

## SODOMÍA. JUICIO ORAL. REGULACIÓN RESTRINGIDA DEL DELITO

NECESIDAD QUE VARÓN ACCEDIDO CARNALMENTE SEA MENOR DE EDAD. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. INDEMNIDAD SEXUAL DEL MENOR. RANGO DE EDAD. CUESTIONAMIENTO A LA FIGURA TÍPICA. DISCRIMINACIÓN A RELACIONES HOMOSEXUALES. DEBER DEL JUEZ DE APLICAR LA NORMA. AUSENCIA DE RELACIÓN AFECTIVA

Doctrina

I. El delito de sodomía, denominado también corrupción de menores, que está regulado restringidamente en el artículo 365 del Código Penal, ya no sanciona la cópula sexual entre dos varones adultos, sino que castiga solamente cuando el varón accedido carnalmente es menor de edad. El bien jurídico cuya protección persigue es la indemnidad sexual del menor, porque el legislador ha entendido que esta conducta constituiría un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad.

La conducta requerida es que un sujeto varón accede carnalmente a un menor de 18 y mayor de 14 años –porque en el caso de un menor de 14 años se estará en presencia del delito de violación– de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro, debiendo entenderse por acceso carnal lo mismo que para estos últimos delitos aludidos, haciendo una interpretación sistemática del precepto, o sea, penetración con el miembro viril, quedando descartada la vía vaginal, y comprendiendo tanto los accesos por vía anal como bucal

II. Aun cuando pueda ser cuestionado que el legislador haya penalizado el libre ejercicio de la actividad homosexual entre varones, cuando uno de ellos tiene entre 14 y 18 años, y no sancione la misma conducta cuando sucede entre mujeres o las relaciones heterosexuales consentidas, el sentenciador no puede desconocer la norma, estando obligado a adecuar su proceder a la norma legal vigente que describe y sanciona dicha acción, por mucho que algunos discutan su constitucionalidad, al estimar que atenta contra la libertad de las personas para escoger su opción sexual

Por otro lado, no se acreditó la existencia de una relación afectiva o sentimental entre el acusado y el menor de edad, circunstancia que permitiría concluir que existía algo más permanente y duradero que el mero capricho de saciar una pasión o satisfacer un instinto, sin dejar de lado que una relación entre dos personas que tienen una diferencia de edad de casi treinta años, siendo uno de ellos menor de edad, resulta algo socialmente discutible, incluso tratándose de parejas heterosexuales

Texto completo de la Sentencia

### TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Antofagasta, 10 de agosto de 2007.

Vistos y considerando:

Primero: El siete de este mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la juez Presidente de la Sala doña Virginia Soublotte Miranda y los jueces don Wilfred Ziehlmann Zamorano y doña Claudia Lewin Arroyo, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa R.I.T. N° 122 2007, seguida por el delito reiterado de sodomía en contra de Jorge Arturo Pérez León, cédula nacional de identidad N° 7.641.387 8, chileno, soltero, 47 años, analista de sistemas, actualmente sin trabajo, domiciliado en Pasaje Hicks N° 160 departamento 201, Gran Vía, de Antofagasta.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto don Cristián Aguilar Aranela, con domicilio en calle Condell N° 2235 de esta ciudad, en tanto que la defensa del imputado estuvo a cargo de la defensora penal licitada doña Cristina Gallegos Orellana, domiciliada en calle Latorre N° 2631 5° piso, Antofagasta.

Segundo: Que la acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de hechos, según se lee del auto de apertura del juicio: “Que, el día 26 de enero de 2007, pasadas las 16:30 horas, el acusado fue en una camioneta con el menor P.A.R.A., de 17 años de edad, a un sector ubicado en la Ruta A 26 Kilómetro 8 de esta ciudad, donde se

estacionaron, para luego realizarle actos de relevancia y significancia sexual al ofendido, de forma voluntaria, consistentes en besarlo en los labios, tocarle su cuerpo y accederse carnalmente vía bucal, reciprocamente, siendo a continuación y en esas circunstancias sorprendidos por la policía. Que estos actos se han realizado con antelación en el tiempo, a partir del año 2005, en distintas oportunidades, en el mismo sector y en La Portada, de esta comuna, consistentes en acceder carnalmente el imputado, vía anal y bucal, a la víctima, con el consentimiento de esta última, sin que existan en estos episodios circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero.”

El acusador calificó los hechos contenidos en la acusación como constitutivos del delito reiterado de sodomía previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal, atribuyendo en los mismos al acusado participación en calidad de autor conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público sostuvo que beneficia al acusado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior sin que le perjudiquen agravantes, requiriendo se le condene –conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal– a una pena corporal de tres años de reclusión menor en su grado medio, accesoria del artículo 30 del Código Penal, sin perjuicio de la pena de interdicción del derecho de ejercer guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley indique, sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo permitido, como también las descritas en el inciso 2° del artículo 372 del referido código y el pago de las costas de la causa.

Este interviniente, en su alegato de apertura, se refirió al modo cómo la prueba que rendiría acreditaría tanto los hechos como la participación del acusado.

Tercero: La defensa del acusado en su alegato de apertura, se limitó a manifestar que el Ministerio Público no podría acreditar la reiteración del delito por el cual acusó a su parte.

El acusado, haciendo uso del derecho a guardar silencio, no prestó declaración en el juicio como medio de defensa.

Sin embargo, en tal sentido, no está de más señalar que la defensa del acusado incidentó durante la audiencia pretendiendo que se restringiera el testimonio de los tres funcionarios de Carabineros que depusieron en el juicio, en el sentido de impedirles –aun cuando el auto de apertura no lo hacía– que pudieran referirse a aquello que el acusado les reconoció durante la investigación, pues de ese modo se vulneraría el derecho de guardar silencio que como se ha dicho el acusado optó por ejercer durante el juicio, mas no así en sede fiscal. Aun cuando el tribunal desestimó lo pedido por la defensa y permitió que los funcionarios policiales prestasen su testimonio sin restricción alguna, no está de más señalar –frente a la posibilidad insinuada por aquélla, de recurrir de nulidad– que el tribunal lo resolvió así teniendo en consideración lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en causa Rol 922 04 (Rit 152 2003 de este tribunal) con fecha 27 de abril de 2004, en que conociendo de un recurso de nulidad fundado en una situación similar, en la que no sólo se escuchó el testimonio de funcionarios policiales que escucharon la confesión del acusado sino que además se le otorgó pleno valor probatorio a tales declaraciones. En efecto en el fallo citado se dice que “Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculpado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella”.

Distinta fue la situación a la que –como se verá al reproducir la prueba rendida– nos enfrentamos cuando debió ser escuchada la perito psicóloga Judith Riquelme Gálvez, a quien sí expresamente se le advirtió que no podía aludir a aquello que el acusado le manifestó respecto de los hechos imputados, durante la evaluación pericial que realizó. Lo anterior aun cuando para el tribunal la referida perito se encontraba en idéntica situación que la de los funcionarios policiales, sin embargo se nos allegó a los antecedentes lo resuelto por la Itma. Corte de Apelaciones de esta ciudad que conociendo de un recurso interpuesto por el Ministerio Público en esta causa en contra del auto de apertura del juicio que había restringido el alcance de aquello que podía declarar la perito en la audiencia, impidiéndole que se refiriera directa o indirectamente a los hechos contenidos en la acusación.

Ahora bien, aun cuando la resolución de alzada revocó el auto de apertura recurrido declarando que la perito aludida podía exponer acerca de la pericia practicada al acusado en su totalidad, en su motivo noveno señaló: “No obstante, si en la audiencia celebrada ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el imputado decide ejercer su derecho a guardar silencio –como efectivamente ocurrió– será este tribunal, evaluando las pruebas y desarrollo del juicio en el momento, quien deberá limitar la exposición del perito para mantener el libre ejercicio de esta garantía procesal...” Así la perentoria estimación de aquel tribunal en orden a respetar la mentada restricción so pena de vulnerar el ejercicio de ese derecho directamente

vinculado con el derecho a defensa, nos llevó a imponernos parcialmente del contenido de la evaluación pericial del acusado.

Cuarto: Volviendo entonces al delito de sodomía imputado, tenemos que parte de la doctrina (profesor Luis Rodríguez Collao) lo denomina como corrupción de menores. Este ilícito, actualmente y desde julio del año 1999, se encuentra “restringidamente” regulado en el artículo 365 del Código Penal, ello en relación a la redacción que tal precepto tenía antes de aquella fecha, cuando se penalizaba la cópula sexual entre dos varones adultos, en circunstancias que hoy se sanciona únicamente cuando el varón accedido sea menor de edad y de allí que se aluda a una regulación más restringida, no obstante lo cuestionado que pueda ser que nuestro legislador penalice el libre ejercicio de la actividad homosexual entre varones –cuando uno de ellos tenga entre 14 y 18 años– y en la misma situación no sancione la misma conducta entre mujeres o las relaciones heterosexuales consentidas. Aun cuando no fue discutido por la defensa en este juicio, el tribunal se hará cargo más adelante –cuando se razone acerca de la calificación jurídica de los hechos– del bien jurídico que nuestro legislador estimó vulnerado con este tipo de conductas.

Recapitulando, en la actualidad se requiere que un sujeto (varón) acceda carnalmente a un menor de 18 años (y como se verá, mayor de 14 años) de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro.

Así quedan excluidos como sujetos pasivos (accedidos) los menores de 14 años, pues en tal caso, nos enfrentaríamos siempre a un delito de violación.

Luego por acceso carnal debe ser entendido, en el mismo sentido que el Código le otorga para los delitos de violación y estupro, es decir penetración con el miembro viril, sin embargo, el artículo 365 en análisis no precisó por que vías se realizaría tal penetración. Ciertamente –entendiendo que se sanciona una conducta entre varones– la vía vaginal queda descartada, estimando el tribunal que se comprenden tanto los accesos vía anal como bucal, siguiendo en este punto al profesor Mario Garrido Montt, discrepando de aquello que plantea don Luis Rodríguez Collao, que deja fuera la penetración bucal o sexo oral (Derecho Penal Tomo III Parte Especial, pág. 432 y Delitos Sexuales de conformidad con la ley N° 19.617 de 1999, pág. 251, respectivamente).

Quinto: Con el fin de establecer la concurrencia de los elementos típicos reseñados, el Ministerio Público presentó prueba testimonial, pericial y documental.

a) Así en primer término se aportó la declaración del joven P.A.R.A., quien manifestó tener 18 años, ser soltero, estudiante de cuarto año medio y que vivía con sus tíos y primos. Dijo que en horas de la tarde del 26 de enero de 2007 se comunicó con Jorge –señalando al acusado– para ello lo llamó a su celular “pinchándolo” y luego éste le devolvió el llamado, para juntarse cerca del “Lider”, en calle Valdivia y luego se fueron en camioneta a un cerro cerca de la carretera norte a la salida de Antofagasta, en tal lugar se besaron en la cara y boca, después se bajaron de la camioneta, ambos se desabrochan y bajan los pantalones para practicarse sexo oral, explicó que él al principio no quería, estaba asustado, con el presentimiento que serían sorprendidos, pero igual le hizo sexo oral a Jorge, precisando que eso significaba chuparle el pene metiéndolo dentro de su boca, después Jorge se sentó en la silla del conductor y se tiró en el asiento hacia atrás pidiéndole que él se subiera encima, luego de que se negara en dos ocasiones por temor a que los pillaran, llegaron los carabineros en moto.

Dijo que a Jorge lo conoció “chateando” por Internet, a fines del año 2005, entonces él tenía 16 años y así se lo hizo saber a Jorge. Después se juntó con él dos veces antes que el día en que fueron sorprendidos. La primera vez fue en el verano del 2006 –aproximadamente– juntándose en el sector de “La Portada” en horas de la tarde, entonces fueron en otro vehículo y se dieron besos, ambos mantuvieron sexo oral, es decir que recíprocamente se succionaron el pene y también sexo anal, es decir que Jorge le introdujo su pene en el ano.

En la segunda ocasión –a mediados del año 2006– fueron en vehículo, en horas de la tarde al mismo cerro donde los pillan el 2007, ocurrió lo mismo, o sea tuvieron sexo oral entre ambos y después de bajarse de la camioneta Jorge lo penetró analmente, para ello ambos se bajaron los pantalones. Precisó que las dos primeras veces todo fue voluntario, pero la última vez él “como que no quería”, pues pensó que podía llegar alguien, pero Jorge le decía que no pasaría nada.

Dijo no haber tenido ninguna relación sentimental con Jorge. En las ocasiones que estuvieron juntos, Jorge no le dio regalos ni dinero, tampoco usó de fuerza física o lo golpeó y sólo Jorge lo penetró analmente a él, no a la inversa.

A la defensa puntualizó que a Jorge no le dio su verdadero nombre, le inventó uno.

Dijo haber cumplido 18 años el 8 de febrero pasado.

Para evidenciar una contradicción se le confrontó con aquello que declaró el 26 de enero pasado en sede fiscal, donde afirmó que le señaló a Jorge que tenía 17 años y explicó que cada vez que se juntaba con él, como iba creciendo le decía a Jorge la edad que tenía, o sea cuando lo conoció le dijo que tenía 16 años y en la ocasión en que los sorprenden le dijo que tenía 17 años.

b) Compareció como testigo Alex Aguilera Berríos, Subteniente de Carabineros, el cual señaló que a fines de enero del 2007 se encontraba como jefe del segundo turno de la Segunda Comisaría y personal a su cargo le comunicó que en el sector del km. 8 de la ruta que une las ciudades de Antofagasta y Calama, sorprendieron a un vehículo sin patente –cerca de las vías aluvionales– y en su interior a dos varones manteniendo sexo oral, cuando se les realizó el control de identidad se advirtió que uno de ellos era menor de edad. Informado el Fiscal, éste pidió que tanto la víctima como el imputado fuesen llevados a dependencias de la fiscalía, donde el propio Fiscal le advirtió a este último de su derecho a guardar silencio y renunciando al mismo declaró manifestando que conocía desde hacía un año al menor de edad, vía “chat”, sabía de su minoría de edad, pues antes habían tenido otros encuentros, luego el joven se fue a vivir a la ciudad de Rancagua y había regresado a esta ciudad para visitar a familiares, fue así que aquel día el menor había tomado contacto telefónico con él. En cuanto a los dichos del imputado –al cual reconoció en la audiencia– éste señaló que antes –unas 3 veces– había tenido contacto sexual con el menor, en el sector de La Portada y también en las quebradas, a veces los contactos fueron vía anal, reconociendo haber penetrado al menor con preservativos y en otras ocasiones vía oral, en el sentido que ambos se habían chupado el pene en forma recíproca. El imputado también dejó claro que no le hizo regalos ni le ofreció dinero al joven y que todo fue voluntario.

Consultado por aquello que dijo la víctima, ésta reconoció que había conocido a través del “chat” al acusado y que aquel día lo contactó vía telefónica pues había venido a Antofagasta para ver a unos familiares. Preciso el menor que ese día había estado “un tanto obligado por el adulto”, pues se sentía incómodo ya que temía ser observado y sólo habían tenido contacto vía oral en forma mutua. También se refirió a que en otras ocasiones –cuando el joven residía en esta ciudad– había tenido encuentros con el imputado en el sector de La Portada y también donde se les sorprendió, y en ellos el adulto también lo había penetrado con el pene por el ano usando preservativos. El menor también añadió que nunca se le dio dinero o se le golpeó por ello.

Preciso el deponente que él no participó en el procedimiento de detención, sino que le correspondió asistir al Fiscal, en el sentido que debió presenciar las declaraciones que prestaron tanto el imputado como el menor, todo ello a petición del Fiscal y que en tal ocasión no se llamó al abogado defensor.

A la defensora precisó que ambos se refirieron a dos o tres encuentros anteriores.

Al tribunal precisó que al imputado se le señaló expresamente que antes de prestar declaración podía contar con la presencia de un abogado, sin embargo renunció a su derecho a guardar silencio, el sujeto estaba detenido y sólo estaban presentes él y el Fiscal. Como no participó en la aprehensión no tenía claridad de la hora exacta en que fue detenido el imputado, pero sí que fue cerca de las 17 horas, prestando declaración en la Fiscalía alrededor de las 18,00 horas.

c) También declaró Alex Dinamarca Guajardo, Carabinero de la Segunda Comisaría de esta ciudad, quien señaló que el 26 de enero de 2007 alrededor de las 17,00 horas patrullaba en forma preventiva para pesquisar ilícitos como el tráfico de drogas. Lo hacía en moto junto al carabinero Espinoza Toro en el sector de las piscinas aluvionales, por la ruta B 26 (salida a Calama) y a la altura del km. 8, divisaron a lo lejos una camioneta sin patente en su parte posterior, se acercaron con los motores apagados y sorprenden a un sujeto –por el lado del conductor– que tenía los pantalones bajos hasta la rodilla en tanto que el otro le practicaba sexo oral, por tal motivo los fiscalizaron consultando por sus nombres, precisó que era el adulto sentado en el asiento del conductor –reconociendo al imputado– quien le hacía sexo oral al otro sujeto, que resultó ser menor de edad, en atención a ello y previa lectura de sus derechos se trasladó al imputado y víctima a la unidad policial, se le dio cuenta al Fiscal y éste dispuso que se les llevara a la Fiscalía y después a este último al Hospital Regional.

A la defensora precisó que cuando les hacen control de identidad a los sujetos y les consultan por su edad, advierten que

uno de ellos era menor de edad pues así lo manifestó, a simple vista él no apreció que lo fuera, el menor era el que estaba de espaldas y tenía los pantalones abajo. Estimó inicialmente que el ilícito descubierto era mantener sexo oral en la vía pública.

d) Asimismo se contó con el testimonio de Juan Espinoza Toro, también Carabinero de la Segunda Comisaría de esta ciudad, que afirmó que cuando patrullaban en la ruta A 26 en sector de las piscinas aluvionales, divisaron una camioneta la cual fiscalizaron, constatando que afuera de ésta había un menor de edad –parado y mirando hacia dentro– y un sujeto mayor de edad sentando dentro del vehículo (reconociendo al imputado) que le hacía sexo oral al menor de edad quien estaba con los pantalones abajo. Explicó que a la distancia sólo vieron la camioneta y al llegar al lugar los sorprenden en las maniobras de sexo oral.

A la defensora dijo que inicialmente se acercaron al vehículo pues no tenía la placa patente, habida consideración del lugar y que sólo cuando les solicitan la cédula de identidad –en base al control de identidad realizado– se enteraron que uno de ellos era menor de edad.

e) En otro orden compareció Judith Riquelme Gálvez, psicóloga, quien declaró como perito, debida y previamente advertida en orden a que acorde con lo resuelto por la ltima. Corte de Apelaciones de esta ciudad el 8 de junio pasado, el acusado había hecho uso de su derecho a guardar silencio al inicio de la audiencia del juicio de manera que no podía en su exposición al tribunal, aludir a la declaración de los hechos del juicio, que éste le manifestó durante la realización de la pericia.

La perito dijo haber evaluado a Jorge Pérez León, aplicando tres instrumentos de evaluación: la entrevista clínica semiestructurada para evaluar aspectos de su historia vital, luego el test de Rochard para ver aspectos relevantes de su personalidad y el test de la figura humana para ver cómo se visualiza a sí mismo. Se mostró ansioso de contar su historia pero con buena predisposición a la evaluación, la que fue fluida y sin dificultad.

Concluyó que el sujeto posee una personalidad limítrofe inferior, lo que quiere decir que no es sana ni normal, los psicólogos la llaman de bajo nivel, pero sin alteraciones en el juicio de la realidad, saben distinguir lo real de aquello que no lo es, se trata de una personalidad influida por los afectos, éstos son los que le dan sentido a su percepción de la realidad. Lo anterior se traduce en que a nivel del pensamiento, como el suyo es concreto, se le dificultan los procesos de análisis y síntesis o ver los elementos de un modo global, considerar todos los aspectos de una situación particular, de modo que tiene una visión sesgada de la realidad, un tanto subjetiva a la hora de emitir juicios críticos.

Lo expuesto es relevante, pues el evaluado tiene poca capacidad para visualizar los aspectos positivos y negativos de sí mismo, lo que es básico para tener un aprendizaje significativo de la historia vital y poder corregir a futuro los errores cometidos. En el mismo sentido, aun cuando logra saber que cosas son buenas o malas, cuando percibe sus errores, culpa a otros de su ocurrencia.

A nivel afectivo o de emociones, éstas son pueriles, tiene dificultades para establecer lazos afectivos significativos y profundos, ya que es muy dependiente de sus instintos primarios, los que con dificultad controla, de modo que los emite desconsiderando el contexto, o sea sin capacidad para adecuarse a lo que socialmente se espera de él, entonces se vuelve dependiente de ellos, cuando siente ganas de hacer algo, simplemente actúa.

Señaló que trabaja en el Servicio Médico Legal como psicóloga legista, por ello todas las entrevistas y evaluaciones se hacen desde la perspectiva de un peritaje, no se trata de psicología clínica y por ello se pierde la confidencialidad propia de la relación psicólogo paciente y eso se les advierte a los evaluados, en el sentido que ella podría narrar o exponer ante un juez o colocar en un informe, todos aquellos antecedentes que se le proporcionen y en el evento de no querer responder a una pregunta, se dejará constancia de ello en el informe.

Precisó en relación al control de impulsos del imputado, que es fundamental para vivir en sociedad, supone el respeto de ciertas reglas sociales que se aprenden desde la infancia, los que lo logran pueden desenvolverse adecuadamente en la sociedad, por el contrario quienes no tienen ese control, actúan simplemente y posteriormente advierten el error, tampoco son capaces de adquirir un aprendizaje a partir de esa conducta, para no volver a hacerlo. Esas personas en el campo de la sexualidad podrían tener conductas desadaptativas.

A la defensora dijo que la personalidad es un conjunto de elementos que involucra aspectos cognitivos, afectivos, vinculados con la experiencia vital y aprendizaje en la vida, una determinada estructura de personalidad nos permite aprender el mundo, interpretarlo y dar una respuesta adecuada a ese mundo. La personalidad limítrofe inferior implica que las emociones fluyen por sobre la racionalización, la capacidad de aprender el mundo por personas así está interferida por la emoción, en el sentido que éstas son mayores que su capacidad de racionalizar. En relación a las distintas clasificaciones de la personalidad según Kember (sic), primero se encuentra la personalidad neurótica (la más sana), luego la limítrofe superior, después la limítrofe inferior y finalmente la personalidad psicótica, que es una personalidad disfuncional, totalmente desestructurada. En cambio la limítrofe inferior no es una personalidad desestructurada, sólo que se le da a la realidad un sentido teñido por los afectos, pero el juicio de realidad igual permanece conservado, o sea la realidad se percibe normalmente pero se le interpreta o da un sentido influido por su afectividad. Así por ejemplo el sentido que a la infidelidad le otorga una persona normal de aquel sentido que le puede dar un sujeto con personalidad limítrofe inferior, una persona así, fácilmente lo vislumbrará como un ataque hacia su persona, sin tener la capacidad de visualizar todos los aspectos a considerar.

f) Por último se aportaron los dichos de Claudia Bravo San Martín, médico legista del Servicio Médico Legal de Rancagua, quien como perito declaró a través del sistema de videoconferencia desde tal ciudad, manifestando que el 22 de febrero de 2007 examinó al menor P.A.R.A., que manifestó en la anamnesis que el 25 de enero pasado en horas de la tarde, un sujeto conocido de él –de aproximadamente 46 años– lo invitó a salir, llevándolo en su auto a un sector despoblado donde lo obligó a practicar sexo oral, realizándole tocaciones en la parte genital por sobre la ropa.

Al examen físico mental, se le observó orientado pero vago en su relato, con algunas lagunas. Corporalmente no presentaba lesiones. En la zona genital observó genitales masculinos adultos, con vello púbico uniformemente distribuido sin lesiones en el prepucio ni glande, como tampoco en los testículos ni escroto, órgano urinario bien implantado. Zona genital sin lesiones en prepucio ni glande. A nivel anal observó la piel perianal sin lesiones y un discreto borramiento de los pliegues a las horas 6 y 11 de las manillas de un reloj, con un esfínter tónico con adecuada contractilidad, sin lesiones, ni cicatrices ni desgarros recientes. Concluyó a un mes de los hechos acontecidos, no encontró evidencias de abusos sodomíticos pues la sola presencia de borramiento discreto de los pliegues anales, no explica por sí sola la existencia de tales abusos y afirmó que no tomó muestras, pues éstas se tomaron en el hospital donde inicialmente se atendió a la víctima.

Explicó al fiscal que aludió en su informe que el joven fue “vago en el relato con actitudes poco habituales en los patrones masculinos” y con ello quiso decir que a las preguntas formuladas, presentó actitudes más bien femeninas, muy específico y enfático en referir que sus relaciones sexuales eran sólo con mujeres, lo que habitualmente no se observa en las conductas masculinas.

Dijo también que el borramiento discreto y no total de los pliegues anales puede indicar que ha existido una penetración anterior en forma anal, ya sea completa o incompleta, como también secuelas de estitiquez cuando pequeño, presentando el evaluado la contextura física de un adulto.

Las relaciones sodomíticas consentidas vía anal entre adultos por lo general no dejan lesiones y en este caso de haber sido consentidas las pequeñas erosiones que se pueden causar sanan entre 7 a 10 días y son difíciles de advertir en forma posterior en un examen, las que en todo caso no constató en el periciado quien tampoco tenía desgarros ni cicatrices antiguas.

Al tribunal explicó que –en general– el borramiento de los pliegues anales se puede producir por varias circunstancias, como estreñimiento en el caso de los niños o por violación o actividad sodomítica habitual, aunque en este caso se causa un borramiento en forma total y por si solo no es concluyente, pues además se detectan otras cosas, como hipotonía muscular o contractilidad baja del esfínter, aspectos que no presentaba el joven evaluado, ya que sólo encontró el borramiento discreto de los pliegues anales. Respecto de la hipotonía muscular dijo que con la actividad sodomítica no habitual ésta puede desaparecer en el tiempo, en cambio con la actividad frecuente aumenta paulatinamente, pues las fibras musculares se distienden con la penetración anal, salvo en los pequeños en que la mucosa y fibras musculares se pueden romper con una penetración anal.

g) A través de su lectura resumida el acusador incorporó el certificado de nacimiento de P.A.R.A., nacido el 8 de febrero de 1989.

Sexto: Que la prueba a que se ha hecho referencia en el motivo que antecede, apreciada libremente, produjo en el

tribunal la convicción necesaria para establecer, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

1. Que el día 26 de enero de 2007, pasadas las 16:30 horas, el acusado se trasladó en una camioneta con el menor P.A.R.A., de 17 años de edad, a las cercanías de la Ruta A 26 Kilómetro 8, que une las ciudades de Antofagasta y Calama, lugar donde se estacionaron, para luego realizarle actos de relevancia y significación sexual al ofendido, con consentimiento de éste, consistentes en besarle en los labios y accederse carnalmente vía bucal en forma recíproca, siendo sorprendidos por Carabineros en circunstancias que el imputado le succionaba el pene al joven.

2. Que con anterioridad, en dos oportunidades, esto es, en el verano y a mediados del año 2006, en el mismo sector como también en las inmediaciones de La Portada, de esta comuna, el imputado accedió carnalmente vía anal y bucal, al menor ya señalado, con el consentimiento de éste, sin que mediaran las circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero.

Los hechos descritos más arriba constituyen el delito reiterado de sodomía, previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal, toda vez que el hechor accedió carnalmente vía anal y bucal a un varón menor de 18 años pero mayor de 14 años, quien consintió tales accesos, no concurriendo las circunstancias de los artículos 361 (violación), 363 (estupro) ni 367 ter (favorecimiento de la prostitución de menores impropio) todos artículos del Código Penal.

Los elementos del tipo así descrito –a los que se aludió en el considerando cuarto– se han establecido, en la forma como a continuación se explicará, principalmente a partir del relato del menor que para nuestro legislador debe ser estimado víctima, el joven P.R.A., de actualmente 18 años, que impresionó al tribunal como veraz no sólo por la manera en que prestó testimonio en la audiencia, sino que además, puesto que lo narrado por éste fue corroborado por el funcionario de Carabineros Alex Aguilera, ante quien prestó declaración el mismo día de los hechos y coincide –en cuanto aquello que ocurrió el día 26 de enero de 2007– con lo que presenciaron los aprehensores, Carabineros Dinamarca y Espinoza, que lo relataron coincidentemente en el juicio, esto es, que lo sorprendieron en un lugar cercano a la Ruta A 26, en los instantes en que el acusado le practicaba sexo oral al menor y si bien esa conducta divisada por los Carabineros no configura el ilícito acreditado, pues se hace necesario que el sujeto activo es decir el acusado, sea quien introduzca su pene en la boca del joven, P.R. afirmó que antes de la llegada de los funcionarios “le hizo sexo oral a Jorge, precisando que eso significaba chuparle el pene metiéndolo dentro de su boca”, claramente entonces existió –en esa ocasión– acceso carnal vía bucal, siendo el menor de edad el accedido con el órgano viril del acusado.

Respecto de los episodios de acceso carnal vía bucal y anal acontecidos a inicios y mediados del año 2006, no sólo el joven P. los relató detalladamente al tribunal, sino que éstos fueron reconocidos por el propio imputado cuando durante la investigación declaró ante el Fiscal en presencia del Subteniente de Carabineros Alex Aguilera, de modo que tales dichos complementaron en forma importante el testimonio del menor involucrado, lo que reviste especial interés, puesto que la perito médico legista refirió que el borramiento de los pliegues anales hallados en el ofendido era discreto y no sólo se explicaban por una penetración anal, también podían obedecer a problemas de estitíquez durante la infancia. Explicó además que las relaciones anales consentidas realizadas en forma habitual dejaban otras evidencias (hipotonía muscular o baja contractilidad del esfínter) que ella no advirtió en el evaluado, agregando que tales relaciones cuando causan pequeñas erosiones, éstas tardan en sanar entre 7 a 10 días y ella examinó al muchacho, casi un mes después del episodio descubierto, de manera que el borramiento discreto de sus pliegues anales no era categóricamente revelador de la penetración anal que durante la investigación reconoció el acusado, lo que fue introducido en el juicio válidamente a través de los dichos del funcionario policial antes aludido.

En otro punto y adelantándonos a algunas observaciones realizadas por la defensora en su alegato de clausura, atendida la edad del menor que se ha estimado víctima (que cumplió su mayor edad a las semanas de ocurrido el último de los episodios) y por ello estaba en condiciones de relatar en forma clara y precisa los acontecimientos, no se hacía necesario –como ésta lo arguyó– avalar técnicamente su credibilidad a través de alguna pericia psicológica, bastando para ponderar su credibilidad la consistencia y coherencia del relato con las restantes pruebas ofrecidas, como también su persistencia en la medida que la única contradicción que la defensa intentó evidenciar con aquello que declaró en la etapa de investigación –relacionada con la edad que le dijo al acusado que tenía– fue debidamente explicada en el juicio. Cierzo es que la defensa puso en duda la credibilidad del joven sustentándolo en el reconocimiento que éste hizo de que cuando conoció por “chat” al acusado no le proporcionó su verdadero nombre, sin embargo siendo de público conocimiento que en tales sistemas de comunicación vía Internet es una práctica el uso de nombres inventados o “nick names”, tal actitud no puede interpretarse como indiciaria de una personalidad fabuladora o mentirosa, que haya ameritado una pericia de veracidad, que por lo general se les practica a los menores de corta edad, que por lo mismo pueden presentar alguna dificultad de expresión o de connotación de la realidad y experiencias vividas.

Se descartaron además –aun cuando la defensa no lo alegó– la existencia de motivaciones subjetivas en el menor con relación al acusado, que llevaran a pensar que se le incriminaba injustamente y ello básicamente atendida la forma fortuita en que los hechos ahora juzgados fueron descubiertos por personal policial, con evidente molestia e incomodidad no sólo para el acusado sino también para el menor involucrado.

Séptimo: Recapitulando en cuanto a la forma cómo la prueba rendida permitió acreditar los elementos del tipo ya descrito y relacionándolo con lo que ya se dijo en el motivo cuarto, tenemos como primera cuestión y que no fue objeto de discusión, que el sujeto pasivo era menor de 18 y mayor de 14 años, pues tenía a la época en que ocurren los tres hechos acreditados, 16 o 17 años de edad, toda vez que ello se estableció con su certificado de nacimiento donde consta que nació el 8 de febrero de 1989, en consecuencia en el verano del 2006 pudo tener 16 o 17 años, luego a mediados del 2006 y en enero de 2007 ya contaba con 17 años.

En cuanto a la existencia del acceso carnal vía anal, configurado en los dos primeros episodios, tiene razón la defensora al afirmar que no pudieron ser establecidos únicamente a partir de los discretos borramientos de los pliegues anales, sin embargo ese hallazgo era de todos modos compatible con una penetración anal y en tal sentido la pericia –unida por cierto a los dichos de la víctima y del acusado durante la investigación– se transformó en un antecedente de corroboración objetivo de los hechos imputados.

Finalmente las conductas de sexo oral que el joven le practicó al acusado introduciendo el pene de éste en la cavidad bucal de aquél, fueron estimados comprensivos del acceso carnal exigido por el legislador, haciendo una interpretación sistemática del precepto por el cual se acusó, que alude en su redacción a la violación y el estupro, ilícitos que también comprenden el acceso carnal vía bucal o sexo oral, que en este caso también fue suficientemente acreditado con el testimonio del joven y el tantas veces aludido, del acusado en sede fiscal.

Octavo: Establecida la comisión del delito reiterado, reconociendo que en los motivos precedentes también se ha argumentado en torno a la participación establecida, por razones metodológicas se hace necesario explicar cómo el tribunal pudo arribar a la conclusión que a Pérez León le correspondió participación en calidad de autor inmediato y directo en los hechos acreditados.

Dijimos que el principal elemento incriminador resultó ser la declaración del menor sujeto pasivo de la conducta, ya suficientemente reproducida y ponderada en cuanto a su credibilidad, corroborada por el testimonio de oídas del funcionario de Carabineros Alex Aguilera, que no sólo escuchó su relato el mismo día de los hechos, idéntico al prestado en el juicio, sino que además presenció la confesión que el acusado realizó ante el Fiscal.

Corroborar también la participación del acusado las circunstancias en que fue detenido, de las que dieron cuenta los Carabineros Dinamarca y Espinoza, esto es, en los precisos instantes en que el menor dejaba que el acusado le succionara el pene, de modo que resulta plausible lo expuesto por el muchacho en orden a que antes de ser sorprendidos el acusado lo había penetrado a él bucalmente y que el año anterior se había juntado con él en el mismo lugar y otro (La Portada) ocasiones en que no sólo se practicaron recíprocamente sexo oral, sino que además fue penetrado analmente por aquél y ya se dijo que tal afirmación es consistente –aun cuando no es concluyente en forma aislada– con los hallazgos de la perito legista en los pliegues anales del joven.

Volviendo a los testimonios incriminatorios –como tantas veces lo ha dicho este tribunal– éstos resultaron completos y circunstanciados, mismos que unido a los demás testimonios prestados durante el desarrollo del juicio como también en base a aquello que reconoció el acusado durante la investigación.

Por otra parte, las declaraciones señaladas se practicaron con las debidas garantías que ofrece la contradictoriedad y publicidad de la audiencia, sin que se insinuara ni acreditara por la defensa la existencia de razones objetivas o subjetivas que hicieran dudar de su veracidad, por lo cual contando el tribunal con la facultad de establecer la credibilidad de los referidos testimonios, éstos permitieron desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

Así se logró unívocamente llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, que el acusado intervino en la ejecución de los ilícitos establecidos, de una manera inmediata y directa, esto es, como autor de los mismos, conforme a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.



Noveno: Aun cuando en los motivos que anteceden el tribunal se ha hecho cargo de gran parte de las alegaciones que la defensora realizó en la etapa de clausura, resta por analizar –que a diferencia de lo anticipado en el alegato de apertura, donde cuestionó únicamente el carácter de reiterado del ilícito– al finalizar el debate planteó que en base a la contextura física del menor involucrado y su aspecto de sujeto adulto, su defendido habría incurrido en un error de tipo sin que haya sido necesario que así lo planteara el acusado prestando declaración. Señaló la defensa que tal posibilidad fluyó de la prueba de cargo, lo que el tribunal no comparte, rechazando en consecuencia la petición, pues siendo cierto que tanto a la perito médico legista como a los funcionarios aprehensores, el joven P.R. les impresionó como un sujeto adulto, de hecho los Carabineros sólo constataron su minoría de edad, cuando éste les exhibió su cédula de identidad e incluso cuando tal percepción puede también extenderse a los miembros de este tribunal, no puede soslayarse que la prueba fiscal dejó fuera de toda duda que el imputado siempre supo que el joven que conoció vía “chat” y con el que posteriormente se involucró sexualmente, era menor de 18 años, tenía en la época en que se conocen 16 años, accediéndolo carnalmente vía anal y bucal en tal período, como también cuando contó con 17 años. Y aquello se estableció no sólo por lo manifestado por el joven en el juicio cuando afirmó que cuando “chateaba” con él le hizo saber que tenía 16 años y posteriormente cuando se juntó con éste le comentó que ya había cumplido los 17 años; sino particularmente con el reconocimiento que el acusado hizo en sede extrajudicial en orden a que conocía que el muchacho tenía menos de 18 años, así las cosas realizó la acción típica con voluntad y pleno conocimiento de la totalidad de sus elementos, lo que excluye por completo el error de tipo invocado.

Luego señaló que la reiteración no pudo ser acreditada partiendo de la escasa credibilidad que le otorgó al joven que “chateando con el acusado” le dio un nombre diverso del verdadero, argumentación ya analizada por el tribunal como también aquella por la que solicitó que no se ponderara –en lo tocante a la reiteración– los dichos del Carabinero ante quien declaró el acusado extrajudicialmente.

Décimo: Como circunstancias atenuantes, tenemos que al acusado le beneficia la irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal reconocida por el acusador y que el tribunal acogerá con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes carente de anotaciones penales anteriores a esta causa.

La defensa también invocó en beneficio de su representado la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, en la medida que el tribunal le otorgara valor probatorio a los dichos del funcionario Alex Aguilera, quien presenció la confesión del acusado en sede fiscal. Y como el tribunal efectivamente ponderó positivamente tal declaración, estimando que contribuyó no sólo a acreditar la participación del acusado en el ilícito sorprendido el 26 de enero pasado, sino que fue importante para el establecimiento de los dos ilícitos cometidos anteriormente, la minorante en comento le será reconocida, puesto que además complementó las conclusiones de la pericia médico legista practicada al joven P.R.

Por el contrario se rechazará la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 1 del Código Penal, en base a la personalidad limítrofe inferior que la perito psicóloga Judit Riquelme Gálvez señaló que poseía el encartado y que en tal sentido su personalidad se veía influida por los afectos, aquellos serían los que le dan sentido a su percepción de la realidad. El rechazo de la minorante se hace en base a que la perito fue categórica en señalar que pese a tal estructura de personalidad el acusado poseía su juicio de realidad conservado, traducándose su problemática en el escaso control de impulsos primarios, puesto que actúan acorde ellos y luego racionalizan lo realizado, siendo proclives por ello a tener conductas desadaptativas en el campo de la sexualidad. Insistió la perito que aun tratándose de una personalidad limítrofe no es desestructurada como la psicótica, de manera que su realidad aparece “teñida” por los afectos, en modo alguno alterada por éstos, de manera que no es procedente atenuar en base a ello su responsabilidad penal.

Undécimo: Que la figura de sodomía de la cual se ha estimado responsable al acusado se encuentra sancionada con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Luego acorde al artículo 68 del Código Penal, el tribunal puede imponer la inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, estimando en este caso rebajar en dos grados, habida consideración de la entidad de las atenuantes acogidas, en efecto se trata de un sujeto que con casi 50 años de vida se ha mantenido exento de todo reproche penal y respecto de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos prestada, se ha ponderado de manera importante además de las razones ya señaladas al analizar la minorante, en la medida que se allanó a prestar declaración ante el Fiscal el mismo día en que fue detenido, prescindiendo voluntariamente de contar en tal diligencia con la asesoría letrada a la que tenía derecho.

Luego encontrándonos frente a ilícitos reiterados de la misma especie que pueden ser estimados como un solo delito, de acuerdo al artículo 351 del Código Procesal Penal, se impondrá la pena a tal infracción aumentándola en un grado, de modo que el tramo se extiende desde la reclusión menor en su grado medio a máximo. En seguida ya habíamos indicado que ponderaríamos las atenuantes rebajando la pena en dos grados a partir del mínimo, de manera que llegamos a una

pena única de prisión en su grado máximo, regulándola en 41 días, alternativa que es más beneficiosa para el acusado que aplicar las sanciones en forma separada acorde al artículo 74 del Código Penal, puesto que por tal vía se llega a 3 penas de 21 días de prisión en su grado medio, que suman 63 días.

Duodécimo: Reuniendo el acusado los requisitos del artículo 4º de la ley Nº 18.216 se le concederá el beneficio de la remisión condicional de la pena establecido en dicho precepto legal, en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Decimotercero: Aun cuando no formó parte de las alegaciones de este juicio, el tribunal se hará cargo del evidente cuestionamiento –con fuertes argumentos– que parte de nuestra sociedad actual realiza a la penalización de los delitos como el ahora juzgados, que subsisten en escasas legislaciones. Recordemos que en la nuestra permanece de modo restringido –como se dijo únicamente cuando está involucrado un menor de 18 años– respecto del cual se ha pretendido proteger su indemnidad sexual, entendiendo –como se hizo constar en el informe de la comisión mixta y también en la comisión de constitución, legislación y justicia del Senado que esta conducta constituía un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad.

No le compete al juez desconocer el reconocimiento que legislativamente se realizó a través de este precepto, disvalorando las relaciones homosexuales por sobre las heterosexuales y con ello reconociendo que los bienes jurídicos tienen un contenido ético y moral, que al verse transgredidos por una conducta típica, antijurídica y culpable, deben ser sancionados por mandato de nuestra Constitución Política.

Este tribunal finalmente hace presente, que tal como ya se ha expuesto, la sanción de la conducta en que ha incurrido el imputado obedece a la adecuación de su proceder a una norma legal vigente que describe y sanciona dicha acción, y si bien se puede discutir por algunos su constitucionalidad –al estimarse por algunos sectores que es atentatoria contra la libertad de las personas para escoger su opción sexual– no es menos cierto que en el juicio no se acreditó, de manera alguna, que entre el acusado y el adolescente existía un vínculo afectivo o sentimiento que pudiese llevar a estos sentenciadores a concluir que existía algo más permanente y duradero que el mero capricho de saciar una pasión o satisfacer un instinto, sin olvidar tampoco que una relación entre dos personas que tienen cerca de 30 años de diferencia de edad –uno de los cuales era además menor de edad resulta socialmente discutible incluso para parejas heterosexuales.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 11 Nº 6, 11 Nº 9, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 24, 26, 30, 45, 50, 68, 365 y 372 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal y artículos pertinentes de la ley Nº 18.216, se declara:

I. Se condena a Jorge Arturo Pérez León, ya individualizado, a la pena única de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, como autor de tres delitos de sodomía, previstos y sancionados en el artículo 365 del Código Penal, perpetrados en esta ciudad los dos primeros en el verano y a mediados del año 2006 y el tercero el 26 de enero de 2007, cometidos en la persona del entonces menor de iniciales P.A.R.A.

II. Se le condena, asimismo, a la pena accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

III. Asimismo se le condena a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designe y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, en el sentido que deberá informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual, obligación cuyo incumplimiento configurará la falta prevista en el artículo 496 Nº 1 del Código Penal.

Además se le condena a la pena de 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.

IV. Reuniendo los requisitos de la ley Nº 18.216 se le concede al acusado el beneficio de la remisión condicional de la pena fijándose un lapso de observación de un año, ante el Centro de Reinserción Social que designe o Antofagasta en subsidio, al que deberá presentarse dentro de quinto día de ejecutoriada esta sentencia. Si el beneficio le fuere revocado o dejado sin efecto, cumplirá su pena íntegra y efectivamente sirviéndole de abono los días que hubiere permanecido privado de libertad por esta causa según los mayores antecedentes jurisdiccionales con los que cuente el

Juzgado de Garantía.

Oficiése a los organismos que corresponda comunicando lo resuelto y remítase copia de esta sentencia al tribunal de garantía de esta ciudad para su cumplimiento.

Devuélvase al Ministerio Público la documentación acompañada.

Regístrese.

Redactada por la juez doña Claudia Lewin Arroyo.

Pronunciada por los jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta doña Virginia Soubllette Miranda, don Wilfred Ziehlmann Zamorano y doña Claudia Lewin Arroyo.

RIT 122 2007.

Texto Sentencia Tribunal Base:

#### TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Antofagasta, 10 de agosto de 2007.

Vistos y considerando:

Primero: El siete de este mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la juez Presidente de la Sala doña Virginia Soubllette Miranda y los jueces don Wilfred Ziehlmann Zamorano y doña Claudia Lewin Arroyo, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa R.I.T. N° 122 2007, seguida por el delito reiterado de sodomía en contra de Jorge Arturo Pérez León, cédula nacional de identidad N° 7.641.387 8, chileno, soltero, 47 años, analista de sistemas, actualmente sin trabajo, domiciliado en Pasaje Hicks N° 160 departamento 201, Gran Vía, de Antofagasta.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto don Cristián Aguilar Aranela, con domicilio en calle Condell N° 2235 de esta ciudad, en tanto que la defensa del imputado estuvo a cargo de la defensora penal licitada doña Cristina Gallegos Orellana, domiciliada en calle Latorre N° 2631 5º piso, Antofagasta.

Segundo: Que la acusación del Ministerio Público tuvo por fundamento la siguiente relación de hechos, según se lee del auto de apertura del juicio: "Que, el día 26 de enero de 2007, pasadas las 16:30 horas, el acusado fue en una camioneta con el menor P.A.R.A., de 17 años de edad, a un sector ubicado en la Ruta A 26 Kilómetro 8 de esta ciudad, donde se estacionaron, para luego realizarle actos de relevancia y significancia sexual al ofendido, de forma voluntaria, consistentes en besarlo en los labios, tocarle su cuerpo y accederse carnalmente vía bucal, recíprocamente, siendo a continuación y en esas circunstancias sorprendidos por la policía. Que estos actos se han realizado con antelación en el tiempo, a partir del año 2005, en distintas oportunidades, en el mismo sector y en La Portada, de esta comuna, consistentes en acceder carnalmente el imputado, vía anal y bucal, a la víctima, con el consentimiento de esta última, sin que existan en estos episodios circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero."

El acusador calificó los hechos contenidos en la acusación como constitutivos del delito reiterado de sodomía previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal, atribuyendo en los mismos al acusado participación en calidad de autor conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público sostuvo que beneficia al acusado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior sin que le perjudiquen agravantes, requiriendo se le condene –conforme al artículo 351 del Código Procesal Penal– a una pena corporal de tres años de reclusión menor en su grado medio, accesoria del artículo 30 del Código Penal, sin perjuicio de la pena de interdicción del derecho de ejercer guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley indique, sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo permitido, como también las descritas en el inciso 2° del artículo 372 del referido código y el pago de las costas de la causa.

Este interviniente, en su alegato de apertura, se refirió al modo cómo la prueba que rendiría acreditaría tanto los hechos como la participación del acusado.

Tercero: La defensa del acusado en su alegato de apertura, se limitó a manifestar que el Ministerio Público no podría acreditar la reiteración del delito por el cual acusó a su parte.

El acusado, haciendo uso del derecho a guardar silencio, no prestó declaración en el juicio como medio de defensa.

Sin embargo, en tal sentido, no está de más señalar que la defensa del acusado incidentó durante la audiencia pretendiendo que se restringiera el testimonio de los tres funcionarios de Carabineros que depusieron en el juicio, en el sentido de impedirles –aun cuando el auto de apertura no lo hacía– que pudieran referirse a aquello que el acusado les reconoció durante la investigación, pues de ese modo se vulneraría el derecho de guardar silencio que como se ha dicho el acusado optó por ejercer durante el juicio, mas no así en sede fiscal. Aun cuando el tribunal desestimó lo pedido por la defensa y permitió que los funcionarios policiales prestasen su testimonio sin restricción alguna, no está de más señalar –frente a la posibilidad insinuada por aquélla, de recurrir de nulidad– que el tribunal lo resolvió así teniendo en consideración lo resuelto por la Excm. Corte Suprema en causa Rol 922 04 (Rit 152 2003 de este tribunal) con fecha 27 de abril de 2004, en que conociendo de un recurso de nulidad fundado en una situación similar, en la que no sólo se escuchó el testimonio de funcionarios policiales que escucharon la confesión del acusado sino que además se le otorgó pleno valor probatorio a tales declaraciones. En efecto en el fallo citado se dice que “Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculcado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella”.

Distinta fue la situación a la que –como se verá al reproducir la prueba rendida– nos enfrentamos cuando debió ser escuchada la perito psicóloga Judith Riquelme Gálvez, a quien sí expresamente se le advirtió que no podía aludir a aquello que el acusado le manifestó respecto de los hechos imputados, durante la evaluación pericial que realizó. Lo anterior aun cuando para el tribunal la referida perito se encontraba en idéntica situación que la de los funcionarios policiales, sin embargo se nos allegó a los antecedentes lo resuelto por la Ittma. Corte de Apelaciones de esta ciudad que conociendo de un recurso interpuesto por el Ministerio Público en esta causa en contra del auto de apertura del juicio que había restringido el alcance de aquello que podía declarar la perito en la audiencia, impidiéndole que se refiriera directa o indirectamente a los hechos contenidos en la acusación.

Ahora bien, aun cuando la resolución de alzada revocó el auto de apertura recurrido declarando que la perito aludida podía exponer acerca de la pericia practicada al acusado en su totalidad, en su motivo noveno señaló: “No obstante, si en la audiencia celebrada ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, el imputado decide ejercer su derecho a guardar silencio –como efectivamente ocurrió– será este tribunal, evaluando las pruebas y desarrollo del juicio en el momento, quien deberá limitar la exposición del perito para mantener el libre ejercicio de esta garantía procesal...” Así la perentoria estimación de aquel tribunal en orden a respetar la mentada restricción so pena de vulnerar el ejercicio de ese derecho directamente vinculado con el derecho a defensa, nos llevó a imponernos parcialmente del contenido de la evaluación pericial del acusado.

Cuarto: Volviendo entonces al delito de sodomía imputado, tenemos que parte de la doctrina (profesor Luis Rodríguez Collao) lo denomina como corrupción de menores. Este ilícito, actualmente y desde julio del año 1999, se encuentra “restringidamente” regulado en el artículo 365 del Código Penal, ello en relación a la redacción que tal precepto tenía antes de aquella fecha, cuando se penalizaba la cópula sexual entre dos varones adultos, en circunstancias que hoy se sanciona únicamente cuando el varón accedido sea menor de edad y de allí que se aluda a una regulación más restringida, no obstante lo cuestionado que pueda ser que nuestro legislador penalice el libre ejercicio de la actividad homosexual entre varones –cuando uno de ellos tenga entre 14 y 18 años– y en la misma situación no sancione la misma conducta entre mujeres o las relaciones heterosexuales consentidas. Aun cuando no fue discutido por la defensa en este juicio, el

tribunal se hará cargo más adelante –cuando se razone acerca de la calificación jurídica de los hechos– del bien jurídico que nuestro legislador estimó vulnerado con este tipo de conductas.

Recapitulando, en la actualidad se requiere que un sujeto (varón) acceda carnalmente a un menor de 18 años (y como se verá, mayor de 14 años) de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro.

Así quedan excluidos como sujetos pasivos (accedidos) los menores de 14 años, pues en tal caso, nos enfrentaríamos siempre a un delito de violación.

Luego por acceso carnal debe ser entendido, en el mismo sentido que el Código le otorga para los delitos de violación y estupro, es decir penetración con el miembro viril, sin embargo, el artículo 365 en análisis no precisó por que vías se realizaría tal penetración. Ciertamente –entendiendo que se sanciona una conducta entre varones– la vía vaginal queda descartada, estimando el tribunal que se comprenden tanto los accesos vía anal como bucal, siguiendo en este punto al profesor Mario Garrido Montt, discrepando de aquello que plantea don Luis Rodríguez Collao, que deja fuera la penetración bucal o sexo oral (Derecho Penal Tomo III Parte Especial, pág. 432 y Delitos Sexuales de conformidad con la ley N° 19.617 de 1999, pág. 251, respectivamente).

Quinto: Con el fin de establecer la concurrencia de los elementos típicos reseñados, el Ministerio Público presentó prueba testimonial, pericial y documental.

a) Así en primer término se aportó la declaración del joven P.A.R.A., quien manifestó tener 18 años, ser soltero, estudiante de cuarto año medio y que vivía con sus tíos y primos. Dijo que en horas de la tarde del 26 de enero de 2007 se comunicó con Jorge –señalando al acusado– para ello lo llamó a su celular “pinchándolo” y luego éste le devolvió el llamado, para juntarse cerca del “Lider”, en calle Valdivia y luego se fueron en camioneta a un cerro cerca de la carretera norte a la salida de Antofagasta, en tal lugar se besaron en la cara y boca, después se bajaron de la camioneta, ambos se desabrochan y bajan los pantalones para practicarse sexo oral, explicó que él al principio no quería, estaba asustado, con el presentimiento que serían sorprendidos, pero igual le hizo sexo oral a Jorge, precisando que eso significaba chuparle el pene metiéndolo dentro de su boca, después Jorge se sentó en la silla del conductor y se tiró en el asiento hacia atrás pidiéndole que él se subiera encima, luego de que se negara en dos ocasiones por temor a que los pillaran, llegaron los carabineros en moto.

Dijo que a Jorge lo conoció “chateando” por Internet, a fines del año 2005, entonces él tenía 16 años y así se lo hizo saber a Jorge. Después se juntó con él dos veces antes que el día en que fueron sorprendidos. La primera vez fue en el verano del 2006 –aproximadamente– juntándose en el sector de “La Portada” en horas de la tarde, entonces fueron en otro vehículo y se dieron besos, ambos mantuvieron sexo oral, es decir que recíprocamente se succionaron el pene y también sexo anal, es decir que Jorge le introdujo su pene en el ano.

En la segunda ocasión –a mediados del año 2006– fueron en vehículo, en horas de la tarde al mismo cerro donde los pillan el 2007, ocurrió lo mismo, o sea tuvieron sexo oral entre ambos y después de bajarse de la camioneta Jorge lo penetró analmente, para ello ambos se bajaron los pantalones. Preciso que las dos primeras veces todo fue voluntario, pero la última vez él “como que no quería”, pues pensó que podía llegar alguien, pero Jorge le decía que no pasaría nada.

Dijo no haber tenido ninguna relación sentimental con Jorge. En las ocasiones que estuvieron juntos, Jorge no le dio regalos ni dinero, tampoco usó de fuerza física o lo golpeó y sólo Jorge lo penetró analmente a él, no a la inversa.

A la defensa puntualizó que a Jorge no le dio su verdadero nombre, le inventó uno.

Dijo haber cumplido 18 años el 8 de febrero pasado.

Para evidenciar una contradicción se le confrontó con aquello que declaró el 26 de enero pasado en sede fiscal, donde afirmó que le señaló a Jorge que tenía 17 años y explicó que cada vez que se juntaba con él, como iba creciendo le decía a Jorge la edad que tenía, o sea cuando lo conoció le dijo que tenía 16 años y en la ocasión en que los sorprenden le dijo que tenía 17 años.

b) Compareció como testigo Alex Aguilera Berríos, Subteniente de Carabineros, el cual señaló que a fines de enero del 2007 se encontraba como jefe del segundo turno de la Segunda Comisaría y personal a su cargo le comunicó que en el sector del km. 8 de la ruta que une las ciudades de Antofagasta y Calama, sorprendieron a un vehículo sin patente –cerca de las vías aluvionales– y en su interior a dos varones manteniendo sexo oral, cuando se les realizó el control de identidad se advirtió que uno de ellos era menor de edad. Informado el Fiscal, éste pidió que tanto la víctima como el imputado fuesen llevados a dependencias de la fiscalía, donde el propio Fiscal le advirtió a este último de su derecho a guardar silencio y renunciando al mismo declaró manifestando que conocía desde hacía un año al menor de edad, vía “chat”, sabía de su minoría de edad, pues antes habían tenido otros encuentros, luego el joven se fue a vivir a la ciudad de Rancagua y había regresado a esta ciudad para visitar a familiares, fue así que aquel día el menor había tomado contacto telefónico con él. En cuanto a los dichos del imputado –al cual reconoció en la audiencia– éste señaló que antes –unas 3 veces– había tenido contacto sexual con el menor, en el sector de La Portada y también en las quebradas, a veces los contactos fueron vía anal, reconociendo haber penetrado al menor con preservativos y en otras ocasiones vía oral, en el sentido que ambos se habían chupado el pene en forma recíproca. El imputado también dejó claro que no le hizo regalos ni le ofreció dinero al joven y que todo fue voluntario.

Consultado por aquello que dijo la víctima, ésta reconoció que había conocido a través del “chat” al acusado y que aquel día lo contactó vía telefónica pues había venido a Antofagasta para ver a unos familiares. Preciso el menor que ese día había estado “un tanto obligado por el adulto”, pues se sentía incómodo ya que temía ser observado y sólo habían tenido contacto vía oral en forma mutua. También se refirió a que en otras ocasiones –cuando el joven residía en esta ciudad– había tenido encuentros con el imputado en el sector de La Portada y también donde se les sorprendió, y en ellos el adulto también lo había penetrado con el pene por el ano usando preservativos. El menor también añadió que nunca se le dio dinero o se le golpeó por ello.

Preciso el deponente que él no participó en el procedimiento de detención, sino que le correspondió asistir al Fiscal, en el sentido que debió presenciar las declaraciones que prestaron tanto el imputado como el menor, todo ello a petición del Fiscal y que en tal ocasión no se llamó al abogado defensor.

A la defensora precisó que ambos se refirieron a dos o tres encuentros anteriores.

Al tribunal precisó que al imputado se le señaló expresamente que antes de prestar declaración podía contar con la presencia de un abogado, sin embargo renunció a su derecho a guardar silencio, el sujeto estaba detenido y sólo estaban presentes él y el Fiscal. Como no participó en la aprehensión no tenía claridad de la hora exacta en que fue detenido el imputado, pero sí que fue cerca de las 17 horas, prestando declaración en la Fiscalía alrededor de las 18,00 horas.

c) También declaró Alex Dinamarca Guajardo, Carabinero de la Segunda Comisaría de esta ciudad, quien señaló que el 26 de enero de 2007 alrededor de las 17,00 horas patrullaba en forma preventiva para pesquisar ilícitos como el tráfico de drogas. Lo hacía en moto junto al carabinero Espinoza Toro en el sector de las piscinas aluvionales, por la ruta B 26 (salida a Calama) y a la altura del km. 8, divisaron a lo lejos una camioneta sin patente en su parte posterior, se acercaron con los motores apagados y sorprenden a un sujeto –por el lado del conductor– que tenía los pantalones bajos hasta la rodilla en tanto que el otro le practicaba sexo oral, por tal motivo los fiscalizaron consultando por sus nombres, precisó que era el adulto sentado en el asiento del conductor –reconociendo al imputado– quien le hacía sexo oral al otro sujeto, que resultó ser menor de edad, en atención a ello y previa lectura de sus derechos se trasladó al imputado y víctima a la unidad policial, se le dio cuenta al Fiscal y éste dispuso que se les llevara a la Fiscalía y después a este último al Hospital Regional.

A la defensora precisó que cuando les hacen control de identidad a los sujetos y les consultan por su edad, advierten que uno de ellos era menor de edad pues así lo manifestó, a simple vista él no apreció que lo fuera, el menor era el que estaba de espaldas y tenía los pantalones abajo. Estimó inicialmente que el ilícito descubierto era mantener sexo oral en la vía pública.

d) Asimismo se contó con el testimonio de Juan Espinoza Toro, también Carabinero de la Segunda Comisaría de esta ciudad, que afirmó que cuando patrullaban en la ruta A 26 en sector de las piscinas aluvionales, divisaron una camioneta la cual fiscalizaron, constatando que afuera de ésta había un menor de edad –parado y mirando hacia dentro– y un sujeto mayor de edad sentado dentro del vehículo (reconociendo al imputado) que le hacía sexo oral al menor de edad quien estaba con los pantalones abajo. Explicó que a la distancia sólo vieron la camioneta y al llegar al lugar los sorprenden en las maniobras de sexo oral.

A la defensora dijo que inicialmente se acercaron al vehículo pues no tenía la placa patente, habida consideración del lugar y que sólo cuando les solicitan la cédula de identidad –en base al control de identidad realizado– se enteraron que uno de ellos era menor de edad.

e) En otro orden compareció Judith Riquelme Gálvez, psicóloga, quien declaró como perito, debida y previamente advertida en orden a que acorde con lo resuelto por la II<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de esta ciudad el 8 de junio pasado, el acusado había hecho uso de su derecho a guardar silencio al inicio de la audiencia del juicio de manera que no podía en su exposición al tribunal, aludir a la declaración de los hechos del juicio, que éste le manifestó durante la realización de la pericia.

La perito dijo haber evaluado a Jorge Pérez León, aplicando tres instrumentos de evaluación: la entrevista clínica semiestructurada para evaluar aspectos de su historia vital, luego el test de Rochard para ver aspectos relevantes de su personalidad y el test de la figura humana para ver cómo se visualiza a sí mismo. Se mostró ansioso de contar su historia pero con buena predisposición a la evaluación, la que fue fluida y sin dificultad.

Concluyó que el sujeto posee una personalidad limítrofe inferior, lo que quiere decir que no es sana ni normal, los psicólogos la llaman de bajo nivel, pero sin alteraciones en el juicio de la realidad, saben distinguir lo real de aquello que no lo es, se trata de una personalidad influida por los afectos, éstos son los que le dan sentido a su percepción de la realidad. Lo anterior se traduce en que a nivel del pensamiento, como el suyo es concreto, se le dificultan los procesos de análisis y síntesis o ver los elementos de un modo global, considerar todos los aspectos de una situación particular, de modo que tiene una visión sesgada de la realidad, un tanto subjetiva a la hora de emitir juicios críticos.

Lo expuesto es relevante, pues el evaluado tiene poca capacidad para visualizar los aspectos positivos y negativos de sí mismo, lo que es básico para tener un aprendizaje significativo de la historia vital y poder corregir a futuro los errores cometidos. En el mismo sentido, aun cuando logra saber que cosas son buenas o malas, cuando percibe sus errores, culpa a otros de su ocurrencia.

A nivel afectivo o de emociones, éstas son pueriles, tiene dificultades para establecer lazos afectivos significativos y profundos, ya que es muy dependiente de sus instintos primarios, los que con dificultad controla, de modo que los emite desconsiderando el contexto, o sea sin capacidad para adecuarse a lo que socialmente se espera de él, entonces se vuelve dependiente de ellos, cuando siente ganas de hacer algo, simplemente actúa.

Señaló que trabaja en el Servicio Médico Legal como psicóloga legista, por ello todas las entrevistas y evaluaciones se hacen desde la perspectiva de un peritaje, no se trata de psicología clínica y por ello se pierde la confidencialidad propia de la relación psicólogo paciente y eso se les advierte a los evaluados, en el sentido que ella podría narrar o exponer ante un juez o colocar en un informe, todos aquellos antecedentes que se le proporcionen y en el evento de no querer responder a una pregunta, se dejará constancia de ello en el informe.

Precisó en relación al control de impulsos del imputado, que es fundamental para vivir en sociedad, supone el respeto de ciertas reglas sociales que se aprenden desde la infancia, los que lo logran pueden desenvolverse adecuadamente en la sociedad, por el contrario quienes no tienen ese control, actúan simplemente y posteriormente advierten el error, tampoco son capaces de adquirir un aprendizaje a partir de esa conducta, para no volver a hacerlo. Esas personas en el campo de la sexualidad podrían tener conductas desadaptativas.

A la defensora dijo que la personalidad es un conjunto de elementos que involucra aspectos cognitivos, afectivos, vinculados con la experiencia vital y aprendizaje en la vida, una determinada estructura de personalidad nos permite aprender el mundo, interpretarlo y dar una respuesta adecuada a ese mundo. La personalidad limítrofe inferior implica que las emociones fluyen por sobre la racionalización, la capacidad de aprender el mundo por personas así está interferida por la emoción, en el sentido que éstas son mayores que su capacidad de racionalizar. En relación a las distintas clasificaciones de la personalidad según Kember (sic), primero se encuentra la personalidad neurótica (la más sana), luego la limítrofe superior, después la limítrofe inferior y finalmente la personalidad psicótica, que es una personalidad disfuncional, totalmente desestructurada. En cambio la limítrofe inferior no es una personalidad desestructurada, sólo que se le da a la realidad un sentido teñido por los afectos, pero el juicio de realidad igual permanece conservado, o sea la realidad se percibe normalmente pero se le interpreta o da un sentido influido por su afectividad. Así por ejemplo el sentido que a la infidelidad le otorga una persona normal de aquel sentido que le puede dar un sujeto con personalidad limítrofe inferior, una persona así, fácilmente lo vislumbrará como un ataque hacia su

persona, sin tener la capacidad de visualizar todos los aspectos a considerar.

f) Por último se aportaron los dichos de Claudia Bravo San Martín, médico legista del Servicio Médico Legal de Rancagua, quien como perito declaró a través del sistema de videoconferencia desde tal ciudad, manifestando que el 22 de febrero de 2007 examinó al menor P.A.R.A., que manifestó en la anamnesis que el 25 de enero pasado en horas de la tarde, un sujeto conocido de él –de aproximadamente 46 años– lo invitó a salir, llevándolo en su auto a un sector despoblado donde lo obligó a practicar sexo oral, realizándole tocaciones en la parte genital por sobre la ropa.

Al examen físico mental, se le observó orientado pero vago en su relato, con algunas lagunas. Corporalmente no presentaba lesiones. En la zona genital observó genitales masculinos adultos, con vello púbico uniformemente distribuido sin lesiones en el prepucio ni glande, como tampoco en los testículos ni escroto, órgano urinario bien implantado. Zona genital sin lesiones en prepucio ni glande. A nivel anal observó la piel perianal sin lesiones y un discreto borramiento de los pliegues a las horas 6 y 11 de las manillas de un reloj, con un esfínter tónico con adecuada contractilidad, sin lesiones, ni cicatrices ni desgarros recientes. Concluyó a un mes de los hechos acontecidos, no encontró evidencias de abusos sodomíticos pues la sola presencia de borramiento discreto de los pliegues anales, no explica por sí sola la existencia de tales abusos y afirmó que no tomó muestras, pues éstas se tomaron en el hospital donde inicialmente se atendió a la víctima.

Explicó al fiscal que aludió en su informe que el joven fue “vago en el relato con actitudes poco habituales en los patrones masculinos” y con ello quiso decir que a las preguntas formuladas, presentó actitudes más bien femeninas, muy específico y enfático en referir que sus relaciones sexuales eran sólo con mujeres, lo que habitualmente no se observa en las conductas masculinas.

Dijo también que el borramiento discreto y no total de los pliegues anales puede indicar que ha existido una penetración anterior en forma anal, ya sea completa o incompleta, como también secuelas de estitiguez cuando pequeño, presentando el evaluado la contextura física de un adulto.

Las relaciones sodomíticas consentidas vía anal entre adultos por lo general no dejan lesiones y en este caso de haber sido consentidas las pequeñas erosiones que se pueden causar sanan entre 7 a 10 días y son difíciles de advertir en forma posterior en un examen, las que en todo caso no constató en el periciado quien tampoco tenía desgarros ni cicatrices antiguas.

Al tribunal explicó que –en general– el borramiento de los pliegues anales se puede producir por varias circunstancias, como estreñimiento en el caso de los niños o por violación o actividad sodomítica habitual, aunque en este caso se causa un borramiento en forma total y por sí solo no es concluyente, pues además se detectan otras cosas, como hipotonía muscular o contractilidad baja del esfínter, aspectos que no presentaba el joven evaluado, ya que sólo encontró el borramiento discreto de los pliegues anales. Respecto de la hipotonía muscular dijo que con la actividad sodomítica no habitual ésta puede desaparecer en el tiempo, en cambio con la actividad frecuente aumenta paulatinamente, pues las fibras musculares se distienden con la penetración anal, salvo en los pequeños en que la mucosa y fibras musculares se pueden romper con una penetración anal.

g) A través de su lectura resumida el acusador incorporó el certificado de nacimiento de P.A.R.A., nacido el 8 de febrero de 1989.

Sexto: Que la prueba a que se ha hecho referencia en el motivo que antecede, apreciada libremente, produjo en el tribunal la convicción necesaria para establecer, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

1. Que el día 26 de enero de 2007, pasadas las 16:30 horas, el acusado se trasladó en una camioneta con el menor P.A.R.A., de 17 años de edad, a las cercanías de la Ruta A 26 Kilómetro 8, que une las ciudades de Antofagasta y Calama, lugar donde se estacionaron, para luego realizarle actos de relevancia y significación sexual al ofendido, con consentimiento de éste, consistentes en besarle en los labios y accederse carnalmente vía bucal en forma recíproca, siendo sorprendidos por Carabineros en circunstancias que el imputado le succionaba el pene al joven.

2. Que con anterioridad, en dos oportunidades, esto es, en el verano y a mediados del año 2006, en el mismo sector como también en las inmediaciones de La Portada, de esta comuna, el imputado accedió carnalmente vía anal y bucal, al



menor ya señalado, con el consentimiento de éste, sin que mediaran las circunstancias de violación, estupro o el pago de una cantidad de dinero.

Los hechos descritos más arriba constituyen el delito reiterado de sodomía, previsto y sancionado en el artículo 365 del Código Penal, toda vez que el hechor accedió carnalmente vía anal y bucal a un varón menor de 18 años pero mayor de 14 años, quien consintió tales accesos, no concurriendo las circunstancias de los artículos 361 (violación), 363 (estupro) ni 367 ter (favorecimiento de la prostitución de menores impropio) todos artículos del Código Penal.

Los elementos del tipo así descrito –a los que se aludió en el considerando cuarto– se han establecido, en la forma como a continuación se explicará, principalmente a partir del relato del menor que para nuestro legislador debe ser estimado víctima, el joven P.R.A., de actualmente 18 años, que impresionó al tribunal como veraz no sólo por la manera en que prestó testimonio en la audiencia, sino que además, puesto que lo narrado por éste fue corroborado por el funcionario de Carabineros Alex Aguilera, ante quien prestó declaración el mismo día de los hechos y coincide –en cuanto aquello que ocurrió el día 26 de enero de 2007– con lo que presenciaron los aprehensores, Carabineros Dinamarca y Espinoza, que lo relataron coincidentemente en el juicio, esto es, que lo sorprendieron en un lugar cercano a la Ruta A 26, en los instantes en que el acusado le practicaba sexo oral al menor y si bien esa conducta divisada por los Carabineros no configura el ilícito acreditado, pues se hace necesario que el sujeto activo es decir el acusado, sea quien introduzca su pene en la boca del joven, P.R. afirmó que antes de la llegada de los funcionarios “le hizo sexo oral a Jorge, precisando que eso significaba chuparle el pene metiéndolo dentro de su boca”, claramente entonces existió –en esa ocasión– acceso carnal vía bucal, siendo el menor de edad el accedido con el órgano viril del acusado.

Respecto de los episodios de acceso carnal vía bucal y anal acontecidos a inicios y mediados del año 2006, no sólo el joven P. los relató detalladamente al tribunal, sino que éstos fueron reconocidos por el propio imputado cuando durante la investigación declaró ante el Fiscal en presencia del Subteniente de Carabineros Alex Aguilera, de modo que tales dichos complementaron en forma importante el testimonio del menor involucrado, lo que reviste especial interés, puesto que la perito médico legista refirió que el borramiento de los pliegues anales hallados en el ofendido era discreto y no sólo se explicaban por una penetración anal, también podían obedecer a problemas de estitiquéz durante la infancia. Explicó además que las relaciones anales consentidas realizadas en forma habitual dejaban otras evidencias (hipotonía muscular o baja contractilidad del esfínter) que ella no advirtió en el evaluado, agregando que tales relaciones cuando causan pequeñas erosiones, éstas tardan en sanar entre 7 a 10 días y ella examinó al muchacho, casi un mes después del episodio descubierto, de manera que el borramiento discreto de sus pliegues anales no era categóricamente revelador de la penetración anal que durante la investigación reconoció el acusado, lo que fue introducido en el juicio válidamente a través de los dichos del funcionario policial antes aludido.

En otro punto y adelantándonos a algunas observaciones realizadas por la defensora en su alegato de clausura, atendida la edad del menor que se ha estimado víctima (que cumplió su mayor edad a las semanas de ocurrido el último de los episodios) y por ello estaba en condiciones de relatar en forma clara y precisa los acontecimientos, no se hacía necesario –como ésta lo arguyó– avalar técnicamente su credibilidad a través de alguna pericia psicológica, bastando para ponderar su credibilidad la consistencia y coherencia del relato con las restantes pruebas ofrecidas, como también su persistencia en la medida que la única contradicción que la defensa intentó evidenciar con aquello que declaró en la etapa de investigación –relacionada con la edad que le dijo al acusado que tenía– fue debidamente explicada en el juicio. Ciertamente que la defensa puso en duda la credibilidad del joven sustentándolo en el reconocimiento que éste hizo de que cuando conoció por “chat” al acusado no le proporcionó su verdadero nombre, sin embargo siendo de público conocimiento que en tales sistemas de comunicación vía Internet es una práctica el uso de nombres inventados o “nick names”, tal actitud no puede interpretarse como indiciaria de una personalidad fabuladora o mentirosa, que haya ameritado una pericia de veracidad, que por lo general se les practica a los menores de corta edad, que por lo mismo pueden presentar alguna dificultad de expresión o de connotación de la realidad y experiencias vividas.

Se descartaron además –aun cuando la defensa no lo alegó– la existencia de motivaciones subjetivas en el menor con relación al acusado, que llevaran a pensar que se le incriminaba injustamente y ello básicamente atendida la forma fortuita en que los hechos ahora juzgados fueron descubiertos por personal policial, con evidente molestia e incomodidad no sólo para el acusado sino también para el menor involucrado.

Séptimo: Recapitulando en cuanto a la forma cómo la prueba rendida permitió acreditar los elementos del tipo ya descrito y relacionándolo con lo que ya se dijo en el motivo cuarto, tenemos como primera cuestión y que no fue objeto de discusión, que el sujeto pasivo era menor de 18 y mayor de 14 años, pues tenía a la época en que ocurren los tres hechos acreditados, 16 o 17 años de edad, toda vez que ello se estableció con su certificado de nacimiento donde consta que nació el 8 de febrero de 1989, en consecuencia en el verano del 2006 pudo tener 16 o 17 años, luego a mediados del 2006 y en enero de 2007 ya contaba con 17 años.

En cuanto a la existencia del acceso carnal vía anal, configurado en los dos primeros episodios, tiene razón la defensora al afirmar que no pudieron ser establecidos únicamente a partir de los discretos borramientos de los pliegues anales, sin embargo ese hallazgo era de todos modos compatible con una penetración anal y en tal sentido la pericia –unida por cierto a los dichos de la víctima y del acusado durante la investigación– se transformó en un antecedente de corroboración objetivo de los hechos imputados.

Finalmente las conductas de sexo oral que el joven le practicó al acusado introduciendo el pene de éste en la cavidad bucal de aquél, fueron estimados comprensivos del acceso carnal exigido por el legislador, haciendo una interpretación sistemática del precepto por el cual se acusó, que alude en su redacción a la violación y el estupro, ilícitos que también comprenden el acceso carnal vía bucal o sexo oral, que en este caso también fue suficientemente acreditado con el testimonio del joven y el tantas veces aludido, del acusado en sede fiscal.

Octavo: Establecida la comisión del delito reiterado, reconociendo que en los motivos precedentes también se ha argumentado en torno a la participación establecida, por razones metodológicas se hace necesario explicar cómo el tribunal pudo arribar a la conclusión que a Pérez León le correspondió participación en calidad de autor inmediato y directo en los hechos acreditados.

Dijimos que el principal elemento incriminador resultó ser la declaración del menor sujeto pasivo de la conducta, ya suficientemente reproducida y ponderada en cuanto a su credibilidad, corroborada por el testimonio de oídas del funcionario de Carabineros Alex Aguilera, que no sólo escuchó su relato el mismo día de los hechos, idéntico al prestado en el juicio, sino que además presenció la confesión que el acusado realizó ante el Fiscal.

Corroborar también la participación del acusado las circunstancias en que fue detenido, de las que dieron cuenta los Carabineros Dinamarca y Espinoza, esto es, en los precisos instantes en que el menor dejaba que el acusado le succionara el pene, de modo que resulta plausible lo expuesto por el muchacho en orden a que antes de ser sorprendidos el acusado lo había penetrado a él bucalmente y que el año anterior se había juntado con él en el mismo lugar y otro (La Portada) ocasiones en que no sólo se practicaron recíprocamente sexo oral, sino que además fue penetrado analmente por aquél y ya se dijo que tal afirmación es consistente –aun cuando no es concluyente en forma aislada– con los hallazgos de la perito legista en los pliegues anales del joven.

Volviendo a los testimonios incriminatorios –como tantas veces lo ha dicho este tribunal– éstos resultaron completos y circunstanciados, mismos que unido a los demás testimonios prestados durante el desarrollo del juicio como también en base a aquello que reconoció el acusado durante la investigación.

Por otra parte, las declaraciones señaladas se practicaron con las debidas garantías que ofrece la contradictoriedad y publicidad de la audiencia, sin que se insinuara ni acreditara por la defensa la existencia de razones objetivas o subjetivas que hicieran dudar de su veracidad, por lo cual contando el tribunal con la facultad de establecer la credibilidad de los referidos testimonios, éstos permitieron desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

Así se logró unívocamente llegar a la convicción, más allá de toda duda razonable, que el acusado intervino en la ejecución de los ilícitos establecidos, de una manera inmediata y directa, esto es, como autor de los mismos, conforme a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Noveno: Aun cuando en los motivos que anteceden el tribunal se ha hecho cargo de gran parte de las alegaciones que la defensora realizó en la etapa de clausura, resta por analizar –que a diferencia de lo anticipado en el alegato de apertura, donde cuestionó únicamente el carácter de reiterado del ilícito– al finalizar el debate planteó que en base a la contextura física del menor involucrado y su aspecto de sujeto adulto, su defendido habría incurrido en un error de tipo sin que haya sido necesario que así lo planteara el acusado prestando declaración. Señaló la defensa que tal posibilidad fluyó de la prueba de cargo, lo que el tribunal no comparte, rechazando en consecuencia la petición, pues siendo cierto que tanto a la perito médico legista como a los funcionarios aprehensores, el joven P.R. les impresionó como un sujeto adulto, de hecho los Carabineros sólo constataron su minoría de edad, cuando éste les exhibió su cédula de identidad e incluso cuando tal percepción puede también extenderse a los miembros de este tribunal, no puede soslayarse que la prueba fiscal dejó fuera de toda duda que el imputado siempre supo que el joven que conoció vía “chat” y con el que posteriormente se involucró sexualmente, era menor de 18 años, tenía en la época en que se conocen 16 años, accediéndolo

carnalmente vía anal y bucal en tal período, como también cuando contó con 17 años. Y aquello se estableció no sólo por lo manifestado por el joven en el juicio cuando afirmó que cuando “chateaba” con él le hizo saber que tenía 16 años y posteriormente cuando se juntó con éste le comentó que ya había cumplido los 17 años; sino particularmente con el reconocimiento que el acusado hizo en sede extrajudicial en orden a que conocía que el muchacho tenía menos de 18 años, así las cosas realizó la acción típica con voluntad y pleno conocimiento de la totalidad de sus elementos, lo que excluye por completo el error de tipo invocado.

Luego señaló que la reiteración no pudo ser acreditada partiendo de la escasa credibilidad que le otorgó al joven que “chateando con el acusado” le dio un nombre diverso del verdadero, argumentación ya analizada por el tribunal como también aquella por la que solicitó que no se ponderara –en lo tocante a la reiteración– los dichos del Carabinero ante quien declaró el acusado extrajudicialmente.

Décimo: Como circunstancias atenuantes, tenemos que al acusado le beneficia la irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal reconocida por el acusador y que el tribunal acogerá con el mérito de su extracto de filiación y antecedentes carente de anotaciones penales anteriores a esta causa.

La defensa también invocó en beneficio de su representado la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, en la medida que el tribunal le otorgara valor probatorio a los dichos del funcionario Alex Aguilera, quien presencié la confesión del acusado en sede fiscal. Y como el tribunal efectivamente ponderó positivamente tal declaración, estimando que contribuyó no sólo a acreditar la participación del acusado en el ilícito sorprendido el 26 de enero pasado, sino que fue importante para el establecimiento de los dos ilícitos cometidos anteriormente, la minorante en comento le será reconocida, puesto que además complementó las conclusiones de la pericia médico legista practicada al joven P.R.

Por el contrario se rechazará la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al 10 N° 1 del Código Penal, en base a la personalidad limítrofe inferior que la perito psicóloga Judit Riquelme Gálvez señaló que poseía el encartado y que en tal sentido su personalidad se veía influida por los afectos, aquellos serían los que le dan sentido a su percepción de la realidad. El rechazo de la minorante se hace en base a que la perito fue categórica en señalar que pese a tal estructura de personalidad el acusado poseía su juicio de realidad conservado, traducándose su problemática en el escaso control de impulsos primarios, puesto que actúan acorde ellos y luego racionalizan lo realizado, siendo proclives por ello a tener conductas desadaptativas en el campo de la sexualidad. Insistió la perito que aun tratándose de una personalidad limítrofe no es desestructurada como la psicótica, de manera que su realidad aparece “teñida” por los afectos, en modo alguno alterada por éstos, de manera que no es procedente atenuar en base a ello su responsabilidad penal.

Undécimo: Que la figura de sodomía de la cual se ha estimado responsable al acusado se encuentra sancionada con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Luego acorde al artículo 68 del Código Penal, el tribunal puede imponer la inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, estimando en este caso rebajar en dos grados, habida consideración de la entidad de las atenuantes acogidas, en efecto se trata de un sujeto que con casi 50 años de vida se ha mantenido exento de todo reproche penal y respecto de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos prestada, se ha ponderado de manera importante además de las razones ya señaladas al analizar la minorante, en la medida que se allanó a prestar declaración ante el Fiscal el mismo día en que fue detenido, prescindiendo voluntariamente de contar en tal diligencia con la asesoría letrada a la que tenía derecho.

Luego encontrándonos frente a ilícitos reiterados de la misma especie que pueden ser estimados como un solo delito, de acuerdo al artículo 351 del Código Procesal Penal, se impondrá la pena a tal infracción aumentándola en un grado, de modo que el tramo se extiende desde la reclusión menor en su grado medio a máximo. En seguida ya habíamos indicado que ponderaríamos las atenuantes rebajando la pena en dos grados a partir del mínimo, de manera que llegamos a una pena única de prisión en su grado máximo, regulándola en 41 días, alternativa que es más beneficiosa para el acusado que aplicar las sanciones en forma separada acorde al artículo 74 del Código Penal, puesto que por tal vía se llega a 3 penas de 21 días de prisión en su grado medio, que suman 63 días.

Duodécimo: Reuniendo el acusado los requisitos del artículo 4° de la ley N° 18.216 se le concederá el beneficio de la remisión condicional de la pena establecido en dicho precepto legal, en la forma que se dirá en lo resolutive.

Decimotercero: Aun cuando no formó parte de las alegaciones de este juicio, el tribunal se hará cargo del evidente cuestionamiento –con fuertes argumentos– que parte de nuestra sociedad actual realiza a la penalización de los delitos como el ahora juzgados, que subsisten en escasas legislaciones. Recordemos que en la nuestra permanece de modo

restringido –como se dijo únicamente cuando está involucrado un menor de 18 años– respecto del cual se ha pretendido proteger su indemnidad sexual, entendiéndose –como se hizo constar en el informe de la comisión mixta y también en la comisión de constitución, legislación y justicia del Senado que esta conducta constituía un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad.

No le compete al juez desconocer el reconocimiento que legislativamente se realizó a través de este precepto, disvalorando las relaciones homosexuales por sobre las heterosexuales y con ello reconociendo que los bienes jurídicos tienen un contenido ético y moral, que al verse transgredidos por una conducta típica, antijurídica y culpable, deben ser sancionados por mandato de nuestra Constitución Política.

Este tribunal finalmente hace presente, que tal como ya se ha expuesto, la sanción de la conducta en que ha incurrido el imputado obedece a la adecuación de su proceder a una norma legal vigente que describe y sanciona dicha acción, y si bien se puede discutir por algunos su constitucionalidad –al estimarse por algunos sectores que es atentatoria contra la libertad de las personas para escoger su opción sexual– no es menos cierto que en el juicio no se acreditó, de manera alguna, que entre el acusado y el adolescente existía un vínculo afectivo o sentimiento que pudiese llevar a estos sentenciadores a concluir que existía algo más permanente y duradero que el mero capricho de saciar una pasión o satisfacer un instinto, sin olvidar tampoco que una relación entre dos personas que tienen cerca de 30 años de diferencia de edad –uno de los cuales era además menor de edad resulta socialmente discutible incluso para parejas heterosexuales.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 11 Nº 6, 11 Nº 9, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 24, 26, 30, 45, 50, 68, 365 y 372 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346, 348 y 351 del Código Procesal Penal y artículos pertinentes de la ley Nº 18.216, se declara:

I. Se condena a Jorge Arturo Pérez León, ya individualizado, a la pena única de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, como autor de tres delitos de sodomía, previstos y sancionados en el artículo 365 del Código Penal, perpetrados en esta ciudad los dos primeros en el verano y a mediados del año 2006 y el tercero el 26 de enero de 2007, cometidos en la persona del entonces menor de iniciales P.A.R.A.

II. Se le condena, asimismo, a la pena accesoria de suspensión de cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa.

III. Asimismo se le condena a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designe y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, en el sentido que deberá informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual, obligación cuyo incumplimiento configurará la falta prevista en el artículo 496 Nº 1 del Código Penal.

Además se le condena a la pena de 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.

IV. Reuniendo los requisitos de la ley Nº 18.216 se le concede al acusado el beneficio de la remisión condicional de la pena fijándose un lapso de observación de un año, ante el Centro de Reinserción Social que designe o Antofagasta en subsidio, al que deberá presentarse dentro de quinto día de ejecutoriada esta sentencia. Si el beneficio le fuere revocado o dejado sin efecto, cumplirá su pena íntegra y efectivamente sirviéndole de abono los días que hubiere permanecido privado de libertad por esta causa según los mayores antecedentes jurisdiccionales con los que cuente el Juzgado de Garantía.

Oficiése a los organismos que corresponda comunicando lo resuelto y remítase copia de esta sentencia al tribunal de garantía de esta ciudad para su cumplimiento.

Devuélvase al Ministerio Público la documentación acompañada.

Regístrese.

Redactada por la juez doña Claudia Lewin Arroyo.

Pronunciada por los jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta doña Virginia Soublette Miranda, don Wilfred Ziehlmann Zamorano y doña Claudia Lewin Arroyo.

RIT 122 2007.