos al explicitar el croquis acompañado y confeccionado por él, dato probatorio que permitió a estos jueces representarse la forma en que la menor fue abordada y el trayecto en el que los funcionarios policiales siguieron el automóvil del acusado. Finalmente, se pudo dar cuenta de la distancia existente entre el sitio eriazó y la calle colindante a él, caracterizado por contar con poca luminosidad.

En segundo lugar, el instructor presentó como prueba de cargo, el testimonio de la inspectora doña Patricia Osorio Tello, quien no sólo ratificó todo lo dicho por el anterior deponente sino que, además, aportó una serie de datos muy útiles teniendo en cuenta que fue ella quien fiscalizó a la menor en el momento en que se acercaron al automóvil del acusado.

Es así como expresó que la noche de los hechos un vehículo –el que reconoció claramente al exhibírsele el set fotográfico del sitio del suceso– se detuvo delante de ellos, subiéndose una mujer la que se notaba que era menor de edad, por lo que, presumiendo que se trataba de prostitución, los siguieron doblando por Avenida Tres Poniente, calle en que en la mitad de cuadra se encuentra un gran sitio eriazó sin construcción. Recordó que el automóvil se detuvo en el lugar, en el que no había luz, quedando “como escondido” del común tránsito de lugar, momento en el cual procedieron a efectuar el respectivo control, sorprendieron a un sujeto con la chica.

Dicha dinámica de los acontecimientos resultó, como se puede apreciar, plenamente coherente y conteste con el testimonio de Luis Orellana Orozco, lo que permite ahondar en la idea de armonía y coherencia entre los dichos de los testigos de cargo, antecedente potente para poder concluir su validez y fuerza como prueba personal.

Continuando con su declaración, expuso que fue ella quien fiscalizó a la mujer, preguntándole qué era lo que hacía, reconociendo la niña que estaba prostituyéndose. Agregó que le hizo revisión de vestimenta y le encontró dos mil pesos, agregando la niña que era el dinero que el acusado le pagó para que le realizara sexo oral, lo que no alcanzó a efectuar.

Pero no sólo se trata de los dichos de la funcionaria lo que permite ratificar la idea de la existencia de dinero, sino que, además, éste fue incorporado como prueba material y reconocido por dicha testigo, agregando que el dinero exhibido en la audiencia de juicio eran, precisamente, los billetes que tenía la niña en su poder y sobre los que le dijo que el acusado se los había dado para realizar sexo oral el que no se llevó a cabo.

Ahora bien, este testimonio también resultó importante a la hora de tener por cierta la existencia de dichos del acusado al momento de su detención, que resultaron totalmente incompatibles y contradictorios con lo apreciado por los funcionarios respectivos. En dicho sentido, la testigo fue elocuente al referirse a que Zavala Soto, en principio, negó los hechos, señalando que él era amigo de la menor, que no sabía su edad, que la estaba llevando y que le había pedido un cigarro, todo lo cual confirma la idea de un descubrimiento sorpresivo por parte de la policía.

Por su parte, la deponente en comento también fue clara en ratificar la conclusión obtenida por estos magistrados al apreciar el set fotográfico de la menor, en lo que respecta a tratarse de una niña que tiene aspecto de tal y que resulta imposible confundirla con una persona mayor dada su condición. Al respecto, sostuvo que se notaba que era menor de edad por el aspecto físico, agregando que notaba la diferencia con las otras dos mujeres que estaban en el lugar donde el acusado la subió al vehículo. Finalmente, refirió que supo la identidad, agregando que se llamaba E. S. F., la que tenía un deterioro por consumo de pasta base, apreciándose delgada y con seis meses de embarazo.

Asimismo, la declarante dio plena razón de sus dichos, pudiendo reconocer y explicar claramente la dinámica de seguimiento y detención del acusado dando cuenta del set fotográfico del sitio del suceso, señalando que reconoce el sector donde estaban las jóvenes y lugar donde se detuvo el vehículo, apreciando el sitio eriazó con escasa luminosidad, reconociendo el lugar donde se encontraba el vehículo y lugar donde estaba estacionado. Sostuvo que llegó a fiscalizar

por el lado del copiloto. Las luces estaban apagadas, se percató que la mujer era en realidad una menor, le preguntó el nombre, la hizo que se bajara, pudiendo percatarse que el sujeto que estaba en el asiento del piloto se encontraba con el pantalón abierto, y que cuando se bajó del vehículo se lo tuvo que arreglar, comenzando a abotonarse el pantalón, lo que le pareció sumamente extraño ya que estaba negando los hechos, viendo cómo se terminó de subirse los pantalones y abrochárselos. Asimismo, la testigo reconoció el croquis confeccionado por su colega, explicando en forma clara su trayecto.

Por otro lado, se confirmaron los dichos del primer testigo relativos a la situación familiar y social de la niña, refiriendo la deponente que se contactaron con el padre de la niña, quien les dijo que su hija era consumidora de pasta base y producto de la adicción casi nunca estaba en la casa, ya que cuando él la reincorporaba ella se arrancaba por estar muy "metida" en adicción a drogas.

Finalmente, y en cuanto a los dichos de la menor al momento de ser fiscalizada y llevada a la unidad policial, refirió la funcionaria que ésta al principio negó todo, pero al explicarle que ella no tenía culpa ni era acusada de algo, reconoció que era adicta a drogas y se subió porque al caballero lo conocía, ya que no era primera vez y que le hacía sexo oral por dos mil pesos. Esto se lo declaró en un principio en el lugar pero luego en la unidad. Recordó además que dijo que el dinero que se le encontró había sido en pago por el servicio.

Como último dato probatorio incorporado, y sólo en lo que dice relación con el contexto situacional en que se desenvuelve la menor, compareció en estrado su padre, don Manuel Sánchez Aravena quien expuso que su hija E. S., actualmente tiene 16 años, no está estudiando, es adicta a la pasta base desde hace un año y medio, se arranca de la casa, ha estado internada dos veces en Lampa y Pudahuel, va esporádicamente a su casa, se va los fines de semana, se pierde días, a veces una semana, cuando llega está muy mal, drogada y delgadísima. Esto le afecta mucho, ha tratado de ayudarla, la ha llevado a hogares. Todo lo anterior ratifica las impresiones dadas por los inspectores como anteriormente se señaló.

En cuanto a los hechos motivo de la presente investigación, sólo aportó algunos datos que, en todo caso, permitieron confirmar la tesis acusatoria en el sentido que el día 26 de noviembre de 2007, la Policía de Investigaciones fue a su casa, quienes le informaron todo, lo llevaron a Pudahuel al cuartel, le dijeron que su hija se ofrecía sexualmente, le leyeron el parte, agregando que estaba ejerciendo comercio sexual y fue sorprendida en un auto con un señor que tenía los pantalones abajo y que ella portaba dos mil pesos en bolsillos por pago de sexo oral. Del particular refirió que él no sabía que su hija ejercía el comercio sexual. Cuando pasó esto estaba embarazada y que cree que se prostituía por las drogas, reconociéndola en el set fotográfico incorporado.

Finalmente, sostuvo que se encontró con su hija en la Policía de Investigaciones, después se la llevó con él. Al otro día conversó con ella quien le negó todo, no sabe si por vergüenza, pero no le creyó por la información que le dio la policía. En ese momento le preguntó pero negó que ejerciera la prostitución. Reconoció, eso sí, que estaba en el auto pero no supo explicar porqué.

En síntesis, se trata de un testimonio que es útil para dar cuenta de la situación de riesgo social que enfrentaba la afectada, situación que era conocida por el padre, quien no podía hacer nada dada la reticencia de la niña producto de su adicción, la que, en todo caso, si bien le negó el estar prostituyéndose, sí reconoció que se había subido al vehículo del acusado sin darle razones justificativas de su actuar, todo lo cual permite estimar que los dichos de los funcionarios resultan plenamente creíbles y válidos para esbozar una verdad formal acorde con sus principales características.

En síntesis, la prueba aportada por el Ministerio Público, apreciada con libertad, utilizando las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten a estos sentenciadores alcanzar la certeza de la existencia de ciertos actos ejecutados por el acusado, en los términos que a continuación se señalarán.

Cuarto: Hechos acreditados y su respectiva calificación jurídica. Por lo tanto, y en atención a las consideraciones esbozadas precedentemente, este Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, apreciando en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia, teniendo en consideración las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de conformidad con lo estatuido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, ha adquirido la convicción, con certeza y más allá de toda duda razonable, que se encuentran acreditados los siguientes presupuestos fácticos como verdad formal: "Que el día 26 de noviembre de 2007, a las 22: 50 horas aproximadamente, Ramón Luís Zavala Soto en circunstancias que conducía el vehículo placa patente ZH 6430, por Camino Rinconada, al llegar a la intersección con Avenida Las Naciones, comuna de Maipú, detuvo el vehículo que

conducía, subiéndose E. S. S. F., a la sazón de 16 años de edad. Zavala Soto le solicitó a ésta que le realizara servicios sexuales, en particular sexo oral, a cambio de \$ 2.000, dinero que le fue entregado a la menor, trasladándose ambos a un sitio eriazo cercano al lugar, en donde detuvo el automóvil, siendo sorprendido por funcionarios policiales en los momentos que Zavala Soto se encontraba con su pantalón abajo, portando la menor en uno de sus bolsillos la suma de dos mil pesos”.

Los hechos referidos en el apartado anterior de esta decisión, configuran a juicio de estos sentenciadores, un delito de favorecimiento de la prostitución de menores impropio, previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal.

En efecto, la figura en comento fue incorporada en nuestra legislación a partir de la dictación de la ley N° 19.927 de fecha 14 de enero de 2004. El tipo penal castiga al que a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza obtuviere servicios sexuales por personas que se encuentren en situación de minoridad –entre 14 a 18 años– sin que medien las circunstancias de las agresiones sexuales más graves, a saber, violación o estupro.

Se trata, por tanto, de un delito cuyo bien jurídico protegido resulta ser la indemnidad sexual, la que, en estricto rigor, alude a un desarrollo sexual del menor, alejado de todo daño o menoscabo psíquico que el relacionarse con un adulto puede causarle. Es por ello que se ha definido como “(...) el derecho a no padecer daño o perturbación en el orden sexual de la persona, para preservar, en su caso, su normal evolución y desarrollo” (Escobar Jiménez, Rafael, Delitos contra la libertad sexual, en Código Penal, comentarios y jurisprudencia, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 1436). Dicho concepto, se ha utilizado teniendo en consideración los casos en que el sujeto pasivo es un menor de edad o un incapaz, en donde, a juicio de muchos, “(...) no cabe afirmar que la libertad sexual sea el objeto de amparo, ya que dichas personas carecen de la posibilidad de autodeterminarse sexualmente. En este caso, hay que considerar que la protección se concede en razón al derecho que tienen a la indemnidad o intangibilidad sexuales frente a terceros” (González– Cuéllar García, Antonio, Delitos contra la libertad sexual, en Código Penal. Doctrina y jurisprudencia, Tomo II, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1997, p. 2159).

El problema con este tipo de concepciones, según algunos, consistiría en determinar que es lo “normal” o “correcto”, ya que, como señala el profesor Muñoz Conde, “(...) existe una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución del desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual (...)”.

En consecuencia, el concepto del derecho a la indemnidad sexual, en nuestro país, no puede ser visto teniendo en consideración, como lo sostienen algunos, en un eventual daño físico, psíquico o emocional que el contexto sexual puede ocasionarle a los menores, toda vez que el bien jurídico “(...) no nace en interés de tutelar a todas las personas, sino que a un grupo específico de la sociedad en razón de su edad o la situación particular en que se encuentran, se hacen especialmente vulnerables a un ataque sexual, lo que tornaría aconsejable mantenerlas alejadas total o parcialmente de su sexualidad, a fin de evitar en los menores un perjuicio o daño en el desarrollo individual o en la adecuada formación sexual y también prevenir las repercusiones negativas que el ejercicio de la sexualidad puede tener para el proceso de socialización de las personas que sufren anomalías o trastornos mentales; como puede verse, la esencia de este bien jurídico es algo más elevado que un supuesto específico y difícilmente comprobado daño físico, psíquico o emocional que el contacto sexual puede ocasionar” (Oxman Vilches, Nicolás, Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile. Las fronteras del Derecho Penal sexual, Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, 2007, p. 139).

En aras a esta concepción, se abandonan y deslegitiman, de una vez por todas, los discursos moralizantes y punitivistas, determinando un punto de partida fundamental consistente en que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual, ha de estar dotado de una sólida estructura conceptual, que le permite convertirse realmente en un poderoso límite al poder punitivo del Estado.

Ahora bien, y entrando de plano al tipo penal que nos convoca cabe señalar que la acción de un sujeto destinada a la obtención, a cambio de una prestación en dinero, de actividades sexuales, amerita reproche penal únicamente cuando se afecta la indemnidad sexual de menores.

Por tanto, esta disposición incrimina la conducta del “cliente” de prostitución infantil que “obtuvo” estos servicios por parte de personas mayores de 14 años pero menores de 18.

Finalmente, y aunque el tipo penal utiliza la amplia expresión “prestaciones de cualquier naturaleza” siguiendo la doctrina especializada nacional (Rodríguez Collao, Luis, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, 2007, p. 325) resulta relativamente obvio que ellas han de ser apreciables en dinero.

Pues bien, en el caso de marras, Ramón Luis Zavala Soto ejecutó una serie de acciones tendientes a materializar el tipo penal en comento.

En efecto, inició su actuar procediendo a detener el automóvil que conducía, haciendo subir a una menor de edad, teniendo pleno conocimiento de su condición de tal. Este último punto, a juicio de estos magistrados, se encuentra acreditado con el mérito de las fotografías incorporadas a juicio relativas a E. S. F., tomadas el mismo día de la detención del acusado, en las que se aprecia y no existe margen de duda que se trata de una menor de edad dada sus características físicas, que hacen imposible pretender alegar un eventual desconocimiento de dicha condición. Asimismo, y como argumento de refuerzo, según la declaración de los funcionarios aprehensores es la misma menor la que les refirió en la unidad policial que ya conocía al acusado ya que antes se había subido al vehículo realizando estas prestaciones de carácter sexual, situación que lleva a descartar de plano la tesis de la defensa en el sentido de que Zavala Soto no la conocía y no sabía de su condición de menor de edad.

Asimismo, el acusado una vez en el automóvil de su propiedad, trasladó a la niña a un sitio erizado, entre árboles y camiones cerrados, estacionando su vehículo y entregándole dos mil pesos a cambio de la realización por parte de la menor de sexo oral. Finalmente, se bajó los pantalones, momentos en que fue fiscalizado por los funcionarios policiales que lo seguían.

De tal manera que Zavala Soto en forma clara dio principio a la ejecución del delito por medios de actos directos, pero sin lugar a dudas faltó la actividad de la menor para complementar el tipo y alcanzar el grado de desarrollo perfecto.

Es claro en este caso que la niña no ejecutó actividad alguna que permita a estos sentenciadores presumir siquiera una eventual consumación del ilícito. Por lo demás, esa no fue la tesis del instructor, el que alegó que la actividad del agente debía calificarse como frustrada.

Sin embargo, a juicio de la unanimidad de estos sentenciadores, el tipo penal en comento se enmarca dentro de aquellos en que la doctrina denomina ilícitos de mera actividad, entendido éstos, en términos generales como aquellos que en los que el legislador castiga sólo la realización de un comportamiento –obtener prestaciones sexuales de mayores de 14 años y menores de 18– sin incluir un elemento natural de resultado en el tipo causado por el agente.

Siendo así, una de las características de los delitos de mera actividad es que, dado la configuración y exigencias del tipo, resulta incompatible materializar un grado de desarrollo de frustración, como iter criminis, propia de la clasificación del artículo 7º del Código Penal. De ahí que este tipo de ilícitos sólo se admita la tentativa y la consumación en el análisis de la conducta realizada por el sujeto activo.

En efecto, al ser la figura en comento un ilícito de mera actividad, y tal como lo ha sostenido mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada (entre los extranjeros Muñoz Conde, Orts Berenguer y Pessoa Nelson y los nacionales Bascuñán Valdés, Bustos Ramírez y Cox Leixelard), es perfectamente concebible el grado de desarrollo tentativa a diferencia de la frustración, bastando analizar, para determinar el iter criminis, la conducta ejecutada por el sujeto activo y su factibilidad de dividir su conducta, como ocurre en el caso concreto.

Es así como, el hecho de que el acusado haya subido al vehículo a una menor de edad, le haya ofrecido \$ 2.000 a cambio de practicarle sexo oral, la haya llevado a un sitio erizado, haya estacionado su vehículo bajándose sus pantalones, permite estimar la ejecución de acciones directas tendientes a materializar el tipo penal, faltando para su complemento el acto de significación sexual propiamente tal que la menor debía realizar y, por cierto, si lo hacía, el delito ya se encontraría en la fase de consumación, toda vez que los ilícitos de mera actividad no admiten la frustración como camino del delito, según lo ya expuesto.

Lo anterior, resulta coincidente con el concepto de tentativa acuñado por nuestro legislador penal. En efecto, está fuera de toda duda, como ha sido recordado por el profesor Etcheberry (Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica

de Chile, Tomo I, 1998, p. 60), que los miembros de la Comisión Redactora del código punitivo nacional, tuvieron un criterio que, respecto del comienzo de la ejecución, parecía “inclinarse más por una exigencia de carácter objetivo referida a la materialidad del delito intentado que a la exteriorización inequívoca de la voluntad delictiva”.

Es así como se concluye que, para precisar el principio de ejecución en cada delito, y con el fin de diferenciarlos de los meros actos preparatorios “es cuestión que debe resolverse con un criterio objetivo, con referencia a cada caso concreto a la actividad que alude el verbo rector del tipo principal”.

Dentro de dicho criterio la doctrina requiere, con arreglo al dogma *nullum crimen sine lege*, como garantía de seguridad jurídica, un peligro de realización del tipo legal, por lo que no es posible calificar de directo un hecho que no es idóneo —es por ello que la tentativa inidónea no es punible según la doctrina mayoritaria— ni tampoco un actuar que no esté dirigido, con nitidez, a la ejecución del delito. “En casos inciertos, deberá operar siempre el principio rector de la interpretación: *in dubio pro libertate*” (Politoff Lifschitz, Sergio, *Los actos preparatorios del delito de tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 2004, p. 179).

Son estas razones dogmáticas y fácticas, las que llevan a estos magistrados, a contrario de lo señalado por el instructor, a calificar estos hechos como un delito de favorecimiento a la prostitución impropia en grado de tentado, por cuanto Zavala Soto dio inicio a la configuración del tipo penal por medios directos, faltando para su complemento la actividad concreta realizada por la menor que implicaría la consumación del hecho punible, atendida la característica de mera actividad del ilícito que, como se dijo, no admite grado de ejecución frustrado.

Quinto: Participación del acusado en los hechos tenidos por ciertos. La participación del acusado en los hechos que se han dado por acreditados en el considerando Cuarto de la presente sentencia, se tiene por cierta a partir del análisis y valoración de todos y cada uno de los medios probatorios latamente reseñados en el considerando Tercero de esta resolución. En particular, el testimonio de los funcionarios aprehensores que lo situaron en el sitio del suceso, no siendo cuestionado tampoco por la defensa dicha proposición fáctica.

De manera tal que, teniendo como antecedente lo reseñado en el considerando Tercero de la presente sentencia, Ramón Luis Zavala Soto ejecutó actos directos que configuran un principio de ejecución punible, por lo cual debe ser enmarcado dentro del numeral primero del artículo 7º del Código Penal.

Sexto: Conclusión de condena. Atendido lo razonado en el considerando Tercero, Cuarto y Quinto de esta sentencia, en relación a la acreditación del hecho punible y la participación del acusado, es que Ramón Luis Zavala Soto debe ser y, por consiguiente, será condenado por este Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en calidad de autor del delito previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, en perjuicio de la víctima E. S. S. F., menor de 16 años de edad a la fecha de ocurrencia del ilícito, ocurrido en esta ciudad en la noche del 26 de noviembre de 2007.

Séptimo: Audiencia de determinación de penas y solicitudes de los intervinientes. Durante la fase de clausura y en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público señaló que, a su juicio, al acusado le favorecería la minorante de irreprochable conducta anterior acompañando su Extracto de Filiación y Antecedentes en los que no figura anotación alguna.

También sostuvo en sus alegaciones de cierre que le perjudicaría la agravante contemplada en el numeral 12 del artículo 12 del Código Penal, esto es, ejecutar el delito de noche o en despoblado.

Por lo anterior, terminó solicitando la pena contenida en la acusación fiscal. Una vez enterado de la recalificación del ilícito al grado de tentativa y la desestimación de la agravante en cuestión, modificó su petición a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y sujeciones a la vigilancia por el tiempo de la condena.

Por su parte, la defensa del acusado reafirmó la existencia de irreprochable conducta anterior de su representado, presentando una serie de documentos —certificados de educación, conducta, actividades, etc.— que reafirmaría la concurrencia de la minorante.

Dentro de dicho contexto, también solicitó la aplicación de la minorante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de

los hechos, teniendo presente que el acusado, si bien negó los hechos que se le imputaron, igualmente dio una versión ante la policía en la que reconoce haberse encontrado en el lugar de los hechos, habiendo asistido a todas las audiencias a las que fue citado en sede de garantía y oral en lo penal.

Asimismo, solicitó descartar la agravante en cuestión por el hecho de que no existen antecedentes concretos que permitan sostener que el imputado buscara, en forma dolosa, una desprotección mayor de la menor para la perpetración del ilícito en comento.

Por todo lo anterior solicitó, atendida la menor extensión del mal causado, la concesión de un beneficio de la ley N° 18.216, en particular, la remisión condicional de la pena, o en su defecto, libertad vigilada.

Octavo: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Corresponde a continuación pronunciarse respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad alegadas por los intervinientes.

Efectivamente se configura la minorante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior del acusado, toda vez que no se registran anotaciones penales pretéritas en su Extracto de Filiación y Antecedentes, incorporado a juicio mediante su lectura resumida.

En cuanto a la modificatoria de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, cabe señalar que esta atenuante fue introducida en el Código en el mes de mayo del año 2002, por la ley N° 19.806, y reemplazó a la de confesión espontánea, que anteriormente ocupaba su lugar y no se avenía con el espíritu del nuevo Código Procesal Penal. Es así como la reforma en comento, se produjo por las necesidades de la Reforma Procesal Penal de adaptar a la nueva realidad adjetiva –Código Procesal Penal– las disposiciones de orden sustantivo –Código Penal–. Por lo anterior, la nueva disposición surge como una legítima reacción en contra del modelo inquisitivo previo, fuente de graves inequidades, tomando en consideración la actual separación de las funciones de investigar y acusar por una parte, y la de juzgar por la otra.

A lo señalado cabe agregarse, que dentro de las garantías reconocidas a todo imputado en el nuevo sistema, se encuentra la de guardar silencio, reforzándolo con una concepción de que su declaración constituye un medio de defensa, conforme lo establece el artículo 98 del Código Procesal Penal, lo que se diferencia del modelo inquisitivo, en que “la confesión” del procesado era visto como “la reina de las pruebas”.

Con su “colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos”, el autor evidencia una personalidad a la que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena. La colaboración puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el sujeto u otras personas cuya participación en él era ignorada hasta ese momento.

La colaboración ha de ser sustancial, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación. En este sentido, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en cuanto al término sustancial refiere “dícese de lo esencial y más importante de una cosa”.

A diferencia de la rigidez de la disposición anterior a la reforma, en el actual texto la clave se encuentra en la exigencia de un aporte del imputado relacionado con lo más importante o esencial con el proceso que se encuentra en curso. La exigencia debe entenderse, en una primera aproximación, en función de lo señalado en el artículo 180 del Código Procesal Penal, del que es posible inferir que el objeto de la investigación del Ministerio Público es el establecimiento y la averiguación de un hecho, que reviste los caracteres de delito, así como los partícipes de él. Lo anterior, no significa en todo caso, que se circunscriba la aplicación de la atenuante, sólo a la etapa de investigación, ya que nada obsta, en que ésta pueda establecerse a partir de lo obrado, durante la audiencia de juicio, toda vez que si el imputado, que ha guardado silencio hasta ese momento, lo rompe para encauzar el desarrollo del juzgamiento en la línea correcta, a raíz de lo cual, en definitiva, los sentenciadores adquieren la convicción sobre quiénes y en qué grado participaron en el delito, podría perfectamente acogerse la atenuante.

En efecto, resulta imprescindible que la colaboración sea esencial, en términos tales que determine la existencia del hecho punible y sus respectivos partícipes. El juez debe considerar ciertos elementos a fin de reconocer esta atenuante, a saber: que, el imputado haya renunciado a su derecho a guardar silencio, proporcionando toda la información que tenía,

narrando por menores de éste, reconociendo su participación en los hechos; y que, la declaración del imputado sea decisiva en el esclarecimiento de los hechos, y su posterior calificación jurídica.

Así las cosas, para acreditar dicha atenuante, estos sentenciadores deberán atenerse al menos a tres criterios, esto es, la entrega de antecedentes relevantes por parte del acusado; la aceleración de tiempos; y una mayor contribución al grado de convicción, en la decisión adoptada por el Tribunal.

Y es en atención a estas consideraciones y forma de entender la normativa en comento que resulta imposible la configuración de la atenuante en el caso de marras, teniendo en consideración que en ningún momento existieron por parte de Ramón Luis Zavala Soto actos concretos o un testimonio que haya implicado el reconocimiento de los presupuestos tenidos por ciertos en la presente sentencia, de los cuales negó su participación durante la fase de investigación, y guardó silencio durante el juicio oral.

La sola declaración reconociendo haber estado en el sitio del suceso resultan insuficientes para dar por establecido una colaboración del acusado en los términos anteriormente expuestos, máxime si en el proceso argumentativo de construcción de la verdad formal, referida en los párrafos precedentes, no resultó importante ni siquiera para esclarecer ciertas presunciones la actividad del acusado durante la fase de investigación.

Por otro lado, el solo hecho de presentarse en sede de garantía y oral en lo penal a las audiencias respectivas, constituye su obligación como ciudadano en un Estado Constitucional de acceder a los requerimientos de la justicia, como servicio del Estado, pero que, en ningún caso, puede calificarse de colaboración en torno al restablecimiento de la verdad formal, máxime si niego y omite antecedentes que dicen relación con lo ocurrido la noche del 26 de noviembre de 2007.

Todos estos antecedentes, llevan a estos magistrados a rechazar la minorante en cuestión.

Finalmente, en cuanto a la modificatoria de responsabilidad penal alegada por el ente persecutor contemplada en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, cabe señalar que dicha disposición prescribe que es circunstancia agravante ejecutar el hecho punible “de noche o en despoblado”, pero “el tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito”.

Además, el profesor Cury expresa que “Con arreglo a lo que la ley dispone expresamente, el delito debe ser ejecutado durante la noche o en despoblado. No basta, por lo tanto, con que sólo se hayan realizado en esas condiciones actos preparatorios o de agotamiento, o una pura fracción de la conducta típica, pues en tales casos se encuentra ausente la ratio legis de la agravación” (Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, p. 538).

En la especie, atendido lo expuesto con antelación y teniendo por otro lado presente, el grado de desarrollo del ilícito que se ha tenido por cierto en los acápite precedentes –tentado, se puede colegir que no puede configurarse la agravante en cuestión, toda vez que no nos encontramos en la hipótesis de consumación, lo cual se condice con el verbo utilizado en la descripción de la modificatoria en comento, esto es, “ejecutarlo” de noche o en despoblado, situación que no ha acontecido en el caso sometido a la decisión del Tribunal.

A mayor abundamiento, cabe señalar que despoblado es el lugar solitario en el cual no hay habitaciones y, por consiguiente, no se espera tampoco la llegada de personas que se opongan a la actividad delictiva. Se trata, en consecuencia, de un concepto relativo a la posibilidad de que la víctima reciba auxilio.

Subjetivamente, la agravante exige que el sujeto obre con el propósito de aprovechar las ventajas que le procura la nocturnidad o el despoblado, esto es, que su dolo se extienda a la situación en que actuará y las ventajas que le proporciona. (Cury Urzúa, Enrique, op. cit., pp. 538 y 539).

En este contexto y de acuerdo a los supuestos fácticos acreditados en el presente juicio oral, en los cuales se dejó por sentado, que en circunstancias que la menor ofrecía sus servicios sexuales, el acusado detuvo su vehículo y la condujo hasta un lugar donde habitualmente se llevaban a cabo ese tipo de actos.

Si bien es cierto que el acusado llevó a la menor a un lugar que se encontraba colindante a aquél en que la víctima se subió a su automóvil, ello no implica concluir que el sujeto activo creó las condiciones a fin de asegurarse que su ilícito fuere cometido en la impunidad, muy por el contrario su proceder sólo decía relación con la posibilidad de estacionar su vehículo a fin de que se le prestaren los servicios sexuales, que previamente había pagado y no la búsqueda o aprovechamiento de las circunstancias objetivas que se describen en la agravante.

En este mismo sentido nuestra jurisprudencia exige, que además, que tales circunstancias haya sido buscadas “con designio intencional...para poder asegurar los resultados de su acción criminal” (SCA Santiago 12.08.1951, RDJ, 48, 2a parte, sec. 4a, p. 235; SCS 25.05.1983, RDJ, LXXX, 2a parte, sec. 4a, p. 44).

Asimismo, el fundamento de la agravación radica en un aumento de la antijuridicidad determinado por la mayor indefensión del sujeto pasivo. Consecuentemente, la circunstancia no es más que una forma especificada de alevosía, y con toda razón la crítica Novoa por el casuismo inútil que implica su inclusión en el artículo 12 del Código Penal. (Cury Urzúa, Enrique, *ibíd*, p. 539).

En efecto, en la conducta del acusado no se aprecia un mayor disvalor que justifique la elevación de la pena a aplicar, unido a que los hechos desde la perspectiva del sujeto activo pretendieron de ser realizados en el interior del automóvil, una vez que éste fuere detenido.

Por lo demás, analizándose la ratio legis de esta agravante se explica la limitación introducida por el inciso segundo de la disposición, la que aplicada en el presente delito, cabe colegir que por su naturaleza y las circunstancias fácticas antes descritas, no implica ventaja alguna la ejecución nocturna o en despoblado para el sujeto activo.

Todo lo anterior, permite a estos sentenciadores, tal como se dijo en el acta de deliberación, desestimar la agravante solicitada por el instructor.

Noveno: Determinación de las penas. El título de castigo para el ilícito tenido por cierto en la presente sentencia es el de presidio menor en su grado máximo, según lo dispone el artículo 367 ter del Código Penal.

Habiendo determinado que la conducta ejecutada por el acusado se enmarca dentro del grado de tentativa, se rebajará la pena referida en dos grados, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 52 del Código Penal, quedando dentro del rango del presidio menor en su grado mínimo.

Concurriendo en la especie una circunstancia modificatoria de responsabilidad minorante –su irreprochable conducta anterior– este tribunal debe aplicar la pena en su *mínimum*, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 67 del Código Penal, quedando el rango discrecional entre los 61 y los 300 días de presidio menor en su grado mínimo.

Dentro del rango que puede recorrer la sanción, teniendo únicamente en consideración que no existen razones justificativas para argumentar la aplicación de una sanción mayor al mínimo de lo señalado por la ley para el ilícito, no evidenciándose un disvalor anexo que permita argumentar una mayor pena, tampoco una mayor extensión del mal causado directamente por el acusado, sino que ésta se deriva de la naturaleza propia del delito –lo que ya se tomó en cuenta por el legislador al regular la pena en concreto, teniendo además en consideración el contexto situacional en que se produjeron los hechos, estos magistrados son partidarios de sancionar al acusado con una pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo en los términos que se indicarán.

Décimo: Beneficios alternativos. Cumpliéndose los presupuestos fácticos establecidos en el artículo cuarto de la ley Nº 18.216, se concederá al acusado el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena. En efecto, el caso en cuestión se refiere a un ilícito cuya pena, en concreto no excede de tres años, tal y como se señaló en el párrafo final del considerando precedente; asimismo, el acusado nunca ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, situación que se desprende del extracto de filiación y antecedentes presentado como antecedente en la audiencia especial de determinación de pena; y, finalmente, se estima que de los antecedentes proporcionados por los intervinientes tanto en la audiencia de juicio oral como en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, se pudo concluir, en forma categórica, que el acusado no volverá a delinquir, siendo innecesario un tratamiento o la ejecución

efectiva de la pena.

Esto último tiene su sustento en el antecedente cierto que el acusado Zavala Soto tiene una profesión –profesor de Estado– en la cual se ha destacado y capacitado en forma frecuente y exitosa –dado los diversos certificados acompañados, circunstancias que, unida a su irreprochable conducta, llevan a concluir que el actuar del acusado en la presente investigación constituyen un hecho completamente aislado en su vida, contando con una capacidad de reflexión y una red social –vecinal y por medio de cuerpos intermedios como el grupo deportivo al que pertenece– y familiar –compuesta por su cónyuge e hijas– que lo ayudarán a reinsertarse en la sociedad y evitar la realización de actos prohibidos por el legislador.

Todo lo anterior, se ha podido desprender de todos los documentos acompañados como antecedentes ante este tribunal, los que analizados teniendo presente la inexistencia de factores criminógenos en Zavala Soto, deben ser tomados en cuenta al analizar la posibilidad de ser acreedor de uno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216.

Undécimo: Comiso. Según el respectivo auto de apertura de juicio oral, el Ministerio Público solicitó el comiso “de las especies y efectos del delito” sin especificar, en términos exactos, a qué bienes se refería y las razones derivadas de la respectiva petición.

Para estos efectos no incorporó ninguna prueba en juicio tendiente a acreditar la existencia de bienes decomisados y, por supuesto su dominio, lo que no permite determinar la existencia o no de la excepción contemplada en la parte final del artículo que se señalará.

Por su parte, el artículo 31 del Código Penal dispone “Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos de que él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”.

De esta forma, se rechazará la petición del ente persecutor, en cuanto a decretar el comiso de especies, por el hecho de que éstas ni siquiera se individualizaron de una manera que permitiera establecer los bienes que se trataban, unido a que se desconoce si éstos pudieran pertenecer a un tercero no responsable del crimen o simple delito, según la exigencia legal en comento.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 7º, 11 N° 6, 12 N° 12, 14, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 30, 47, 52, 67, 69, 367 ter y 372, del Código Penal; artículos 1º, 6º, 45, 46, 47, 52, 78, 108, 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, 346 y 348 del Código Procesal Penal; artículo 4 de la ley N° 18.216; artículos 1º, 5º y 19 N°s. 1 y 3 de la Constitución Política de la República; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 8º y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se decide:

I. Que se condena, por unanimidad, al acusado Ramón Luis Zavala Soto, ya individualizado, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y a las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, esto es, favorecimiento a la prostitución de menores impropio, en grado de tentativa, en la persona de la menor E. S. S. F., cometido en la comuna de Maipú de esta ciudad, en la noche del 26 de noviembre de 2007.

II. Que atendido lo dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, se condena a Ramón Luis Zavala Soto, además, a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de las penas principales, debiendo informar al 9º Juzgado de Garantía de Santiago su domicilio, a fin de que dicho tribunal oficie a la correspondiente unidad policial, a objeto que se efectúe el control dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, bajo el apercibimiento de lo señalado en dicha norma legal.

III. Que atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 372 del Código Penal, se condena a Ramón Luis Zavala Soto, además, a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercido en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, por el término de un año.

IV. Que atendido lo razonado en el considerando Décimo de la presente sentencia, se concede al sentenciado Ramón Luis Zavala Soto el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena contemplado en el artículo 4 y siguientes de la ley N° 18.216, debiendo el acusado permanecer bajo observación del Centro de Reinserción Social respectivo de Gendarmería de Chile, por el término de un año, dando asimismo cumplimiento a los demás presupuestos del artículo 5° de la ley N° 18.216. Se deja constancia que, de acuerdo a lo consignado en el auto de apertura de juicio oral, no existen abonos que favorezcan al acusado en el evento que dicho beneficio le fuese revocado, debiendo en consecuencia cumplir con la pena corporal impuesta real y efectivamente, por todo el tiempo antes indicado.

V. Que se condena al acusado Ramón Luis Zavala Soto al pago de las costas de la causa. Las costas procesales se determinarán de oficio por la Unidad de Causas del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, estableciendo los gastos de las notificaciones efectuadas durante la judicialización de la presente investigación. Las costas personales se regularán en una audiencia especial destinada al efecto en el respectivo tribunal de ejecución ya señalado, si así se solicitaren.

Ofíciase al 9° Juzgado de Garantía de Santiago, remitiéndose copia íntegra y autorizada 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.

Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, las pruebas y antecedentes incorporados al juicio.

Regístrese y notifíquese.

Al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 342 del Código Procesal Penal, se deja constancia que la presente sentencia fue redactada por el Magistrado don Danilo Báez Reyes.

Pronunciada por el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Santiago, integrado por los Magistrados Titulares doña Erika Villegas Pavlich, doña Bárbara Quintana Letelier y don Danilo Báez Reyes. No firma este último magistrado, no obstante haber concurrido a la decisión, por encontrarse haciendo uso del permiso dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

RIT N° 43 2008.

RUC N° 0700947510 3.

Texto Sentencia Tribunal Base:

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Santiago, 19 de junio de 2008.

El día dieciséis del presente mes y año, ante el Quinto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, constituido por los Magistrados Titulares doña Erika Villegas Pavlich, doña Bárbara Quintana Letelier y don Danilo Báez Reyes, se desarrolló la audiencia de juicio oral en el Rol Interno del Tribunal N° 43 2008, RUC 0700947510 3, seguido en contra de Ramón Luis Zavala Soto, Cédula Nacional de Identidad N° 7.535.865 2, nacido en Santiago el 21 de octubre de 1959, casado, de 48 años de edad, quien se desempeña actualmente como profesor de enseñanza básica y domiciliado en calle Obispo Manuel Umaña Salinas N° 2792, comuna de Maipú, de esta ciudad.

La acción penal fue sostenida por el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto don Juan Sepúlveda González.

La defensa del acusado estuvo a cargo de los defensores privados don Héctor Fercovic Musre y don Rafael Vega Musre.

Oídos los intervinientes en juicio oral y considerando:

Primero: Acusación. La imputación efectuada por el ente persecutor en contra del acusado, según el correspondiente auto de apertura del juicio oral, es del siguiente tenor: "Que el día 26 de noviembre de 2007, a las 22:50 horas aproximadamente, el acusado Ramón Luis Zavala Soto en circunstancias que conducía el vehículo marca Toyota, Modelo Yaris, placa patente ZH 6430, por Camino a Rinconada, al llegar a la intersección de dicha arteria con Avenida Las Naciones, comuna de Maipú, procedió a detener el móvil que conducía, subiéndose a éste la menor de edad E. S. S. F., de 16 años de edad, quien presentaba un embarazo de 6 meses a la fecha, solicitándole a la menor servicios sexuales, sexo oral, previo pago de dos mil pesos, dinero que le fue entregado a la menor, trasladándose junto con ésta a la intersección de Avenida Tres Poniente con calle Maipú, comuna de Maipú, lugar donde detuvo el vehículo, estacionándose en un sitio eriazo, siendo sorprendido por funcionarios policiales en los momentos que Zavala Soto se encontraba con su pantalón abajo, portando la menor en uno de sus bolsillos la suma de dos mil pesos, dinero entregado por el servicio sexual solicitado" (sic).

A juicio del Ministerio Público los hechos que describió en su acusación serían constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, en grado de frustrado, atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor en los términos del artículo 15 N° 1° del Código Penal.

Indicó, asimismo, que favorecería al acusado la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y le perjudicaría la agravante establecida en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, esto es, ejecutando el delito de noche o en despoblado.

En virtud de lo anterior, solicitó la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, comiso de las especies y efectos del delito, e inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, por una extensión de diez años, sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal y el pago de las costas de la causa.

Durante el desarrollo de sus alegatos de apertura y clausura se explayó en torno a la idea de haberse probado en juicio los presupuestos imputativos, ratificando la pretensión punitiva señalada, con la respectiva circunstancia modificatoria de responsabilidad. Asimismo, cuestionó la tesis de la defensa en torno a la absolución, según se expondrá en su oportunidad.

Segundo: Defensa. La defensa del acusado, por su parte, solicitó en sus alegatos la absolución de su representado, tomando para ello en consideración que, a su juicio, del mérito de la prueba rendida no se encontraría acreditado ni el hecho punible ni la participación del acusado en ellos.

Todas las argumentaciones de este interviniente, serán analizadas en la presente sentencia en el momento que corresponda.

Tercero: Hechos no controvertidos y análisis de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral. Antes de comenzar el análisis de la prueba rendida durante el transcurso del juicio oral y, consecuentemente con ello, los hechos que se han tenido por ciertos a la luz de los antecedentes que se referirán, como asimismo la calificación jurídica que se efectuó de ellos, cabe determinar, primeramente, aquellos presupuestos fácticos que no han resultado controvertidos en la presente causa por parte de los intervinientes y que, por dicha circunstancia y por relacionarse en forma armónica y coherente con los datos probatorios rendidos, se tendrán por ciertos como verdad formal. Dichos núcleos fácticos, son los siguientes:

1. Que, la menor E. S. S. F., nació con fecha 11 de agosto de 1991. En consecuencia, la menor referida tenía 16 años edad el día 26 de noviembre de 2007 y que su padre es Miguel Manuel Sánchez Aravena. Todo lo anterior, pudo ser

acreditado a partir de la prueba documental incorporada a juicio –certificado de nacimiento– unido al testimonio del testigo Sánchez Aravena y a los dichos de ambos funcionarios policiales al respecto, datos, por lo demás, no controvertidos por la defensa del acusado.

2. Que el día 26 de noviembre de 2007, aproximadamente a las 22:50 horas, Ramón Luis Zavala Soto conducía el vehículo marca Toyota, Modelo Yaris, placa patente única ZH 6430. Lo anterior, no siendo tampoco controvertido por la defensa, resultó cierto a partir del testimonio de los funcionarios aprehensores en dicho sentido, unido a la prueba material incorporada, particularmente, las fotografías del automóvil en el sitio del suceso, antecedentes que este tribunal les dará plena validez para tener por acreditado lo referido precedentemente.

Pues bien, con el fin de acreditar dicho presupuesto de hecho, el Ministerio Público presentó en estrados, en primer lugar, la declaración del funcionario policial don Luis Orellana Orozco cuyo testimonio, a juicio de la unanimidad de estos sentenciadores resultó vital para contextualizar la dinámica de los acontecimientos y despejar todo tipo de dudas en torno al inicio de las averiguaciones de la noticia criminis, las circunstancias de detención del acusado y, finalmente, de las características de la menor, aportando una serie de datos muy útiles en torno a los tópicos en comento.

Es así como el referido expuso que el día 26 de noviembre de 2007 en horas de la noche, se dirigía en automóvil junto con unos colegas de la Policía de Investigaciones por calle Las Naciones, comuna de Maipú, cuando al llegar a Camino a Rinconada, pudo ver a tres mujeres, con claras evidencias de ejercer la prostitución, lo que dedujo por trabajar durante cuatro años en dicha comuna y tener experiencia en torno a que en esa calle se ejerce el comercio sexual, con la presencia también de travestis, mujeres, las que se ubican en un sector con poca luminosidad, que se evidencian por sus ropas y físicos, consumiendo pasta base de cocaína, encontrándose todas demasiado delgadas y desaseadas por lo anterior, controlándolas periódicamente.

Dentro de dicho contexto, el que resultó absolutamente ratificado con el testimonio de la segunda funcionaria que compareció en estrados como se señalará, agregó el testigo que, junto con sus compañeros, pudieron apreciar cómo un vehículo –placa patente ZH 6430, reconocido al exhibírsele el set fotográfico– que se desplazaba delante de ellos se detuvo en dichas intersecciones y subió a una de estas mujeres que se encontraba ejerciendo la prostitución, refiriendo que la mujer subió en forma inmediata y que claramente se veía, por sus rasgos físicos, que se trataba de una menor de edad, ya que tenía características similares a una niña, llegando a pensar incluso que tenía como 13 años porque era bajita, bastante delgada, una muchacha joven atendido su rostro.

En relación a la apreciación de la persona antes expuesta, ésta fue plenamente motivada, de conformidad al inciso final del artículo 309 del Código Procesal Penal, utilizando para ello el reconocimiento por parte del testigo de un set de tres fotografías de la menor en comento, las que fueron apreciadas por el tribunal, lo que permitió confirmar la claridad y verosimilitud del testimonio de este deponente, apreciando que la afectada se trata de una niña que representa incluso menos años de la que tenía al momento de verificarse los hechos, resaltando a simple vista su minoría de edad, por lo que resulta completamente coherente la versión del funcionario en torno a cuestionarse la presencia de dicha menor en el sitio del suceso y, con mayor razón, de su estancia en un lugar en donde se ejerce habitualmente el comercio sexual.

Junto con lo anterior, y tal como se dirá, el padre de la menor don Miguel Sánchez Aravena, también reconoció en estrados las fotografías en comento, confirmando lo expresado por este testigo en el sentido de que su hija, desde hace un tiempo a la fecha de los hechos –e incluso en la actualidad– es adicta a la pasta base de cocaína, lo que la hace vivir en la calle, llegando esporádicamente a casa, reconociéndola en las fotografías indicadas. Lo anterior, permite potenciar el relato del funcionario policial en dicho sentido, dándole valor a sus dichos en torno a la actividad ejecutada por la menor y su presencia en el lugar de los acontecimientos.

Ahora bien, siguiendo con la dinámica de los hechos ocurridos en la noche del día 26 de noviembre del año pasado, el funcionario declarante agregó que, una vez que la menor –la que reconoció en audiencia por intermedio del set fotográfico antes indiciado– subió al automóvil, éste emprendió marcha, llegando a la calle Tres Poniente con Maipú, específicamente a un sector eriazo en dicho lugar, acomodándose el vehículo en un lugar bien oculto de la calle, que no tenía luces artificiales, caracterizándose el referido lugar por ser una zona con la magnitud de cancha de fútbol, en la que habían camiones estacionados, y un pino cercano al automóvil que lo ocultaba.

Dichas condiciones, también resultaron ratificadas por la inspectora Patricia Osorio Tello, quien declaró en el mismo sentido, indicando que el automóvil conducido por el acusado en el que iba la menor en comento, se estacionó en un sitio eriazo, tratando de ocultarse, cerca de unos árboles y alejado de las calles aledañas por lo que no habían luces

artificiales alumbrando directamente el lugar. Dicho testimonio, al ser plenamente coherente con el anteriormente indicado, permite confirmar las características del lugar de los hechos, todo lo cual se vio confirmado a partir de la exhibición de las fotografías tomadas el mismo día en el sitio del suceso, y que el Ministerio Público incorporó a través del reconocimiento de ellas por parte de los aprehensores indicados.

En dicho set se puede apreciar claramente que se trata de un lugar aislado, alejado de la calle, habiéndose situado el automóvil en un lugar propicio para ejecutar acciones sin ser vistos por aquellos que transitaban por la vía pública. Todo lo anterior, permite ratificar y estimar plenamente plausible y justificado el control efectuado por los funcionarios policiales a quienes abordaban dicho vehículo.

Y es dentro de dicha diligencia de control en donde los funcionarios policiales pudieron apreciar, por sus propios sentidos, situaciones importantísimas para la presente investigación y que, inequívocamente, representa actos que permiten darle plena verosimilitud al presupuesto fáctico acusatorio, en particular, en lo que los aprehensores pudieron percibir con sus sentidos una vez que se acercaron al automóvil del acusado.

En efecto, relató el deponente Orellana Orozco que, cuando llegó el vehículo del acusado al indicado sitio eriazo, este apagó las luces y motor, momento en que le realizaron el respectivo control al vehículo. Recordó que fue él quien precisamente se acercó por el lado del conductor y su compañera fue por el lado acompañante. Cuando le tocó la ventana, vio que la persona al volante –a quien reconoció categóricamente como el acusado– estaba con los pantalones abajo y una menor de edad a su lado. Al respecto, resultó tan categórico en cuanto a la actitud de Zavala Soto, que refirió recordar que tuvieron que esperar que se acomodara los pantalones para que se pudiera bajar del vehículo, agregando que cuando lo fiscalizaron expresó “esperen un poquito” subiéndose los pantalones, recordando que usaba cinturón.

Pues bien, estos datos resultaron importantísimos a la hora de valorar y determinar el actuar del sujeto activo previo a la fiscalización realizada. Al respecto, a juicio de estos magistrados, el hecho de subir al vehículo a una menor de edad –la cual notoriamente se distinguía dicha condición por sus rasgos físicos de niña, aun cuando estuviere embarazada– en un lugar en donde se encontraban otras mujeres ejerciendo la prostitución, llevarla a un sitio eriazo, estacionar el automóvil y apagar el motor y las luces, y ser fiscalizado en los momentos en que se encontraba con los pantalones abajo, reflejan una actitud inequívoca de pretender realizar actos de significación sexual con la niña, en particular, la solicitud de prestación de servicios sexuales.

Pero si aún quedaran dudas, se debe indicar, al tenor de lo señalado por el referido testigo y los dichos de la funcionaria Osorio Tello que a la menor en comento, una vez verificada su identidad y su edad –dieciséis años– al registro de sus ropas se le encontró en su poder la suma de \$ 2.000, dinero que en la unidad reconoció que le fue entregado por el acusado a cambio de sexo oral, lo que ella hacía para tener dinero para comprar pasta base de cocaína.

Los datos obtenidos con anterioridad, ratificados como se señalará por la funcionaria Osorio Tello, no hacen dudar a estos magistrados respecto del motivo por el cual la menor se incorporó en el automóvil del acusado, el cual no era otro que prestarle un servicio sexual, sexo oral, a cambio de la suma de \$ 2.000, creando el acusado las condiciones necesarias para que se ejecutara tal actividad.

Es por ello que resultan compatibles las distintas versiones y contradicciones que dio el acusado al momento de ser fiscalizado y que, por supuesto, no se condicen con lo apreciado en forma directa por los inspectores que procedieron a su detención. Al respecto, ambos agentes refirieron que Zavala Soto, al ser intimado, dio varias explicaciones que las que se contradecían unas con otras en el mismo momento, agregando que, primero, sostuvo que conocía a la menor, luego que no y que la subió porque ésta le había “hecho dedo”, luego señaló que la iba ir a dejar, para terminar diciendo que le había pedido que fueran a fumar.

Resulta evidente que el hecho de terminar en un sitio eriazo, con los pantalones abajo, no se condice con ninguna de las versiones antes referidas.

Y si a lo anterior agregamos lo dicho por la menor, ratificaremos aún más la idea propuesta por la acusación fiscal en el sentido de la efectividad de ejercer el acusado acciones tendientes a obtener servicios sexuales por parte de la niña. Es así como el funcionario referido indicó que la mujer primero refirió que ella y el acusado eran amigos, que iban a conversar a ese lugar ya que eran conocidos. Pero en la unidad policial finalmente sostuvo que, en realidad, era adicta a pasta base, que no llegaba a su domicilio, y que su único objetivo era fumar, siendo lo más fácil para conseguir la droga la

prostitución, cobrando dos mil o tres mil pesos por el sexo oral, refiriendo que los dos mil pesos incautados por su compañera en comento, se los dio el acusado por el pago del servicio sexual que le iba a dar.

En síntesis, es la misma menor la que refiere ante la policía una versión completamente coherente con la imputación fiscal, y que permite explicar de una manera completamente armónica el actuar del acusado y la manera en que ambos fueron fiscalizados, corroborando su condición de adicta a partir del testimonio de su padre antes referido.

A su vez, de acuerdo a lo señalado por este testigo –siendo su relato plenamente creíble por estar corroborado tanto interna como externamente– la misma niña expresó que conocía al imputado toda vez que ya había “estado con él” en otras ocasiones, por lo que lo conocía, lo que permite entender el por qué la menor detuvo el automóvil de Zavala Soto en el lugar en donde se encontraba, inmediatamente se subió en él, todo lo cual reafirma la idea de que ésta estaba ejerciendo el comercio sexual y que el acusado la subió el vehículo para que le practicara sexo oral a cambio del dinero referido.

Por otro lado, y para dar cuenta del contexto en que la niña se desenvolvía en ese tiempo –y al parecer en la actualidad también según su padre– relató el testigo Orellana Orozco que al tomar contacto con el padre de la menor, éste les relató que su hija llevaba más de un año como consumidora de pasta base de cocaína, que se arrancaba de casa, que no llegaba hace bastante tiempo a domicilio, y que sabía lo que hacía agregando que estaba embarazada.

Finalmente, el primer testigo que depuso en estrados dio plena razón de sus dichos al explicitar el croquis acompañado y confeccionado por él, dato probatorio que permitió a estos jueces representarse la forma en que la menor fue abordada y el trayecto en el que los funcionarios policiales siguieron el automóvil del acusado. Finalmente, se pudo dar cuenta de la distancia existente entre el sitio eriazó y la calle colindante a él, caracterizado por contar con poca luminosidad.

En segundo lugar, el instructor presentó como prueba de cargo, el testimonio de la inspectora doña Patricia Osorio Tello, quien no sólo ratificó todo lo dicho por el anterior deponente sino que, además, aportó una serie de datos muy útiles teniendo en cuenta que fue ella quien fiscalizó a la menor en el momento en que se acercaron al automóvil del acusado.

Es así como expresó que la noche de los hechos un vehículo –el que reconoció claramente al exhibírsele el set fotográfico del sitio del suceso– se detuvo delante de ellos, subiéndose una mujer la que se notaba que era menor de edad, por lo que, presumiendo que se trataba de prostitución, los siguieron doblando por Avenida Tres Poniente, calle en que en la mitad de cuadra se encuentra un gran sitio eriazó sin construcción. Recordó que el automóvil se detuvo en el lugar, en el que no había luz, quedando “como escondido” del común tránsito de lugar, momento en el cual procedieron a efectuar el respectivo control, sorprendieron a un sujeto con la chica.

Dicha dinámica de los acontecimientos resultó, como se puede apreciar, plenamente coherente y conteste con el testimonio de Luis Orellana Orozco, lo que permite ahondar en la idea de armonía y coherencia entre los dichos de los testigos de cargo, antecedente potente para poder concluir su validez y fuerza como prueba personal.

Continuando con su declaración, expuso que fue ella quien fiscalizó a la mujer, preguntándole qué era lo que hacía, reconociendo la niña que estaba prostituyéndose. Agregó que le hizo revisión de vestimenta y le encontró dos mil pesos, agregando la niña que era el dinero que el acusado le pagó para que le realizara sexo oral, lo que no alcanzó a efectuar.

Pero no sólo se trata de los dichos de la funcionaria lo que permite ratificar la idea de la existencia de dinero, sino que, además, éste fue incorporado como prueba material y reconocido por dicha testigo, agregando que el dinero exhibido en la audiencia de juicio eran, precisamente, los billetes que tenía la niña en su poder y sobre los que le dijo que el acusado se los había dado para realizar sexo oral el que no se llevó a cabo.

Ahora bien, este testimonio también resultó importante a la hora de tener por cierta la existencia de dichos del acusado al momento de su detención, que resultaron totalmente incompatibles y contradictorios con lo apreciado por los funcionarios respectivos. En dicho sentido, la testigo fue elocuente al referirse a que Zavala Soto, en principio, negó los hechos, señalando que él era amigo de la menor, que no sabía su edad, que la estaba llevando y que le había pedido un cigarro, todo lo cual confirma la idea de un descubrimiento sorpresivo por parte de la policía.

Por su parte, la deponente en comento también fue clara en ratificar la conclusión obtenida por estos magistrados al apreciar el set fotográfico de la menor, en lo que respecta a tratarse de una niña que tiene aspecto de tal y que resulta imposible confundirla con una persona mayor dada su condición. Al respecto, sostuvo que se notaba que era menor de edad por el aspecto físico, agregando que notaba la diferencia con las otras dos mujeres que estaban en el lugar donde el acusado la subió al vehículo. Finalmente, refirió que supo la identidad, agregando que se llamaba E. S. F., la que tenía un deterioro por consumo de pasta base, apreciándose delgada y con seis meses de embarazo.

Asimismo, la declarante dio plena razón de sus dichos, pudiendo reconocer y explicar claramente la dinámica de seguimiento y detención del acusado dando cuenta del set fotográfico del sitio del suceso, señalando que reconoce el sector donde estaban las jóvenes y lugar donde se detuvo el vehículo, apreciando el sitio erizado con escasa luminosidad, reconociendo el lugar donde se encontraba el vehículo y lugar donde estaba estacionado. Sostuvo que llegó a fiscalizar por el lado del copiloto. Las luces estaban apagadas, se percató que la mujer era en realidad una menor, le preguntó el nombre, la hizo que se bajara, pudiendo percatarse que el sujeto que estaba en el asiento del piloto se encontraba con el pantalón abierto, y que cuando se bajó del vehículo se lo tuvo que arreglar, comenzando a abotonarse el pantalón, lo que le pareció sumamente extraño ya que estaba negando los hechos, viendo cómo se terminó de subirse los pantalones y abrochárselos. Asimismo, la testigo reconoció el croquis confeccionado por su colega, explicando en forma clara su trayecto.

Por otro lado, se confirmaron los dichos del primer testigo relativos a la situación familiar y social de la niña, refiriendo la deponente que se contactaron con el padre de la niña, quien les dijo que su hija era consumidora de pasta base y producto de la adicción casi nunca estaba en la casa, ya que cuando él la reincorporaba ella se arrancaba por estar muy "metida" en adicción a drogas.

Finalmente, y en cuanto a los dichos de la menor al momento de ser fiscalizada y llevada a la unidad policial, refirió la funcionaria que ésta al principio negó todo, pero al explicarle que ella no tenía culpa ni era acusada de algo, reconoció que era adicta a drogas y se subió porque al caballero lo conocía, ya que no era primera vez y que le hacía sexo oral por dos mil pesos. Esto se lo declaró en un principio en el lugar pero luego en la unidad. Recordó además que dijo que el dinero que se le encontró había sido en pago por el servicio.

Como último dato probatorio incorporado, y sólo en lo que dice relación con el contexto situacional en que se desenvuelve la menor, compareció en estrado su padre, don Manuel Sánchez Aravena quien expuso que su hija E. S., actualmente tiene 16 años, no está estudiando, es adicta a la pasta base desde hace un año y medio, se arranca de la casa, ha estado internada dos veces en Lampa y Pudahuel, va esporádicamente a su casa, se va los fines de semana, se pierde días, a veces una semana, cuando llega está muy mal, drogada y delgadísima. Esto le afecta mucho, ha tratado de ayudarla, la ha llevado a hogares. Todo lo anterior ratifica las impresiones dadas por los inspectores como anteriormente se señaló.

En cuanto a los hechos motivo de la presente investigación, sólo aportó algunos datos que, en todo caso, permitieron confirmar la tesis acusatoria en el sentido que el día 26 de noviembre de 2007, la Policía de Investigaciones fue a su casa, quienes le informaron todo, lo llevaron a Pudahuel al cuartel, le dijeron que su hija se ofrecía sexualmente, le leyeron el parte, agregando que estaba ejerciendo comercio sexual y fue sorprendida en un auto con un señor que tenía los pantalones abajo y que ella portaba dos mil pesos en bolsillos por pago de sexo oral. Del particular refirió que él no sabía que su hija ejercía el comercio sexual. Cuando pasó esto estaba embarazada y que cree que se prostituía por las drogas, reconociéndola en el set fotográfico incorporado.

Finalmente, sostuvo que se encontró con su hija en la Policía de Investigaciones, después se la llevó con él. Al otro día conversó con ella quien le negó todo, no sabe si por vergüenza, pero no le creyó por la información que le dio la policía. En ese momento le preguntó pero negó que ejerciera la prostitución. Reconoció, eso sí, que estaba en el auto pero no supo explicar porqué.

En síntesis, se trata de un testimonio que es útil para dar cuenta de la situación de riesgo social que enfrentaba la afectada, situación que era conocida por el padre, quien no podía hacer nada dada la reticencia de la niña producto de su adicción, la que, en todo caso, si bien le negó el estar prostituyéndose, sí reconoció que se había subido al vehículo del acusado sin darle razones justificativas de su actuar, todo lo cual permite estimar que los dichos de los funcionarios resultan plenamente creíbles y válidos para esbozar una verdad formal acorde con sus principales características.

En síntesis, la prueba aportada por el Ministerio Público, apreciada con libertad, utilizando las reglas de la lógica, las

máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten a estos sentenciadores alcanzar la certeza de la existencia de ciertos actos ejecutados por el acusado, en los términos que a continuación se señalarán.

Cuarto: Hechos acreditados y su respectiva calificación jurídica. Por lo tanto, y en atención a las consideraciones esbozadas precedentemente, este Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, apreciando en forma libre los elementos de prueba rendidos durante la audiencia, teniendo en consideración las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, de conformidad con lo estatuido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, ha adquirido la convicción, con certeza y más allá de toda duda razonable, que se encuentran acreditados los siguientes presupuestos fácticos como verdad formal: “Que el día 26 de noviembre de 2007, a las 22: 50 horas aproximadamente, Ramón Luís Zavala Soto en circunstancias que conducía el vehículo placa patente ZH 6430, por Camino Rinconada, al llegar a la intersección con Avenida Las Naciones, comuna de Maipú, detuvo el vehículo que conducía, subiéndose E. S. S. F., a la sazón de 16 años de edad. Zavala Soto le solicitó a ésta que le realizara servicios sexuales, en particular sexo oral, a cambio de \$ 2.000, dinero que le fue entregado a la menor, trasladándose ambos a un sitio eriazo cercano al lugar, en donde detuvo el automóvil, siendo sorprendido por funcionarios policiales en los momentos que Zavala Soto se encontraba con su pantalón abajo, portando la menor en uno de sus bolsillos la suma de dos mil pesos”.

Los hechos referidos en el apartado anterior de esta decisión, configuran a juicio de estos sentenciadores, un delito de favorecimiento de la prostitución de menores impropio, previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal.

En efecto, la figura en comento fue incorporada en nuestra legislación a partir de la dictación de la ley Nº 19.927 de fecha 14 de enero de 2004. El tipo penal castiga al que a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza obtuviere servicios sexuales por personas que se encuentren en situación de minoridad –entre 14 a 18 años– sin que medien las circunstancias de las agresiones sexuales más graves, a saber, violación o estupro.

Se trata, por tanto, de un delito cuyo bien jurídico protegido resulta ser la indemnidad sexual, la que, en estricto rigor, alude a un desarrollo sexual del menor, alejado de todo daño o menoscabo psíquico que el relacionarse con un adulto puede causarle. Es por ello que se ha definido como “(...) el derecho a no padecer daño o perturbación en el orden sexual de la persona, para preservar, en su caso, su normal evolución y desarrollo” (Escobar Jiménez, Rafael, Delitos contra la libertad sexual, en Código Penal, comentarios y jurisprudencia, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 1436). Dicho concepto, se ha utilizado teniendo en consideración los casos en que el sujeto pasivo es un menor de edad o un incapaz, en donde, a juicio de muchos, “(...) no cabe afirmar que la libertad sexual sea el objeto de amparo, ya que dichas personas carecen de la posibilidad de autodeterminarse sexualmente. En este caso, hay que considerar que la protección se concede en razón al derecho que tienen a la indemnidad o intangibilidad sexuales frente a terceros” (González– Cuéllar García, Antonio, Delitos contra la libertad sexual, en Código Penal. Doctrina y jurisprudencia, Tomo II, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1997, p. 2159).

El problema con este tipo de concepciones, según algunos, consistiría en determinar que es lo “normal” o “correcto”, ya que, como señala el profesor Muñoz Conde, “(...) existe una especie de consenso no escrito sobre la intangibilidad o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución del desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual (...)”.

En consecuencia, el concepto del derecho a la indemnidad sexual, en nuestro país, no puede ser visto teniendo en consideración, como lo sostienen algunos, en un eventual daño físico, psíquico o emocional que el contexto sexual puede ocasionarle a los menores, toda vez que el bien jurídico “(...) no nace en interés de tutelar a todas las personas, sino que a un grupo específico de la sociedad en razón de su edad o la situación particular en que se encuentran, se hacen especialmente vulnerables a un ataque sexual, lo que tornaría aconsejable mantenerlas alejadas total o parcialmente de su sexualidad, a fin de evitar en los menores un perjuicio o daño en el desarrollo individual o en la adecuada formación sexual y también prevenir las repercusiones negativas que el ejercicio de la sexualidad puede tener para el proceso de socialización de las personas que sufren anomalías o trastornos mentales; como puede verse, la esencia de este bien jurídico es algo más elevado que un supuesto específico y difícilmente comprobado daño físico, psíquico o emocional que el contacto sexual puede ocasionar” (Oxman Vilches, Nicolás, Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile. Las fronteras del Derecho Penal sexual, Editorial Librotecnia, primera edición, Santiago, 2007, p. 139).

En aras a esta concepción, se abandonan y deslegitiman, de una vez por todas, los discursos moralizantes y punitivistas, determinando un punto de partida fundamental consistente en que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual, ha de

estar dotado de una sólida estructura conceptual, que le permite convertirse realmente en un poderoso límite al poder punitivo del Estado.

Ahora bien, y entrando de plano al tipo penal que nos convoca cabe señalar que la acción de un sujeto destinada a la obtención, a cambio de una prestación en dinero, de actividades sexuales, amerita reproche penal únicamente cuando se afecta la indemnidad sexual de menores.

Por tanto, esta disposición incrimina la conducta del “cliente” de prostitución infantil que “obtuviere” estos servicios por parte de personas mayores de 14 años pero menores de 18.

Finalmente, y aunque el tipo penal utiliza la amplia expresión “prestaciones de cualquier naturaleza” siguiendo la doctrina especializada nacional (Rodríguez Collao, Luis, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, 2007, p. 325) resulta relativamente obvio que ellas han de ser apreciables en dinero.

Pues bien, en el caso de marras, Ramón Luis Zavala Soto ejecutó una serie de acciones tendientes a materializar el tipo penal en comento.

En efecto, inició su actuar procediendo a detener el automóvil que conducía, haciendo subir a una menor de edad, teniendo pleno conocimiento de su condición de tal. Este último punto, a juicio de estos magistrados, se encuentra acreditado con el mérito de las fotografías incorporadas a juicio relativas a E. S. F., tomadas el mismo día de la detención del acusado, en las que se aprecia y no existe margen de duda que se trata de una menor de edad dada sus características físicas, que hacen imposible pretender alegar un eventual desconocimiento de dicha condición. Asimismo, y como argumento de refuerzo, según la declaración de los funcionarios aprehensores es la misma menor la que les refirió en la unidad policial que ya conocía al acusado ya que antes se había subido al vehículo realizando estas prestaciones de carácter sexual, situación que lleva a descartar de plano la tesis de la defensa en el sentido de que Zavala Soto no la conocía y no sabía de su condición de menor de edad.

Asimismo, el acusado una vez en el automóvil de su propiedad, trasladó a la niña a un sitio erizado, entre árboles y camiones cerrados, estacionando su vehículo y entregándole dos mil pesos a cambio de la realización por parte de la menor de sexo oral. Finalmente, se bajó los pantalones, momentos en que fue fiscalizado por los funcionarios policiales que lo seguían.

De tal manera que Zavala Soto en forma clara dio principio a la ejecución del delito por medios de actos directos, pero sin lugar a dudas faltó la actividad de la menor para complementar el tipo y alcanzar el grado de desarrollo perfecto.

Es claro en este caso que la niña no ejecutó actividad alguna que permita a estos sentenciadores presumir siquiera una eventual consumación del ilícito. Por lo demás, esa no fue la tesis del instructor, el que alegó que la actividad del agente debía calificarse como frustrada.

Sin embargo, a juicio de la unanimidad de estos sentenciadores, el tipo penal en comento se enmarca dentro de aquellos en que la doctrina denomina ilícitos de mera actividad, entendido éstos, en términos generales como aquellos que en los que el legislador castiga sólo la realización de un comportamiento –obtener prestaciones sexuales de mayores de 14 años y menores de 18– sin incluir un elemento natural de resultado en el tipo causado por el agente.

Siendo así, una de las características de los delitos de mera actividad es que, dado la configuración y exigencias del tipo, resulta incompatible materializar un grado de desarrollo de frustración, como iter criminis, propia de la clasificación del artículo 7º del Código Penal. De ahí que este tipo de ilícitos sólo se admita la tentativa y la consumación en el análisis de la conducta realizada por el sujeto activo.

En efecto, al ser la figura en comento un ilícito de mera actividad, y tal como lo ha sostenido mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada (entre los extranjeros Muñoz Conde, Orts Berenguer y Pessoa Nelson y los nacionales Bascuñán Valdés, Bustos Ramírez y Cox Leixelard), es perfectamente concebible el grado de desarrollo tentativo a diferencia de la frustración, bastando analizar, para determinar el iter criminis, la conducta ejecutada por el sujeto activo y su factibilidad de dividir su conducta, como ocurre en el caso concreto.

Es así como, el hecho de que el acusado haya subido al vehículo a una menor de edad, le haya ofrecido \$ 2.000 a cambio de practicarle sexo oral, la haya llevado a un sitio eriazo, haya estacionado su vehículo bajándose sus pantalones, permite estimar la ejecución de acciones directas tendientes a materializar el tipo penal, faltando para su complemento el acto de significación sexual propiamente tal que la menor debía realizar y, por cierto, si lo hacía, el delito ya se encontraría en la fase de consumación, toda vez que los ilícitos de mera actividad no admiten la frustración como camino del delito, según lo ya expuesto.

Lo anterior, resulta coincidente con el concepto de tentativa acuñado por nuestro legislador penal. En efecto, está fuera de toda duda, como ha sido recordado por el profesor Etcheberry (Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1998, p. 60), que los miembros de la Comisión Redactora del código punitivo nacional, tuvieron un criterio que, respecto del comienzo de la ejecución, parecía “inclinarse más por una exigencia de carácter objetivo referida a la materialidad del delito intentado que a la exteriorización inequívoca de la voluntad delictiva”.

Es así como se concluye que, para precisar el principio de ejecución en cada delito, y con el fin de diferenciarlos de los meros actos preparatorios “es cuestión que debe resolverse con un criterio objetivo, con referencia a cada caso concreto a la actividad que alude el verbo rector del tipo principal”.

Dentro de dichos criterio la doctrina requiere, con arreglo al dogma *nullum crimen sine lege*, como garantía de seguridad jurídica, un peligro de realización del tipo legal, por lo que no es posible calificar de directo un hecho que no es idóneo —es por ello que la tentativa inidónea no es punible según la doctrina mayoritaria— ni tampoco un actuar que no esté dirigido, con nitidez, a la ejecución del delito. “En casos inciertos, deberá operar siempre el principio rector de la interpretación: *in dubio pro libertate*” (Politoff Lifschitz, Sergio, Los actos preparatorios del delito de tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 2004, p. 179).

Son estas razones dogmáticas y fácticas, las que llevan a estos magistrados, a contrario de lo señalado por el instructor, a calificar estos hechos como un delito de favorecimiento a la prostitución impropia en grado de tentado, por cuanto Zavala Soto dio inicio a la configuración del tipo penal por medios directos, faltando para su complemento la actividad concreta realizada por la menor que implicaría la consumación del hecho punible, atendida la característica de mera actividad del ilícito que, como se dijo, no admite grado de ejecución frustrado.

Quinto: Participación del acusado en los hechos tenidos por ciertos. La participación del acusado en los hechos que se han dado por acreditados en el considerando Cuarto de la presente sentencia, se tiene por cierta a partir del análisis y valoración de todos y cada uno de los medios probatorios latamente reseñados en el considerando Tercero de esta resolución. En particular, el testimonio de los funcionarios aprehensores que lo situaron en el sitio del suceso, no siendo cuestionado tampoco por la defensa dicha proposición fáctica.

De manera tal que, teniendo como antecedente lo reseñado en el considerando Tercero de la presente sentencia, Ramón Luis Zavala Soto ejecutó actos directos que configuran un principio de ejecución punible, por lo cual debe ser enmarcado dentro del numeral primero del artículo 7º del Código Penal.

Sexto: Conclusión de condena. Atendido lo razonado en el considerando Tercero, Cuarto y Quinto de esta sentencia, en relación a la acreditación del hecho punible y la participación del acusado, es que Ramón Luis Zavala Soto debe ser y, por consiguiente, será condenado por este Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en calidad de autor del delito previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, en perjuicio de la víctima E. S. S. F., menor de 16 años de edad a la fecha de ocurrencia del ilícito, ocurrido en esta ciudad en la noche del 26 de noviembre de 2007.

Séptimo: Audiencia de determinación de penas y solicitudes de los intervinientes. Durante la fase de clausura y en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público señaló que, a su juicio, al acusado le favorecería la minorante de irreprochable conducta anterior acompañando su Extracto de Filiación y Antecedentes en los que no figura anotación alguna.

También sostuvo en sus alegaciones de cierre que le perjudicaría la agravante contemplada en el numeral 12 del artículo 12 del Código Penal, esto es, ejecutar el delito de noche o en despoblado.

Por lo anterior, terminó solicitando la pena contenida en la acusación fiscal. Una vez enterado de la recalificación del ilícito al grado de tentativa y la desestimación de la agravante en cuestión, modificó su petición a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y sujeciones a la vigilancia por el tiempo de la condena.

Por su parte, la defensa del acusado reafirmó la existencia de irreprochable conducta anterior de su representado, presentando una serie de documentos –certificados de educación, conducta, actividades, etc.– que reafirmaría la concurrencia de la minorante.

Dentro de dicho contexto, también solicitó la aplicación de la minorante de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, teniendo presente que el acusado, si bien negó los hechos que se le imputaron, igualmente dio una versión ante la policía en la que reconoce haberse encontrado en el lugar de los hechos, habiendo asistido a todas las audiencias a las que fue citado en sede de garantía y oral en lo penal.

Asimismo, solicitó descartar la agravante en cuestión por el hecho de que no existen antecedentes concretos que permitan sostener que el imputado buscara, en forma dolosa, una desprotección mayor de la menor para la perpetración del ilícito en comento.

Por todo lo anterior solicitó, atendida la menor extensión del mal causado, la concesión de un beneficio de la ley N° 18.216, en particular, la remisión condicional de la pena, o en su defecto, libertad vigilada.

Octavo: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Corresponde a continuación pronunciarse respecto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad alegadas por los intervinientes.

Efectivamente se configura la minorante establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior del acusado, toda vez que no se registran anotaciones penales pretéritas en su Extracto de Filiación y Antecedentes, incorporado a juicio mediante su lectura resumida.

En cuanto a la modificatoria de colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, cabe señalar que esta atenuante fue introducida en el Código en el mes de mayo del año 2002, por la ley N° 19.806, y reemplazó a la de confesión espontánea, que anteriormente ocupaba su lugar y no se avenía con el espíritu del nuevo Código Procesal Penal. Es así como la reforma en comento, se produjo por las necesidades de la Reforma Procesal Penal de adaptar a la nueva realidad adjetiva –Código Procesal Penal– las disposiciones de orden sustantivo –Código Penal–. Por lo anterior, la nueva disposición surge como una legítima reacción en contra del modelo inquisitivo previo, fuente de graves inequidades, tomando en consideración la actual separación de las funciones de investigar y acusar por una parte, y la de juzgar por la otra.

A lo señalado cabe agregarse, que dentro de las garantías reconocidas a todo imputado en el nuevo sistema, se encuentra la de guardar silencio, reforzándolo con una concepción de que su declaración constituye un medio de defensa, conforme lo establece el artículo 98 del Código Procesal Penal, lo que se diferencia del modelo inquisitivo, en que “la confesión” del procesado era visto como “la reina de las pruebas”.

Con su “colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos”, el autor evidencia una personalidad a la que la ejecución del hecho punible es en algún modo ajena. La colaboración puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el sujeto u otras personas cuya participación en él era ignorada hasta ese momento.

La colaboración ha de ser sustancial, esto es, no debe limitarse a proporcionar detalles intrascendentes sino constituir un aporte efectivo y serio al éxito de la investigación. En este sentido, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en cuanto al término sustancial refiere “dícese de lo esencial y más importante de una cosa”.

A diferencia de la rigidez de la disposición anterior a la reforma, en el actual texto la clave se encuentra en la exigencia de un aporte del imputado relacionado con lo más importante o esencial con el proceso que se encuentra en curso. La exigencia debe entenderse, en una primera aproximación, en función de lo señalado en el artículo 180 del Código Procesal

Penal, del que es posible inferir que el objeto de la investigación del Ministerio Público es el establecimiento y la averiguación de un hecho, que reviste los caracteres de delito, así como los partícipes de él. Lo anterior, no significa en todo caso, que se circunscriba la aplicación de la atenuante, sólo a la etapa de investigación, ya que nada obsta, en que ésta pueda establecerse a partir de lo obrado, durante la audiencia de juicio, toda vez que si el imputado, que ha guardado silencio hasta ese momento, lo rompe para encauzar el desarrollo del juzgamiento en la línea correcta, a raíz de lo cual, en definitiva, los sentenciadores adquieren la convicción sobre quiénes y en qué grado participaron en el delito, podría perfectamente acogerse la atenuante.

En efecto, resulta imprescindible que la colaboración sea esencial, en términos tales que determine la existencia del hecho punible y sus respectivos partícipes. El juez debe considerar ciertos elementos a fin de reconocer esta atenuante, a saber: que, el imputado haya renunciado a su derecho a guardar silencio, proporcionando toda la información que tenía, narrando por menores de éste, reconociendo su participación en los hechos; y que, la declaración del imputado sea decisiva en el esclarecimiento de los hechos, y su posterior calificación jurídica.

Así las cosas, para acreditar dicha atenuante, estos sentenciadores deberán atenerse al menos a tres criterios, esto es, la entrega de antecedentes relevantes por parte del acusado; la aceleración de tiempos; y una mayor contribución al grado de convicción, en la decisión adoptada por el Tribunal.

Y es en atención a estas consideraciones y forma de entender la normativa en comento que resulta imposible la configuración de la atenuante en el caso de marras, teniendo en consideración que en ningún momento existieron por parte de Ramón Luis Zavala Soto actos concretos o un testimonio que haya implicado el reconocimiento de los presupuestos tenidos por ciertos en la presente sentencia, de los cuales negó su participación durante la fase de investigación, y guardó silencio durante el juicio oral.

La sola declaración reconociendo haber estado en el sitio del suceso resultan insuficientes para dar por establecido una colaboración del acusado en los términos anteriormente expuestos, máxime si en el proceso argumentativo de construcción de la verdad formal, referida en los párrafos precedentes, no resultó importante ni siquiera para esclarecer ciertas presunciones la actividad del acusado durante la fase de investigación.

Por otro lado, el solo hecho de presentarse en sede de garantía y oral en lo penal a las audiencias respectivas, constituye su obligación como ciudadano en un Estado Constitucional de acceder a los requerimientos de la justicia, como servicio del Estado, pero que, en ningún caso, puede calificarse de colaboración en torno al restablecimiento de la verdad formal, máxime si niego y omite antecedentes que dicen relación con lo ocurrido la noche del 26 de noviembre de 2007.

Todos estos antecedentes, llevan a estos magistrados a rechazar la minorante en cuestión.

Finalmente, en cuanto a la modificatoria de responsabilidad penal alegada por el ente persecutor contemplada en el artículo 12 N° 12 del Código Penal, cabe señalar que dicha disposición prescribe que es circunstancia agravante ejecutar el hecho punible “de noche o en despoblado”, pero “el tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito”.

Además, el profesor Cury expresa que “Con arreglo a lo que la ley dispone expresamente, el delito debe ser ejecutado durante la noche o en despoblado. No basta, por lo tanto, con que sólo se hayan realizado en esas condiciones actos preparatorios o de agotamiento, o una pura fracción de la conducta típica, pues en tales casos se encuentra ausente la ratio legis de la agravación” (Cury Urzúa, Enrique, Derecho Penal Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición, p. 538).

En la especie, atendido lo expuesto con antelación y teniendo por otro lado presente, el grado de desarrollo del ilícito que se ha tenido por cierto en los acápite precedentes –tentado, se puede colegir que no puede configurarse la agravante en cuestión, toda vez que no nos encontramos en la hipótesis de consumación, lo cual se condice con el verbo utilizado en la descripción de la modificatoria en comento, esto es, “ejecutarlo” de noche o en despoblado, situación que no ha acontecido en el caso sometido a la decisión del Tribunal.

A mayor abundamiento, cabe señalar que despoblado es el lugar solitario en el cual no hay habitaciones y, por

consiguiente, no se espera tampoco la llegada de personas que se opongan a la actividad delictiva. Se trata, en consecuencia, de un concepto relativo a la posibilidad de que la víctima reciba auxilio.

Subjetivamente, la agravante exige que el sujeto obre con el propósito de aprovechar las ventajas que le procura la nocturnidad o el despoblado, esto es, que su dolo se extienda a la situación en que actuará y las ventajas que le proporciona. (Cury Urzúa, Enrique, op. cit., pp. 538 y 539).

En este contexto y de acuerdo a los supuestos fácticos acreditados en el presente juicio oral, en los cuales se dejó por sentado, que en circunstancias que la menor ofrecía sus servicios sexuales, el acusado detuvo su vehículo y la condujo hasta un lugar donde habitualmente se llevaban a cabo ese tipo de actos.

Si bien es cierto que el acusado llevó a la menor a un lugar que se encontraba colindante a aquél en que la víctima se subió a su automóvil, ello no implica concluir que el sujeto activo creó las condiciones a fin de asegurarse que su ilícito fuere cometido en la impunidad, muy por el contrario su proceder sólo decía relación con la posibilidad de estacionar su vehículo a fin de que se le prestaren los servicios sexuales, que previamente había pagado y no la búsqueda o aprovechamiento de las circunstancias objetivas que se describen en la agravante.

En este mismo sentido nuestra jurisprudencia exige, que además, que tales circunstancias haya sido buscadas “con designio intencional...para poder asegurar los resultados de su acción criminal” (SCA Santiago 12.08.1951, RDJ, 48, 2a parte, sec. 4a, p. 235; SCS 25.05.1983, RDJ, LXXX, 2a parte, sec. 4a, p. 44).

Asimismo, el fundamento de la agravación radica en un aumento de la antijuridicidad determinado por la mayor indefensión del sujeto pasivo. Consecuentemente, la circunstancia no es más que una forma especificada de alevosía, y con toda razón la critica Novoa por el casuismo inútil que implica su inclusión en el artículo 12 del Código Penal. (Cury Urzúa, Enrique, ibíd, p. 539).

En efecto, en la conducta del acusado no se aprecia un mayor disvalor que justifique la elevación de la pena a aplicar, unido a que los hechos desde la perspectiva del sujeto activo pretendieron de ser realizados en el interior del automóvil, una vez que éste fuere detenido.

Por lo demás, analizándose la ratio legis de esta agravante se explica la limitación introducida por el inciso segundo de la disposición, la que aplicada en el presente delito, cabe colegir que por su naturaleza y las circunstancias fácticas antes descritas, no implica ventaja alguna la ejecución nocturna o en despoblado para el sujeto activo.

Todo lo anterior, permite a estos sentenciadores, tal como se dijo en el acta de deliberación, desestimar la agravante solicitada por el instructor.

Noveno: Determinación de las penas. El título de castigo para el ilícito tenido por cierto en la presente sentencia es el de presidio menor en su grado máximo, según lo dispone el artículo 367 ter del Código Penal.

Habiendo determinado que la conducta ejecutada por el acusado se enmarca dentro del grado de tentativa, se rebajará la pena referida en dos grados, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 52 del Código Penal, quedando dentro del rango del presidio menor en su grado mínimo.

Concurriendo en la especie una circunstancia modificatoria de responsabilidad minorante –su irreprochable conducta anterior– este tribunal debe aplicar la pena en su mínimo, atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 67 del Código Penal, quedando el rango discrecional entre los 61 y los 300 días de presidio menor en su grado mínimo.

Dentro del rango que puede recorrer la sanción, teniendo únicamente en consideración que no existen razones justificativas para argumentar la aplicación de una sanción mayor al mínimo de lo señalado por la ley para el ilícito, no evidenciándose un disvalor anexo que permita argumentar una mayor pena, tampoco una mayor extensión del mal causado directamente por el acusado, sino que ésta se deriva de la naturaleza propia del delito –lo que ya se tomó en cuenta por el legislador al regular la pena en concreto –, teniendo además en consideración el contexto situacional en que

se produjeron los hechos, estos magistrados son partidarios de sancionar al acusado con una pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo en los términos que se indicarán.

Décimo: Beneficios alternativos. Cumpliéndose los presupuestos fácticos establecidos en el artículo cuarto de la ley N° 18.216, se concederá al acusado el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena. En efecto, el caso en cuestión se refiere a un ilícito cuya pena, en concreto no excede de tres años, tal y como se señaló en el párrafo final del considerando precedente; asimismo, el acusado nunca ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, situación que se desprende del extracto de filiación y antecedentes presentado como antecedente en la audiencia especial de determinación de pena; y, finalmente, se estima que de los antecedentes proporcionados por los intervinientes tanto en la audiencia de juicio oral como en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, se puede concluir, en forma categórica, que el acusado no volverá a delinquir, siendo innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

Esto último tiene su sustento en el antecedente cierto que el acusado Zavala Soto tiene una profesión –profesor de Estado– en la cual se ha destacado y capacitado en forma frecuente y exitosa –dado los diversos certificados acompañados, circunstancias que, unida a su irreprochable conducta, llevan a concluir que el actuar del acusado en la presente investigación constituyen un hecho completamente aislado en su vida, contando con una capacidad de reflexión y una red social –vecinal y por medio de cuerpos intermedios como el grupo deportivo al que pertenece– y familiar –compuesta por su cónyuge e hijas– que lo ayudarán a reinsertarse en la sociedad y evitar la realización de actos prohibidos por el legislador.

Todo lo anterior, se ha podido desprender de todos los documentos acompañados como antecedentes ante este tribunal, los que analizados teniendo presente la inexistencia de factores criminógenos en Zavala Soto, deben ser tomados en cuenta al analizar la posibilidad de ser acreedor de uno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216.

Undécimo: Comiso. Según el respectivo auto de apertura de juicio oral, el Ministerio Público solicitó el comiso “de las especies y efectos del delito” sin especificar, en términos exactos, a qué bienes se refería y las razones derivadas de la respectiva petición.

Para estos efectos no incorporó ninguna prueba en juicio tendiente a acreditar la existencia de bienes decomisados y, por supuesto su dominio, lo que no permite determinar la existencia o no de la excepción contemplada en la parte final del artículo que se señalará.

Por su parte, el artículo 31 del Código Penal dispone “Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos de que él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”.

De esta forma, se rechazará la petición del ente persecutor, en cuanto a decretar el comiso de especies, por el hecho de que éstas ni siquiera se individualizaron de una manera que permitiera establecer los bienes que se trataban, unido a que se desconoce si éstos pudieran pertenecer a un tercero no responsable del crimen o simple delito, según la exigencia legal en comento.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 3º, 7º, 11 N° 6, 12 N° 12, 14, 15 N° 1, 18, 21, 24, 25, 30, 47, 52, 67, 69, 367 ter y 372, del Código Penal; artículos 1º, 6º, 45, 46, 47, 52, 78, 108, 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, 346 y 348 del Código Procesal Penal; artículo 4 de la ley N° 18.216; artículos 1º, 5º y 19 N°s. 1 y 3 de la Constitución Política de la República; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 8º y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se decide:

I. Que se condena, por unanimidad, al acusado Ramón Luis Zavala Soto, ya individualizado, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y a las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 367 ter del Código Penal, esto es, favorecimiento a la prostitución de menores impropio, en grado de tentativa, en la persona de la menor E. S. S. F., cometido en la comuna de Maipú de esta ciudad, en la noche del 26 de noviembre de 2007.

II. Que atendido lo dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, se condena a Ramón Luis Zavala Soto, además, a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de las penas principales, debiendo informar al 9º Juzgado de Garantía de Santiago su domicilio, a fin de que dicho tribunal oficie a la correspondiente unidad policial, a objeto que se efectúe el control dispuesto en el artículo 372 del Código Penal, bajo el apercibimiento de lo señalado en dicha norma legal.

III. Que atendido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 372 del Código Penal, se condena a Ramón Luis Zavala Soto, además, a la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercido en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, por el término de un año.

IV. Que atendido lo razonado en el considerando Décimo de la presente sentencia, se concede al sentenciado Ramón Luis Zavala Soto el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena contemplado en el artículo 4 y siguientes de la ley Nº 18.216, debiendo el acusado permanecer bajo observación del Centro de Reinserción Social respectivo de Gendarmería de Chile, por el término de un año, dando asimismo cumplimiento a los demás presupuestos del artículo 5º de la ley Nº 18.216. Se deja constancia que, de acuerdo a lo consignado en el auto de apertura de juicio oral, no existen abonos que favorezcan al acusado en el evento que dicho beneficio le fuese revocado, debiendo en consecuencia cumplir con la pena corporal impuesta real y efectivamente, por todo el tiempo antes indicado.

V. Que se condena al acusado Ramón Luis Zavala Soto al pago de las costas de la causa. Las costas procesales se determinarán de oficio por la Unidad de Causas del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, estableciendo los gastos de las notificaciones efectuadas durante la judicialización de la presente investigación. Las costas personales se regularán en una audiencia especial destinada al efecto en el respectivo tribunal de ejecución ya señalado, si así se solicitaren.

Oficiése al 9º Juzgado de Garantía de Santiago, remitiéndose copia íntegra y autorizada 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.

Devuélvase a los intervinientes, en su oportunidad, las pruebas y antecedentes incorporados al juicio.

Regístrese y notifíquese.

Al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 342 del Código Procesal Penal, se deja constancia que la presente sentencia fue redactada por el Magistrado don Danilo Báez Reyes.

Pronunciada por el Quinto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Santiago, integrado por los Magistrados Titulares doña Erika Villegas Pavlich, doña Bárbara Quintana Letelier y don Danilo Báez Reyes. No firma este último magistrado, no obstante haber concurrido a la decisión, por encontrarse haciendo uso del permiso dispuesto en el artículo 347 del Código Orgánico de Tribunales.

RIT Nº 43 2008.

RUC Nº 0700947510 3.