

VIOLACIÓN – ANTIJURIDICIDAD – ERROR DE PROHIBICIÓN

IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA – AUTODETERMINACIÓN SEXUAL

Doctrina

Que el delito de violación previsto en el artículo 362 del Código Penal se produzca en el contexto de una relación sentimental, de suyo, no es gravitante para estimar que el hechor actúa creyendo en la licitud de su conducta, puesto que lo que hace reprobable la conducta es la minoría de edad de la ofendida y su consiguiente estado de inmadurez mental y emocional que desaconseja su acceso carnal. Tampoco puede pretenderse que el consentimiento de ésta sea justificante de la conducta del acusado, ya que, conociendo el ofensor la minoría de edad de la ofendida, y atendido el escaso desarrollo y madurez mental que suponen las niñas menores de 14 años de edad, no es posible pensar siquiera que el consentimiento del acto sexual prestado por ella sea válido, dada su falta de capacidad para ejercer la autodeterminación sexual.

Por dichas razones, el error de prohibición que esgrime la defensa asentado en que el acusado actuó en la creencia que la relación sentimental habida con la ofendida y el consentimiento que ella prestó para la realización de la cópula operó como justificante, no puede prosperar

Texto completo de la Sentencia

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Santiago, 27 de octubre de 2006.

Vistos:

Primero: Que, con fecha veintitrés de octubre de dos mil seis, ante esta Sala del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por la Juez Presidente doña Ana María Osorio Astorga y los Jueces doña Irma Andrea Tapia Valdés y don Carlos Hazbun Allende, se llevó a cabo el juicio oral en la causa rol interno N° 40 2006, seguida en contra de Miguel Félix Caris Melgarejo, carnet de identidad N° 16.413.764 0, natural de Puente Alto, nacido el día 17 de enero de 1987, de 19 años de edad, soltero, comerciante, domiciliado en Pasaje Disputada N° 1371, Pudahuel.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por los fiscales doña María Paz Fredes Padilla y don Hugo Cuevas Gutiérrez y la defensa estuvo a cargo del Defensor don Andrés Rojas Román, todos con domicilio registrado en el Tribunal.

Segundo: Que, la acusación del Ministerio Público se funda, según el auto de apertura del juicio oral, en los siguientes hechos: "El día 27 de noviembre de 2006, en horas de la tarde, en el domicilio ubicado en Pasaje Río Cautín N° 8303, de la comuna de Pudahuel, el acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, ya individualizado, introdujo su pene en la vagina de la menor de 11 años N. F. A. C., accediéndola carnalmente".

Este hecho constituye el delito de violación, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en el que se le atribuye al acusado la calidad de autor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 N° I y 15 N° I del Código Penal.

Respecto del acusado concurre la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior y no le perjudica ninguna circunstancia agravante.

Finalmente, el órgano persecutor penal pide se le condene a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias pertinentes y al pago de las costas de la causa.

Tercero: Que, en su alegato de apertura, el Ministerio Público, ratifica los hechos expuestos en su acusación, los que

ofrece acreditar con la prueba testimonial y pericial que se rendirá, además de la convención probatoria que se ha leído en la audiencia.

Sobre este punto, resalta los informes periciales que acreditarán que el himen de la víctima tiene evidencia compatible con una relación sexual y que los perfiles genéticos que se encontraron en su ropa corresponden a ella y al acusado.

Sostiene que el hecho de acceder sexualmente a una menor de 11 años, por vía vaginal tipifica el delito previsto en el artículo 362 del Código Penal, que requiere tres requisitos, un acceso carnal, por vía vaginal, que se trate de una menor de 14 años y que exista voluntariedad por parte del imputado, es decir, dolo.

La defensa dirá que esta acción se realizó en el marco de una presunta relación sentimental, pero en nada importa el presunto consentimiento que vaya a prestar la víctima, ya que lo que se trata de proteger es la indemnidad sexual de un tipo especial de personas que son los menores de edad, que no tienen la capacidad de desarrollo mental o la madurez suficiente para autodeterminar su propia sexualidad. Hay que recordar que antes de la modificación legal, el límite de edad estaba establecido en los 12 años, por lo que, en ese tiempo, estos hechos igual serían delito.

Dicha defensa pretenderá convencernos de que la existencia de dicha relación sentimental hizo que el acusado no pudiera tener conciencia de que lo que estaba haciendo fuera ilícito, pero, la prueba a rendir en el juicio, descartará el error de prohibición que aduce y ello, porque el acusado tenía todas las condiciones para saber que lo que estaba haciendo con la menor no era lícito y porque aquí no se da el requisito de la inexcusabilidad del presunto error, por las condiciones personales del imputado y por su condición social que le daban todas las herramientas para entender lo ilícito de su conducta, pues lo que se requiere no es saber que tal acción se encuentra tipificada en el artículo 362 del Código Penal como violación, sino que lo que se necesita es un conocimiento general de que dicha conducta está reñida con el ordenamiento jurídico.

En su alegato de clausura, la Fiscalía afirma que ha logrado acreditar todos y cada uno de los requisitos del delito de violación de una menor de 11 años, por vía vaginal, relación admitida por el propio acusado, quien pretende excusarla en base a la existencia de una relación de pololeo entre ellos, sin embargo, cabe preguntarse si una niña, de 11 años, que cursa el 5 año básico, que juega los juegos normales de esa edad, a las muñecas, que ve películas, etc., está en condiciones de decidir su vida sexual, la respuesta indudable es que no. La perito Nancy Sánchez nos ha relatado su inmadurez, acorde a su edad, que no la capacita para tomar una decisión de esa envergadura ni tampoco prever sus consecuencias. El artículo 362 del Código Penal no considera en absoluto el consentimiento de la víctima, pues el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, lo que se pretende proteger es la vulnerabilidad de estas personas que no están en posición de tomar decisiones respecto de su sexualidad. Sabemos que la ley se modificó y que la edad para consentir es de 14 años, en cambio, aquí estamos hablando de una niña de 11 años, que aún no se ha percatado del daño psicológico sufrido, que presenta rasgos de una situación abusiva. La psicóloga explicó claramente esta situación, que vive una etapa de hechizo, que su conducta está sexualizada, está vulnerable a sufrir situaciones similares en el futuro. El acusado, por su parte, es mayor de edad, 18 años, plenamente responsable de sus actos, que no vive en el sector rural, que tiene acceso a todos los medios de comunicación, con experiencia previa, por lo que no puede pretenderse que no sabía que lo que estaba haciendo estaba mal, pues sabía perfectamente que la víctima tenía 11 años, veía los juegos que realizaba, típicos de esa edad, que, al ser preguntado, no sabe si la menor es una mujer o una niña, que no se cuestionó la edad de la víctima; todo lo cual evidencia que no tuvo el cuidado de un hombre común y corriente en su proceder. Este error de prohibición que la defensa quiere hacernos creer no existe, puesto que no estamos ante un error invencible, inevitable, dado el nivel de educación del acusado, su conocimiento de la menor y su entorno y en atención a la integración que tiene en la sociedad, por lo que debe ser condenado por su conducta reprochable.

En su réplica, la Fiscalía arguye que la defensa pretende hacernos olvidar lo que dice la ley, respecto a la tipicidad del delito, acceso carnal con un menor de 14 años. Pretende hacernos creer que hubo un consentimiento de parte de la víctima y un consentimiento social como si ello fuera suficiente para derogar la ley. El artículo 8º del Código Civil establece el conocimiento presunto de la ley. El artículo 1º del Código Penal establece la voluntariedad en la comisión del hecho y esta voluntariedad de parte del acusado no es meramente jurídica, sino que se apoya en hechos concretos, se trata de una persona mayor de edad, que tiene discernimiento y experiencia sexual, tiene acceso a información, que no sólo se da en la TV, sino que en el diario vivir y en la convivencia con otras personas, él conocía perfectamente la edad de la menor, ya que la conoce desde los 5 años. No es efectivo que se comporte como un niño, como pretende la Defensa, ya que, ante las preguntas formuladas por la Fiscalía contestó con desenfado, que le daba lo mismo, que no le parecía incorrecto tener relaciones con una persona de 8 o 9 años de edad, que la menor puede definir su sexualidad, en circunstancia que la perito niega tal posibilidad. El apoyo que le prestó el acusado fue en un marco de manipulación. El consentimiento de la menor es irrelevante para la ley, ya que lo que se protege es la indemnidad sexual de una menor de 11 años, que juega con muñecas, que no había tenido nunca relaciones sexuales, que no podía definir sus opciones

sexuales. El error de prohibición argumentado por la defensa no resulta inexcusable ni invencible, pues el acusado es una persona integrada en la sociedad, con acceso a la información, mayor de edad, que conocía a su víctima. No era necesario que conociera lo que dispone el artículo 362 del Código Penal, sino lo que se exige es un conocimiento profano de parte del ciudadano común, medio, acerca de la ilicitud de la conducta.

Cuarto: Que, en su alegato de apertura, la Defensa afirma que el acusado no es un violador, ya que hacerlo sería omitir una serie de elementos normativos del tipo penal que el Ministerio Público no ha considerado. Es cierto que existe una acción típica y antijurídica, pero, además, dicha acción debe ser culpable, susceptible de reproche, sin embargo, en este caso no hay culpabilidad, ya que el acusado cree en la licitud de su conducta y, lo mismo, la víctima. No hubo solo una relación íntima, sino que fueron varias, producto de una relación sentimental, en la cual quisieron demostrar su cariño de la única forma natural de hacerlo, cual es mantener relaciones sexuales. De esta manera, se acreditará el contexto en que ellas acaecieron, que la ofendida es hijastra del hermano del acusado, que viven en la misma casa, que tuvieron una relación abierta, pues era conocida, que la madre de la afectada autorizó tal relación y que si bien ésta, luego la desautorizó, ellos siguieron viéndose. El acusado no se prevalió de la edad de la menor para tener relaciones, sólo se enamoró, no hubo lesión a la indemnidad ni a la libertad sexual, lo que sumado al despertar sexual de estos tiempos, excusa su conducta. Finalmente, afirma que todos estos elementos que la doctrina ha llamado normativos, que no se encuentran descritos en la conducta, deben ser integrados al tipo penal para resolver conforme a derecho su petición en orden a que estamos en presencia de un error de prohibición, razón por la cual pide la absolución del acusado.

Que, en su alegato de clausura, la Defensoría aduce que la declaración del acusado es transparente, impresiona más como un niño que como un adulto, nació en el año 1987, llegó hasta 5 básico, tiene una escolaridad limitada, es cierto que vive en la ciudad, que tiene TV y radio, pero no ve ni lee las noticias. Conocía de antes a la afectada, no sabía su edad, sólo que era menor y le gustaba, pololearon 7 meses, le pidió permiso para hacerlo a la mamá de la afectada, quien se lo otorgó, con tal que asumiera cierto compromiso y como no lo hizo, le quitó la autorización, pese a lo cual ellos siguieron viéndose. El día 27 de noviembre, tuvieron relaciones sexuales, no porque el acusado tramara un engaño, sino por el amor que se sentían, ese día se juntaron a escondidas, ya que se amaban, pero la madre receló y cuando su hija llegó a la casa, la mechoneó y la llevó a la Posta, donde recién se enteró por la doctora que aquélla había tenido relaciones con el acusado, quien presentó la denuncia, pese a que no quería hacerlo, pues la relación fue consentida y teniendo en cuenta el despertar sexual a temprana edad y su experiencia de tener que atender cada vez un mayor número de menores que buscan anticonceptivos. Carabineros lo puso a disposición del Juzgado de Garantía, que le otorgó la libertad, pero luego la Corte la revocó, pasando varios meses en la Cárcel, sufriendo el estigma de ser violador, pese a lo cual mantuvo contacto con ella a través de cartas, en una de las cuales, que se incorporó al juicio, estaba el teléfono de la ofendida y mediante el cual también se comunicaban. Actualmente la madre de la afectada no quiere que el acusado sea sancionado, pese a que anteriormente le había dicho que si algo le pasaba a su hija, lo iba a meter preso, lo que ocurrió. A raíz de esta situación, la menor sufrió una depresión, trató de cortarse las venas, al perder a la única persona que la cuidaba y apoyaba. El único daño sufrido fue el perder al acusado. La afectada es más mujer de lo que piensa, las niñas se desarrollan antes, puede determinar y definir su sexualidad.

Nadie discute la existencia de un hecho típico y antijurídico, pero, además, debe ser culpable, culpabilidad que no existe, pues hay un error de prohibición, cuyos presupuestos se dan en este caso. La relación fue consentida por la víctima y su familia, fue pública, sin daño a la libertad sexual ni a la indemnidad y sin prevalerse de la edad de la menor. Abona la teoría del error de prohibición, los artículos 224 y 226 del Código Penal, que habla del error inexcusable. Asimismo, la presunción del artículo 1º del Código Penal, admite prueba en contrario, por ser simplemente legal. Pide apreciar el caso conforme a las reglas de la sana crítica prevista en el artículo 369 del Código Penal y, finalmente, invoca dos casos de jurisprudencia para avalar su tesis.

En su réplica, insiste en sus argumentaciones y en negar que su defendido supiera la ilicitud de su conducta, incluso a nivel profano, y que la presunción de conocimiento de la ley que establece el artículo 8 del Código Civil es una ficción, ya que ni siquiera las personas vinculadas al derecho conocen toda la ley.

Quinto: Que, el acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, advertido de su derecho a guardar silencio, expresa que desea prestar declaración en el juicio y, al efecto, exhortado a decir verdad, expone que conoció a la Nicole –se refiere a la ofendida– desde hace años, cuando tenía seis años y ella un año, cuando vivían en la Santa Rita, de ahí se fue a vivir con su madre y la dejó de ver, posteriormente, se fue a vivir donde su padre y la volvió a encontrar, que no sabía su edad y nunca se la preguntó y que sólo ahora sabe su edad; más adelante, preguntado, dice que la Nicole tenía 11 años cuando comenzaron a pololear; que hace dos años, a la fecha, comenzó a interesarse en ella, y le pidió pololeo, con autorización de su madre, permiso que le pidió en el comedor de la casa, ante la presencia de toda la familia y unos primos suyos, permiso que duró dos meses y, luego, ésta se lo quitó, pues andaba robando, pero ellos siguieron viéndose. Dicho pololeo se extendió por siete meses y que su primera relación fue entre uno a dos meses de iniciado éste.

Dice que ambas familias viven un solo inmueble, de dos pisos, en la parte delantera vive él y su padre y, en la parte trasera, Nicole, su mamá, una hermana y su conviviente, que es hermanastro suyo, que vive ahí hace dos años, que nació en Puente Alto y que siempre ha vivido en la región Metropolitana, en Conchalí y en Pudahuel Sur, que cursó hasta 5º año básico, que sus condiciones de vida no han sido tan dignas, que no ha tenido muchas necesidades, que no se preocupa de informarse, que no ve TV ni escucha las noticias, que sólo oye música, que trabajó en provincia, Puerto Montt, Osorno, y que actualmente trabaja en las ferias de Pudahuel, Errázuriz y Bonilla.

Señala que quiere mucho a Nicole, que no la violó, pero se niega a responder las preguntas del Fiscal atinente a este hecho; más adelante, recapacita y dice que fue en la casa de su mamá, en una pieza del segundo piso; agrega que la considera una mujer, por lo que hablan y conversan; sin embargo, preguntado dice que no sabe la diferencia que hay entre una mujer y una niña. Añade que el primer beso fue en la casa de ella, estaban jugando y acostados, uno al lado del otro, que, enseguida, comenzaron a salir al Centro y a las plazas, andaban tomados de la mano y planeaban el futuro, casarse y tener hijos.

Que el día 27 de noviembre salió con Nicole y llegaron tarde, lo que irritó a su mamá, quien llamó a Carabineros y lo llevaron preso y, luego, en el Juzgado lo dejaron en libertad; pero, a la semana, lo volvieron a detener y estuvo preso cerca de siete meses, saliendo luego en libertad, dice que sufrió mucho en la Cárcel, por el delito que le imputaba y que tuvo que pelear y a veces aguantar para evitar ser agredido, que se comunicaba con ella por cartas y a veces por teléfono, unas dos veces, que como tres semanas antes de salir en libertad, recibió una carta de ella, que le decía que lo quería, carta que no quería mostrar para que ella no creyera que la estaba utilizando.

Expresa que tuvo relaciones con ella como en 10 oportunidades, que ella no tenía experiencia previa, pero él sí. Insiste que no la violó, que no sabía que podía ir preso por lo que estaba haciendo. Nicole tampoco lo sabía.

Sexto: Que, las partes alcanzaron la siguiente convención probatoria: Que el imputado Miguel Félix Caris Melgarejo, cédula nacional de identidad N° 16.413.743 0, introdujo su pene en la vagina de la menor de 11 años de edad, Nicole Francesca Astete Calderón, accediéndola carnalmente.

Séptimo: Que, con el objeto de acreditar la acusación, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba:

a) Dichos de N. F. A. C., quien declara por circuito cerrado de televisión y expresa que sabe que se le citó al tribunal, por haber tenido relaciones con un mayor de edad, que ellas ocurrieron en la casa de Miguel –se refiere al acusado– en Pudahuel Sur, que compartían su mamá, ella, su hermana y el conviviente de aquélla, que vivían en la parte de atrás y Miguel, con su papá, en la parte delantera, además de una abuela, la hermana y un primo.

Ese día, salí con el “Cacan” y fuimos a la casa de su mamá y allí tuvimos relaciones sexuales, en la pieza de su hermana, en el segundo piso, fue espontáneo, de repente, era primera vez que tenía relaciones, ya que no había tenido antes ni tuve después, luego me dirigí a mi casa, mi mamá me llevó a la Posta y hablé con la doctora, a quien le conté lo sucedido y puso la denuncia y mi mamá pidió la pastilla de un día después, para evitar que quedara embarazada.

Mi mamá al enterarse de lo sucedido estaba super mal, en esa época tenía 11 años y hacía cuatro meses que pololeaba, desde el mes de septiembre, a partir del cumpleaños de un hermano. Mi mamá sabía de nuestra relación, pero le había impuesto la condición de que trabajara y estudiara, ya que era mayor de edad y no lo hacía, pero, como no lo hiciera, nos quitó el permiso, pero, igual, seguimos con nuestra relación. Nunca antes había pololeado, sé que pololear significa estar con la persona que una quiere y compartir sus sentimientos, en esa época, además de mi familia, me juntaba con mis compañeros de colegio y otras amigas. En el colegio, me desempeñaba como jefa de talleres, o bien, trabajando en el computador o haciendo tareas; en la casa, jugábamos a las muñecas o veíamos películas, que cuando pololeaba con Miguel se juntaban en la plaza y en su casa, donde jugaba, sólo en una oportunidad estuvo en la casa de él y fue cuando tuvieron relaciones.

En su casa había TV y radio, que funcionaban e incluso un DVD y vimos una película; en mi casa también veíamos TV y escuchábamos radio. No recuerda de cuándo conoce a Miguel ni desde que época vive en el lugar. Sabe lo que es una relación sexual, sus consecuencias y el riesgo de quedar embarazada y que ese día, si bien discutieron el tema, no tomaron ninguna prevención al respecto.

Entiende que lo que hicieron no es una violación, pues lo hizo con su consentimiento, que lo hizo porque lo quería, no sabe si ahora lo quiere, en ese entonces pensaba en él, lo amaba, lo veía como su protector, querían llegar juntos a viejo, casarse y tener hijos,

Añade que cuando Miguel estuvo preso le mandó una carta, diciéndole que lo quería y lo extrañaba e incluso en su anverso puso un signo de un beso demostrativo de su sentimiento hacia él. Dice que él, a su vez, le mandó varias cartas, del mismo tenor.

Indica que tanto ella como su madre no quieren que "Cacan" quede preso, ya que están viviendo su vida, por su lado, y quieren que él la viva, por el suyo.

Respecto a los exámenes que tuvo que hacerse, dice que, por un lado, no quería hacérselos, porque "le daba cosa", y, por otro, no tenía nada que ocultar.

Miguel sabía mi edad, pues me conocía desde los cinco años.

b) Atestados de Virginia Argentina Calderón Morales, quien manifiesta que es madre de la afectada y que un día su hija Nicole le pidió permiso para ir a ver a su padre, lo que le extrañó, porque ella nunca había vivido con él, estuvo todo el día intranquila, la empezó a buscar por todas partes y a las 10,30 horas de la noche llegó, la mechoneó y la llevó a la Posta, porque sospechó del acusado, quien la estaba acosando en todos lados, buscándola, y la doctora le contó lo sucedido, hizo una denuncia y la derivó al Instituto Médico Legal.

Explica que éste, unos días antes, le había pedido permiso para pololear con su hija y ella se lo había concedido, siempre que no se drogara y no hiciera nada malo, ya que, por vivir en la misma casa, le constaba tales circunstancias, advirtiéndole que si le pasaba algo a su hija, lo iba a meter preso, refiriéndose a tener relaciones, a tocarla, advertencia que le hizo por ser mayor de edad.

A raíz de este problema, su hija estuvo afectada psicológicamente, pasaba llorando, intentó cortarse las venas, le decía que la odiaba, echaba de menos a Miguel; luego, experimentó un cambio, y ahora se le ha quitado. A lo mejor ella pensaba que la quería, por ser una adolescente tonta. Piensa que ella sufría, por ser una niña.

Señala que Miguel vivía con su familia, en la misma casa en que vivía ella, con Nicole, quien cursaba 5º básico, y sabía que su hija jugaba a las muñecas, a las barbies, que no se visitaban, salvo el papá de Miguel y éste que iban a veces a almorzar.

Su hija en esa época quería aparentar ser mujer, pero sabía que era una niña, Miguel se mostraba bastante interesado en ella, lloraba a "moco tendido", pero ella siempre pensó que había que tener cuidado.

Nunca se planteó la posibilidad que ellos se vieran a escondidas, ya que cada vez que su hija salía, ella la buscaba.

Agrega que ella no quería hacer la denuncia y seguir adelante, por su suegro, que sufre por él y por las consecuencias que han derivado de dicha situación, por ella las cosas no debieron haber llegado hasta aquí.

c) Asertos del médico legista Davis Montoya Squifi, quien expresa que tiene 74 años de edad y que ejerce su profesión hace más de 32 años en el Instituto Médico Legal, habiendo sido hasta hace poco Jefe de la Unidad de Sexología Forense y siendo actualmente Sub Director del Servicio, con un promedio de atención de pacientes arriba de los 3200 casos y que dice que el día 29 de noviembre de 2005, le tocó atender a la afectada, de 11 años, quien le relató haber tenido relaciones consentidas en tres oportunidades, la última dentro de las 48 horas. Agrega que, al examen clínico, se veía con una salud clínicamente normal; cabeza, cráneo y cuello, normales, sin lesiones; tórax, sin lesiones; extremidades superiores, sin lesiones; abdomen, sin lesiones; extremidades inferiores, sin lesiones; vulva normal, sin lesiones; el himen presentaba un desgarramiento reciente, a las 5 horas del puntero del reloj, en vías de cicatrización, concordante con data de 48 horas antes. Se le tomó muestra de contenido vaginal. Año de aspecto y tonicidad normal, sin lesiones. Las

Conclusiones de este informe es que la examinada presentaba lesiones himeneales concordantes con un acto sexual reciente de 48 horas. El examen de contenido vaginal no reveló la existencia de semen ni espermios y que se encontraba, al momento del examen, desflorada, en forma reciente, pues presentaba una rotura en dicha membrana elástica, cuyos bordes se separan, a raíz de la penetración, lo que no sucede cuando el himen es complaciente, en cuyo caso las paredes se distienden. En relación a la versión de la menor, y lo que él halló en su órgano genital, expresa que ésta pudo haber interpretado actos sexuales anteriores que no fueron completos y que no significan penetración, pues, de haberla habido, se hubiera desflorado.

d) Expresiones de la bióloga Sonia Henríquez Garrido, quien señala que se desempeña en el Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile, hace un año y que tuvo que revisar una evidencia material, consistente en un calzón, que venía, embalada, con rótula y su respectiva cadena de custodia, a fin de tomar muestras y hacer su análisis correspondiente. Agrega que el día 25 de abril del año en curso, le tomó muestra al acusado y al día siguiente, a la ofendida. La finalidad de la muestra era tomar el perfil genético de estas personas y compararlas con el análisis del perfil genético del calzón. Se tomaron tres muestras, M1, M2 y M3, con rótulo interno de 409, 410 y 411 y, luego, de ser incubadas por 24 horas a 56 grados Celsius en un baño térmico regulado, se realizó posteriormente la extracción, la purificación, cuantificación y amplificación para terminar con una secuencia de ellas en un analizador genético, teniendo los siguientes resultados: La parte interna de la zona de entre piernas del calzón tenía unas manchas blanquecinas que habían sido periciadas anteriormente con resultado de corresponder a semen, líquido que se determinó a través del perfil genético perteneciente al acusado mientras el fluido vaginal perteneciente a la afectada no pudo ser determinado en su naturaleza. Al efecto, se le exhibieron tres fotografías, relativas a un calzón que reconoce como el que perició y describe, a través de su visualización, las conclusiones a que arribó; prenda que se tuvo por incorporada al juicio.

e) Manifestaciones de la psicóloga Nancy Sánchez Barrientos, quien declara que hace tres años ejerce la profesión y que en enero de este año se le solicitó hacer un informe pericial a fin de determinar si hubo daño psicológico en torno al presente hecho. Al entrevistar a la menor, la conducta observada planteaba una suerte de desmotivación, por la desesperanza que le producía la prisión del acusado; sin embargo, se pudo establecer un vínculo adecuado para la realización de la evaluación.

En relación a la etapa evolutiva de ella, se puede decir que está en una etapa de prepubertad, pasando de la infancia a la adolescencia con una serie de cambios. Se observó un lenguaje, tanto expresivo como comprensivo adecuado. Se observó una concordancia videoafectiva, logrando mantener la atención, la concentración, durante la evaluación. Manifestó claridad, en relación a los contenidos. Se observó un curso de consecuencia normal, sin alteración de perfecciones.

A nivel de desarrollo moral, se observó a la niña en una etapa preconventional, ella no tiene internalizadas las normas, necesita de un tercero para que le diga qué lo que debe o no hacer para evitar un castigo u obtener una recompensa.

En el área de la sexualidad, identifica las partes femeninas y las masculinas. La funcionalidad que se le puede atribuir a esto, en el ámbito de la emocionalidad, es que ella logra encausar sus emociones, aunque éstas se presentan contradictorias o confusas respecto de una misma situación o persona.

En relación a los antecedentes relevantes del caso, es importante señalar que es hija única, de una relación de pololeo, en que su padre se mantuvo alejado, ya que desde los 8 meses de edad, cayó detenido, situación que persiste a la fecha, que derivó en un hecho negativo, que le produjo afectación. Desde esa fecha, su cuidado estuvo a cargo de una abuela materna, por un accidente que sufrió la madre, la que luego realiza una convivencia con un pariente del acusado, que pasa a tener un rol paterno.

A nivel de la situación actual, ella se encuentra muy afectada, sintiéndose responsable por lo sucedido, en relación a las consecuencias, a nivel individual y familiar, que dicho percance ha tenido. Y al sentir una falta de apoyo, aparecieron sentimientos de inseguridad e incertidumbre, que la motivó a llamar la atención para así contar con el apoyo de alguien para contener su inmadurez, acorde con su edad, y la falta de controles internos y de límites, lo que fue concordante con el diagnóstico realizado. Además, apareció una sintomatología depresiva. La madre es reconocida como una persona con dificultades para ejercer un papel protector mientras el agresor es identificado como una figura positiva, como alguien que la cuida. Esta sintomatología se manifiesta en aislamiento, baja en el estado del ánimo, dificultad para conciliar el sueño, disminución del apetito, agresividad, irritabilidad, una conducta desafiante con la autoridad materna, durante este trance realiza un gesto suicida, a raíz de lo cual se realiza una interconsulta psiquiátrica, que le diagnostica un trastorno depresivo menor.

Agrega que esta sintomatología se reactiva a partir de la revictimización, con mucha vergüenza de hablar el tema, sin embargo, logra expresarse progresivamente, en relación a los acontecimientos.

Que, en relación al caso mismo, en relato coherente, la niña le dijo a su madre que iba a ir a ver a su padre a la Cárcel, pero se dirigió a la casa de la mamá de Miguel, con otros familiares de éste, donde compartieron y, en momento, se encontraron solos, en la habitación de una de sus hermanas, se besaron, él se bajó los pantalones y los calzoncillos, le habría bajado la ropa a ella, sus pantalones y calzones, luego, hubo un diálogo, respecto al uso de anticonceptivos, y, enseguida, mantuvieron relaciones. La niña no percibe el daño asociado a esto. El vínculo del supuesto agresor es cercano. Había harta dependencia emocional de ella hacia él. Habría habido una manipulación del vínculo, porque ella buscaba afecto, confianza, se habría encontrado con cambios afectivos para lo cual no estaba preparada por la edad. Todo fue validado, porque los padres permitieron esta relación, viendo así normalizada toda esta situación abusiva.

Desde su historial, la niña presenta varias carencias, vacíos, que la madre logra identificar, poniendo la denuncia, pero, luego, se retracta, y la culpabiliza, ya que debió decir que no a la agresión. Fue puesta en el papel de mujer, por críticas a su conducta, vestimenta, modo de hablar. Tuvo así que responder a los requerimientos impuestos por una figura agresora. Estaba afectada por una situación de hechizo, no lográndose identificar como víctima.

La niña no percibe el daño, ya que en ningún momento conceptualiza lo que pasó como una agresión, no se siente víctima, necesita todo un proceso para identificarlo, el daño puede manifestarse externamente y también internalizarse. Hubo una situación abusiva. La menor se encontró en una situación de manipulación. No hay un prototipo de víctimas de violación. Hay víctimas de violación que no se consideran como tales, pues no hay percepción del daño.

Octavo: Que, por su parte, la Defensa rindió la prueba consistente en la declaración de la médica Gisella Andrea Hormazábal Pérez, quien dice que le tocó atender a la afectada, una lolita, de 11 años, de mediana estatura, un poco gordita, acorde con su edad, que llegó a la Posta, acompañada de su madre, ésta se veía ansiosa, agitada, angustiada, muy nerviosa mientras la menor se notaba bastante complicada. No examinó a ésta para no victimizarla, de forma innecesaria, pero conversó con ella y le reconoció haber tenido relaciones sexuales con su pololo, a quien quería mucho y que no fue obligada, y que se sentía complicada por el tema de la mamá. Al contarle lo sucedido a ésta se puso a llorar y expresó su rabia y le manifestó querer hacer la denuncia. Piensa que la menor fue víctima de la situación y de la madre, ya que, por su experiencia recogida como médico del SAPU y como Directora del establecimiento ha advertido que en el sector hay mucha prostitución infantil y que llegan muchas menores, muchas de ellas violentadas, a pedir anticonceptivos y que ha notado además casos de menores de 11 y 12 años de conductas sensualizadas. Admite que durante su trayectoria ha atendido sólo un caso de esta naturaleza, pero como Directora ha constado la existencia de otros. Teniendo en cuenta que las niñas tienen un desarrollo puberal un poco adelantado, cree que esta característica se da con la agraviada.

Noveno: Que, el tipo objetivo del delito de violación, está conformado por el concepto de acceso carnal –verbo rector que expresa la conducta prohibida por la ley– y comprende toda conjunción o vinculación, que implica tanto la cópula normal, o coito vaginal, como otras cópulas anormales, concúbicos orales o anales de tipo carnal, que tiene como referente el órgano viril, destinado a invadir las zonas erógenas precitadas; y que en el caso específico del artículo 362 del Código Penal, requiere de que la víctima sea menor de 14 años de edad; y cuyo tipo subjetivo exige un dolo directo, o sea, de la voluntad del agente encaminada a tal finalidad.

Décimo: Que, en forma previa, a tipificar el delito, esto es, a encuadrar los hechos asentados en el juicio al tipo penal requerido por el mismo, es necesario delimitar su alcance y sobre este punto, cabe consignar, por una parte, que es irrelevante que la víctima haya prestado o no su consentimiento para la cópula, por cuanto, tratándose de una menor de 14 años la ley parte del supuesto que ésta es incapaz de autodeterminarse sexualmente; y, por otra parte, que no se requiere la concurrencia de las modalidades de comisión del delito enunciadas en los diversos numerandos del artículo 362 del Código Penal, comoquiera que el propio texto legal, en su acápite final, explicita que no es necesario acreditar tales circunstancias.

Decimoprimer: Que, la configuración de esta figura delictiva, en cuanto al acceso carnal resulta probado con el testimonio de la menor afectada, quien describe como el día del suceso, en el contexto de una relación sentimental, mantuvo relaciones sexuales con el acusado, por vía vaginal; afirmación corroborada por el dicho del médico del Instituto Médico legal, David Montoya Squifi, quien señala que, al revisar a aquélla constató un desgarramiento himeneal reciente y que se encontraba desflorada; y vigorizada por los dichos de la madre de ella, quien fue la primera persona que recibió a la agraviada y la llevó a la Posta, donde se enteró, a través de la doctora Gisella Andrea Hormazábal Pérez, del evento en cuestión y por las declaraciones del perito ya aludido, de la psicóloga Nancy Sánchez Barrientos, y de la doctora Gisella Hormazábal Pérez, quienes fueron testigos de oídas de lo que escucharon decir a la afectada cuando la entrevistaron, en orden haber sido accedida carnalmente por el acusado.

Que, tocante a la edad de la víctima, ella se infiere de los testimonios de la agraviada y de su madre, y, además, de la convención probatoria que expresamente deja constancia de tal dato; sin perjuicio de referirse, además, a los restantes elementos del tipo penal, como ha quedado asentado en la motivación sexta de este fallo.

Decimosegundo: Que, en relación con este hecho punible, la parte acusadora ha rendido prueba testifical y pericial, además de haber exhibido e incorporado al juicio un set de tres fotografías de una evidencia material, consistente en una prenda de vestir de la afectada; prueba que apreciada libremente y con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y, en virtud de los hechos no discutidos insertos en la convención probatoria celebrada entre las partes, se debe tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 27 de noviembre de 2006, en horas de la tarde, en el domicilio ubicado en Pasaje Río Cautín N° 8303, de la comuna de Pudahuel, el acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, introdujo su pene en la vagina de la menor de 11 años N.F.A.C.

Decimotercero: Que, los hechos antes descritos son constitutivos del delito de violación, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en grado de consumado, por cuanto se ha probado que existió acceso carnal, o sea, penetración del pene en la cavidad vaginal de una menor de 11 años de edad, penetración que, como he visto, le causó un desgarramiento himeneal.

Decimocuarto: Que, la participación penal atribuida al acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, como autor de este hecho punible, ha quedado demostrada con la prueba de cargo rendida por la Fiscalía, ya referida y, además con el examen pericial efectuado por la bióloga Sonia Henríquez Garrido, que determinó que el calzón que portaba la víctima ese día, visualizado en las 3 fotografías acompañadas, sometido a examen de ADN, evidenció flujo vaginal, con perfiles genéticos correspondientes a ella y a su victimario; sin perjuicio, de considerar que la presente premisa inculpatoria se halla refrendada por la convención probatoria tantas veces aludida.

Decimoquinto: Que, el cuestionamiento defensivo dice atinencia con uno de los elementos del delito, cual es la culpabilidad, referido a un error de prohibición, al estimar que el acusado actuó en la creencia de que la relación sentimental habida con la ofendida y el consentimiento que ella prestó para la realización de la cópula, operó como justificante.

Decimosexto: Que, a fin de delimitar los alcances de la presente problemática, es menester hacer una distinción entre error de tipo y error de prohibición.

Esta diferenciación descansa en la teoría finalista, mayoritaria en la actualidad, que se adscribe al juicio de reproche penal en que se asienta la culpabilidad, siendo uno de sus elementos la conciencia de la antijuridicidad, que dice relación con la ilicitud del actuar, y que desplaza a los elementos psicológicos del dolo y culpa al tipo penal, como su fase subjetiva.

De esta manera, el error de tipo recae sobre los elementos objetivos del delito y excluye el dolo, a título de causal de atipicidad; ejemplo del cual sería el sujeto que tiene relación sexual con su víctima, ignorando que era menor de 14 años de edad mientras el error de prohibición importa un desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta que conlleva a excluir la culpabilidad, ya que el individuo tiene un falso o equivocado de que su actuar es lícito, conforme a derecho, ignorando que se está contrariando el ordenamiento jurídico. Este enlace con la licitud y la ilicitud del acto nos lleva al elemento antijuridicidad, esto es, la contrariedad del acto típico con el derecho, y, más específicamente, con la conciencia de la antijuridicidad, que forma parte de la culpabilidad, que implica que el sujeto sepa que su conducta se contradice con el sistema jurídico.

Finalmente, interesa recalcar que este conocimiento de la ilicitud no requiere un conocimiento particular de la norma jurídica infringida, sino que al saber que tenga un hombre común –un profano– de que su comportamiento lesiona los preceptos valóricos de la sociedad en que está inserto.

Decimoséptimo: Que, para legitimar su invocación del error de prohibición, la defensa, aduce, en primer término, que no puede presumirse de derecho la responsabilidad penal y, por ende, la presunción de voluntariedad prevista en el artículo 1° del Código Penal es simplemente legal y, consiguientemente, admite prueba en contrario.

En segundo lugar, impetra los artículos 224 y 226 (sic) –debió decir 225– que castiga a miembros del Poder Judicial que dictaren sentencias manifiestamente injustas, en materia penal y civil, por ignorancia inexcusable, de donde se infiere que el error constituye delito sólo cuando es inexcusable.

Que, en tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, afirma que la consagración civilista del error, que descansa en el artículo 8º del Código Civil, que presume de derecho el conocimiento de la ley, no es aplicable en materia penal.

En cuarto término, invoca la aplicación del artículo 369 bis del Código Penal, referido a la apreciación de la prueba en los delitos sexuales conforme a las reglas de la sana crítica.

Por último, se vale de la jurisprudencia para avalar su tesis y, al efecto, menciona dos casos concretos, relativos a Tribunales de Garantía de Colina y tribunal de Juicio oral en lo Penal de Los Ángeles.

Decimoctavo: Que, habiendo la doctrina y jurisprudencia aceptado el error de prohibición y sus consecuencias jurídicas, el tribunal estima inoficioso pronunciarse sobre los fundamentos de derecho de tal postura.

Empero, rebate la aplicación del artículo 369 bis del Código Penal, en atención a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, de data posterior.

Decimonoveno: Que, en relación a los fundamentos de hecho aducidos por la defensa para afianzar su tesis, cabe desestimarlos, teniendo presente al efecto, lo siguiente:

Que el hecho de que el delito se hubiera dado en un contexto de una relación sentimental, de suyo, no es gravitante para estimar que el acusado actuó creyendo en la licitud de su conducta, ya que lo que hace reprobable su conducta es la minoría de edad de la ofendida y su consiguiente estado de inmadurez mental y emocional que desaconsejaba su acceso carnal.

Que, no puede pretenderse que el consentimiento de la víctima sea justificante de la conducta del hechor, ya que, sabiendo la minoría de edad de aquélla, como él mismo lo ha reconocido, lo que aquélla ha corroborado y la convención probatoria ha reafirmado; no ha podido pensar siquiera que, dado el escaso desarrollo y madurez mental que se supone tienen las niñas de esa edad, podía consentir válidamente el acto sexual, en atención a su falta de capacidad para ejercer la autodeterminación sexual.

Que, la escolaridad limitada del acusado, aducida por la defensa, ya que sólo llegó hasta 5º básico, no tiene el alcance que se le pretende dar, pues ella se suple, en el plano cognoscitivo, con el hecho de vivir en la ciudad capital, centro cultural por excelencia; con la información disponible en los medios de comunicación, TV, radio y prensa escrita; y con las experiencias del diario vivir. Sobre este punto, interesa resaltar la falta de veracidad del acusado, que sólo admite que escuchaba música en la radio, lo que contrasta con lo expuesto por la afectada, en el sentido que compartían la TV y el DVD y veían películas; y el hecho reconocido por él de que trabajó en Puerto Montt y Osorno, lo que, a no dudar, amplió su capacidad de juicio crítico. De esta manera, cabe colegir que las características de socialización del acusado, correspondiente a un ciudadano ciudadano desmerecen su posición de haber actuado con un equivocado concepto de la realidad socio jurídica.

Que la circunstancia de que el acusado hubiera transparentado su relación amorosa, pidiéndole permiso a la madre de la ofendida para pololear, no abona su buena fe, ya que ésta terminó cuando abordó sexualmente a la menor.

Que el clamor tanto de la agraviada como de su madre, en el sentido de que no desean que el acusado sea castigado, encuentra su explicación en la relación parental, ya que aquélla es conviviente del hermanastro de éste.

Que, finalmente, la precocidad sexual que se cree advertir en la sociedad actual, tampoco avala la tesis defensiva, por cuanto su condición de mayor de edad, con capacidad de discernimiento, debió hacerle frenar cualquier desenfreno al respecto, dada la minoría de edad de la afectada, cuyo desvalor sexual es evidente a los 11 años, por razones tanto psíquicas como fisiológicas.

Vigésimo: Que, en cambio, apreciando libremente la prueba rendida, cabe concluir que no existen antecedentes en el juicio que avalen la tesis de la Defensa que permitan determinar que las particularidades del acusado, su entorno familiar y las circunstancias fácticas del caso, hayan motivado que actuara con un error de prohibición inevitable.

En efecto, como consideración previa, es necesario tener presente que el elemento relevante de la teoría alterna de la defensa, es el testimonio del acusado, por ausencia de prueba pericial relativa a una definición de su perfil psicológico que pudiera haber ilustrado mejor al Tribunal respecto de su postura frente al caso.

Que, en este orden de cosas, cabe considerar que el acusado impresiona como un joven sano, aseado y vestido con decoro, y se expresa en forma evasiva, con voz entrecortada y con llantos cuando se refiere a la afectada, respecto de la cual dice sentir gran cariño, evidenciando una normalidad promedio. Interesa en este caso recalcar que en estrados evidenció un intelecto de rango aceptable, que no obsta a la percepción de la sexualidad, en términos de discernir perfectamente lo inadecuado de su conducta.

Que, abocado a dicho testimonio, se advierte en él sendas contradicciones que le restan credibilidad y verosimilitud. Así tenemos que mientras la afectada dice que tuvo relación sexual en una sola oportunidad, él sostiene que fueron “como en 10 ocasiones”, Asimismo, en circunstancia que aquélla dice que sabía su edad, éste, luego de desconocerla, al ser preguntado por el Fiscal la edad que tenía la afectada cuando empezaron a pololear, responde que 11 años; sin perjuicio de considerar que la convención probatoria acordada entre las partes hace expresa referencia a dicha edad. Por último, referido al campo de su situación socio cultural, dice que sólo escucha música en la radio; empero, la ofendida señala que compartían juntos la TV y el DVD., y veían películas.

Que esta falta de veracidad conlleva a lo menos, sino a descartar, a dudar su versión del caso, en desmedro de su planteamiento defensivo.

Que, a lo anterior, cabe agregar los dichos de la madre de la menor, Virginia Calderón Morales, quien en uno de sus apartados, en que describe las circunstancias en que le dio permiso para que pololeara con su hija, expresa textualmente que le advirtió que: “no se te vaya a ocurrir hacerle daño a mi hija o te voy a meter preso” y, aclarando su dicho, dice que se refería a “tener relaciones, tocarla”: con lo cual queda de manifiesto que fue advertido de las consecuencias eventuales que le podría acarrear su actuar, en el plano sexual, por lo que su alegación de que no sabía la ilicitud de su actuar posterior carece de sustento.

Aún más, esta misma testigo, en otro párrafo, dice que, en dicha oportunidad, también le advirtió que su hija era una niña, que todavía jugaba a las barbies, denotando así su inmadurez emocional que debió hacerle refrenar su ímpetu amoroso.

Por último, esta misma deponente, aduce que el día del suceso estaba intranquila, porque su hija no llegara a casa y, al explicar su motivación, expresa: “porque Miguel la andaba acosando, en todos los lados, buscándola”, lo que hace plausible considerar la existencia de una suerte de manipulación por parte del acusado para acceder a la menor.

Sobre este punto, resulta decisivo el atestado de la perito psicóloga Nancy Sánchez Barrientos, quien, luego de analizar el historial de la menor, en que resalta la ausencia de sus padres, a temprana edad, uno, por estar preso, y la otra, por un accidente, en que debió asumir el rol paternal su abuela materna; de evaluar el caso sub lite; y de ponderar la reacción posterior de aquella, en que predomina una sintomatología depresiva progresiva, con un episodio suicida; determina la existencia de una suerte de hechizo, por la mayor dependencia emocional de la afectada con el acusado, en que no logra identificarse como víctima, todo lo cual conlleva a reconocer patrones de manipulación de vínculo y abuso de parte del acusado, situación en que la diferencia de edad entre víctima y victimario tiene especial relevancia, por encontrarse aquélla en evidente desvalor psicológico y mental, frente a éste; y su acercamiento al mundo delictual, admitido por el mismo, en cuanto asevera que la revocación de su permiso para pololear se motivó en que “andaba robando”, implicó una baja de su estima que no permitió un adecuado control de su impulso sexual.

Significativo resulta también el conocimiento que tenía; y el acusado del entorno familiar de su víctima, ya que ambas familias vivían juntas, aquél, en la parte delantera de la casa, y ésta, en la parte trasera; al hecho de compartir algunas convivencias y a la circunstancia de que el acusado sabía que la menor jugaba algunos juegos propios de su edad, a las

muñecas, entre otros, todo lo cual no se condice con un falso concepto de la licitud de su actuar.

Asimismo, su experiencia sexual previa ha debido influir en este contexto, por cuanto su vinculación anterior con el sexo opuesto, frente a la nula experiencia de la víctima, debió propender, lógica y, razonablemente, a la convicción de que su relación con una menor de edad no era aceptable, desde un punto de vista normativo.

Vigésimo primero: Que, en nada altera lo anterior, el testimonio de la doctora Gisella Andrea Hormazábal Pérez, que fue la persona que atendió a la afectada en la Posta y que aduce que la menor fue víctima de la situación y de su madre, pues, aparte de que tal afirmación es de carácter subjetivo y no razonada, y emana de una profesional no especialista en el área de la psicología; no tiene mayor incidencia en el fondo del asunto debatido.

Vigésimo segundo: Que, dado el veredicto de condena, el Ministerio Público adujo que favorecían al acusado las atenuantes de los N°s. 6 y 9 del artículo 11 del Código, por ostentar un extracto de filiación, sin antecedentes penales; y, por cuanto prestó una colaboración eficaz, como quedó reflejada en la convención probatoria a que arribaron las partes.

Que, asimismo, afirma que, en cuanto a la rebaja de pena que derivaría de tales circunstancias, la deja entregada al criterio del Tribunal, debiéndose considerar al respecto la extensión del mal causado, conforme el artículo 69 del Código Penal; sin embargo, más adelante, manifiesta que, en todo caso, deberá considerarse el daño experimentado por la víctima.

Finalmente, sostiene que no le asisten los beneficios de la ley N° 18.216.

Vigésimo tercero: Que, por su parte, la Defensa impetra tales minorantes, en términos similares a los esgrimidos por la Fiscalía, y, al efecto, acompaña una copia de su extracto de filiación, sin antecedentes, razón por la cual se acogerá tal predicamento, ya que, por un lado, consta la irreprochable conducta anterior del acusado, evidenciada por su prontuario, exento de anotaciones; y, por otra parte, ha quedado demostrado que cooperó substancialmente al esclarecimiento de los hechos, como fluye de la referida convención probatoria y teniendo especialmente en cuenta que el elemento de cargo más significativo está dado por la imputación de la menor, ya que los restantes, derivan de su relato inculpativo, lo que de suyo da relevancia a las declaraciones del acusado.

Señala a continuación que, conforme a lo anterior, la sanción deberá ser rebajada en toda su extensión y se le dé por cumplida con el tiempo que estuvo en prisión preventiva y, en su defecto, se le otorguen los beneficios de la ley 18.216.

Además, adjunta dos documentos, que acreditan su autorización para la práctica de exámenes médicos, que el tribunal estima irrelevantes para la decisión de fondo.

Vigésimo cuarto: Que, concurriendo en la especie dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, el tribunal rebaja la sanción en tres grados, por estimar que la pena en definitiva a aplicar se ajusta de mejor manera al caso concreto comoquiera que, dentro del ámbito del artículo 69 del Código Penal, debe justipreciarse el hecho de que la afectada, según su propio testimonio y el de la perito psicóloga, tuvo en éste el apoyo y cariño que no obtuvo en su familia; y, además, porque tanto ella como su madre han manifestado en estrados que no quieren que el acusado sea castigado, en el caso de esta última, por no producir más sufrimiento al interior de la familia, toda vez que su suegro es el padre del imputado.

Vigésimo quinto: Que, en relación al quantum de la pena se estará a lo que se resuelva en la parte resolutive de esta sentencia; debiéndose considerar que no proceden los beneficios de la ley 18.216, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° de la expresada normativa

Vigésimo sexto: Que, habiendo sido condenado el acusado deberá pagar las costas de la causa, conforme lo dispone el artículo 47 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 6 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 2430, 50, 68, 79 y 362 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 329, 330, 331, 332, 340, 341, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se

declara:

1. Que se condena a Miguel Félix Caris Melgarejo, ya individualizado, a la pena de ciento ochenta y cinco días de presidio menor en su grado mínimo, a la accesoría de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de violación en la persona de la menor N.F.A.C., previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrado el día 27 de noviembre de 2005, en la ciudad de Santiago, Comuna de Pudahuel.
2. La pena impuesta al sentenciado se le da por cumplida con el tiempo que estuvo detenido y en prisión preventiva, el día 27 de diciembre de 2005 y desde el 11 de enero al 13 de julio del presente año.
3. Devuélvase la prueba documental acompañada al juicio.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y en el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales y remítase copia autorizada de esta sentencia, con certificado de ejecutoria, al Juzgado de Garantía que corresponda para su cumplimiento y ejecución.

Redactada por el Juez Carlos Hazbún Allende.

Regístrese.

Pronunciada por los jueces doña Ana María Osorio Astorga, quien presidió la audiencia, doña Irma Andrea Tapia Valdés y don Carlos Hazbún Allende, todos titulares de este tribunal.

RIT N° 40 2006.

RUC N° 050016446 5.

Texto Sentencia Tribunal Base:

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Santiago, 27 de octubre de 2006.

Vistos:

Primero: Que, con fecha veintitrés de octubre de dos mil seis, ante esta Sala del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrada por la Juez Presidente doña Ana María Osorio Astorga y los Jueces doña Irma Andrea Tapia Valdés y don Carlos Hazbun Allende, se llevó a cabo el juicio oral en la causa rol interno N° 40 2006, seguida en contra de Miguel Félix Caris Melgarejo, carnet de identidad N° 16.413.764 0, natural de Puente Alto, nacido el día 17 de enero de 1987, de 19 años de edad, soltero, comerciante, domiciliado en Pasaje Disputada N° 1371, Pudahuel.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por los fiscales doña María Paz Fredes Padilla y don Hugo Cuevas Gutiérrez y la defensa estuvo a cargo del Defensor don Andrés Rojas Román, todos con domicilio registrado en el Tribunal.

Segundo: Que, la acusación del Ministerio Público se funda, según el auto de apertura del juicio oral, en los siguientes

hechos: "El día 27 de noviembre de 2006, en horas de la tarde, en el domicilio ubicado en Pasaje Río Cautín N° 8303, de la comuna de Pudahuel, el acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, ya individualizado, introdujo su pene en la vagina de la menor de 11 años N. F. A. C., accediéndola carnalmente".

Este hecho constituye el delito de violación, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en el que se le atribuye al acusado la calidad de autor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 14 N° I y 15 N° I del Código Penal.

Respecto del acusado concurre la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior y no le perjudica ninguna circunstancia agravante.

Finalmente, el órgano persecutor penal pide se le condene a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias pertinentes y al pago de las costas de la causa.

Tercero: Que, en su alegato de apertura, el Ministerio Público, ratifica los hechos expuestos en su acusación, los que ofrece acreditar con la prueba testimonial y pericial que se rendirá, además de la convención probatoria que se ha leído en la audiencia.

Sobre este punto, resalta los informes periciales que acreditarán que el himen de la víctima tiene evidencia compatible con una relación sexual y que los perfiles genéticos que se encontraron en su ropa corresponden a ella y al acusado.

Sostiene que el hecho de acceder sexualmente a una menor de 11 años, por vía vaginal tipifica el delito previsto en el artículo 362 del Código Penal, que requiere tres requisitos, un acceso carnal, por vía vaginal, que se trate de una menor de 14 años y que exista voluntariedad por parte del imputado, es decir, dolo.

La defensa dirá que esta acción se realizó en el marco de una presunta relación sentimental, pero en nada importa el presunto consentimiento que vaya a prestar la víctima, ya que lo que se trata de proteger es la indemnidad sexual de un tipo especial de personas que son los menores de edad, que no tienen la capacidad de desarrollo mental o la madurez suficiente para autodeterminar su propia sexualidad. Hay que recordar que antes de la modificación legal, el límite de edad estaba establecido en los 12 años, por lo que, en ese tiempo, estos hechos igual serían delito.

Dicha defensa pretenderá convencernos de que la existencia de dicha relación sentimental hizo que el acusado no pudiera tener conciencia de que lo que estaba haciendo fuera ilícito, pero, la prueba a rendir en el juicio, descartará el error de prohibición que aduce y ello, porque el acusado tenía todas las condiciones para saber que lo que estaba haciendo con la menor no era lícito y porque aquí no se da el requisito de la inexcusabilidad del presunto error, por las condiciones personales del imputado y por su condición social que le daban todas las herramientas para entender lo ilícito de su conducta, pues lo que se requiere no es saber que tal acción se encuentra tipificada en el artículo 362 del Código Penal como violación, sino que lo que se necesita es un conocimiento general de que dicha conducta está reñida con el ordenamiento jurídico.

En su alegato de clausura, la Fiscalía afirma que ha logrado acreditar todos y cada uno de los requisitos del delito de violación de una menor de 11 años, por vía vaginal, relación admitida por el propio acusado, quien pretende excusarla en base a la existencia de una relación de pololeo entre ellos, sin embargo, cabe preguntarse si una niña, de 11 años, que cursa el 5 año básico, que juega los juegos normales de esa edad, a las muñecas, que ve películas, etc., está en condiciones de decidir su vida sexual, la respuesta indudable es que no. La perito Nancy Sánchez nos ha relatado su inmadurez, acorde a su edad, que no la capacita para tomar una decisión de esa envergadura ni tampoco prever sus consecuencias. El artículo 362 del Código Penal no considera en absoluto el consentimiento de la víctima, pues el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, lo que se pretende proteger es la vulnerabilidad de estas personas que no están en posición de tomar decisiones respecto de su sexualidad. Sabemos que la ley se modificó y que la edad para consentir es de 14 años, en cambio, aquí estamos hablando de una niña de 11 años, que aún no se ha percatado del daño psicológico sufrido, que presenta rasgos de una situación abusiva. La psicóloga explicó claramente esta situación, que vive una etapa de hechizo, que su conducta está sexualizada, está vulnerable a sufrir situaciones similares en el futuro. El acusado, por su parte, es mayor de edad, 18 años, plenamente responsable de sus actos, que no vive en el sector rural, que tiene acceso a todos los medios de comunicación, con experiencia previa, por lo que no puede pretenderse que no sabía que lo que estaba haciendo estaba mal, pues sabía perfectamente que la víctima tenía 11 años, veía los juegos que realizaba, típicos de esa edad, que, al ser preguntado, no sabe si la menor es una mujer o una niña,

que no se cuestionó la edad de la víctima; todo lo cual evidencia que no tuvo el cuidado de un hombre común y corriente en su proceder. Este error de prohibición que la defensa quiere hacernos creer no existe, puesto que no estamos ante un error invencible, inevitable, dado el nivel de educación del acusado, su conocimiento de la menor y su entorno y en atención a la integración que tiene en la sociedad, por lo que debe ser condenado por su conducta reprochable.

En su réplica, la Fiscalía arguye que la defensa pretende hacernos olvidar lo que dice la ley, respecto a la tipicidad del delito, acceso carnal con un menor de 14 años. Pretende hacernos creer que hubo un consentimiento de parte de la víctima y un consentimiento social como si ello fuera suficiente para derogar la ley. El artículo 8º del Código Civil establece el conocimiento presunto de la ley. El artículo 1º del Código Penal establece la voluntariedad en la comisión del hecho y esta voluntariedad de parte del acusado no es meramente jurídica, sino que se apoya en hechos concretos, se trata de una persona mayor de edad, que tiene discernimiento y experiencia sexual, tiene acceso a información, que no sólo se da en la TV, sino que en el diario vivir y en la convivencia con otras personas, él conocía perfectamente la edad de la menor, ya que la conoce desde los 5 años. No es efectivo que se comporte como un niño, como pretende la Defensa, ya que, ante las preguntas formuladas por la Fiscalía contestó con desenfado, que le daba lo mismo, que no le parecía incorrecto tener relaciones con una persona de 8 o 9 años de edad, que la menor puede definir su sexualidad, en circunstancia que la perito niega tal posibilidad. El apoyo que le prestó el acusado fue en un marco de manipulación. El consentimiento de la menor es irrelevante para la ley, ya que lo que se protege es la indemnidad sexual de una menor de 11 años, que juega con muñecas, que no había tenido nunca relaciones sexuales, que no podía definir sus opciones sexuales. El error de prohibición argumentado por la defensa no resulta inexcusable ni invencible, pues el acusado es una persona integrada en la sociedad, con acceso a la información, mayor de edad, que conocía a su víctima. No era necesario que conociera lo que dispone el artículo 362 del Código Penal, sino lo que se exige es un conocimiento profano de parte del ciudadano común, medio, acerca de la ilicitud de la conducta.

Cuarto: Que, en su alegato de apertura, la Defensa afirma que el acusado no es un violador, ya que hacerlo sería omitir una serie de elementos normativos del tipo penal que el Ministerio Público no ha considerado. Es cierto que existe una acción típica y antijurídica, pero, además, dicha acción debe ser culpable, susceptible de reproche, sin embargo, en este caso no hay culpabilidad, ya que el acusado cree en la licitud de su conducta y, lo mismo, la víctima. No hubo solo una relación íntima, sino que fueron varias, producto de una relación sentimental, en la cual quisieron demostrar su cariño de la única forma natural de hacerlo, cual es mantener relaciones sexuales. De esta manera, se acreditará el contexto en que ellas acaecieron, que la ofendida es hijastra del hermano del acusado, que viven en la misma casa, que tuvieron una relación abierta, pues era conocida, que la madre de la afectada autorizó tal relación y que si bien ésta, luego la desautorizó, ellos siguieron viéndose. El acusado no se prevalió de la edad de la menor para tener relaciones, sólo se enamoró, no hubo lesión a la indemnidad ni a la libertad sexual, lo que sumado al despertar sexual de estos tiempos, excusa su conducta. Finalmente, afirma que todos estos elementos que la doctrina ha llamado normativos, que no se encuentran descritos en la conducta, deben ser integrados al tipo penal para resolver conforme a derecho su petición en orden a que estamos en presencia de un error de prohibición, razón por la cual pide la absolución del acusado.

Que, en su alegato de clausura, la Defensoría aduce que la declaración del acusado es transparente, impresiona más como un niño que como un adulto, nació en el año 1987, llegó hasta 5 básico, tiene una escolaridad limitada, es cierto que vive en la ciudad, que tiene TV y radio, pero no ve ni lee las noticias. Conocía de antes a la afectada, no sabía su edad, sólo que era menor y le gustaba, pololearon 7 meses, le pidió permiso para hacerlo a la mamá de la afectada, quien se lo otorgó, con tal que asumiera cierto compromiso y como no lo hizo, le quitó la autorización, pese a lo cual ellos siguieron viéndose. El día 27 de noviembre, tuvieron relaciones sexuales, no porque el acusado tramara un engaño, sino por el amor que se sentían, ese día se juntaron a escondidas, ya que se amaban, pero la madre receló y cuando su hija llegó a la casa, la mechoneó y la llevó a la Posta, donde recién se enteró por la doctora que aquélla había tenido relaciones con el acusado, quien presentó la denuncia, pese a que no quería hacerlo, pues la relación fue consentida y teniendo en cuenta el despertar sexual a temprana edad y su experiencia de tener que atender cada vez un mayor número de menores que buscan anticonceptivos. Carabineros lo puso a disposición del Juzgado de Garantía, que le otorgó la libertad, pero luego la Corte la revocó, pasando varios meses en la Cárcel, sufriendo el estigma de ser violador, pese a lo cual mantuvo contacto con ella a través de cartas, en una de las cuales, que se incorporó al juicio, estaba el teléfono de la ofendida y mediante el cual también se comunicaban. Actualmente la madre de la afectada no quiere que el acusado sea sancionado, pese a que anteriormente le había dicho que si algo le pasaba a su hija, lo iba a meter preso, lo que ocurrió. A raíz de esta situación, la menor sufrió una depresión, trató de cortarse las venas, al perder a la única persona que la cuidaba y apoyaba. El único daño sufrido fue el perder al acusado. La afectada es más mujer de lo que piensa, las niñas se desarrollan antes, puede determinar y definir su sexualidad.

Nadie discute la existencia de un hecho típico y antijurídico, pero, además, debe ser culpable, culpabilidad que no existe, pues hay un error de prohibición, cuyos presupuestos se dan en este caso. La relación fue consentida por la víctima y su familia, fue pública, sin daño a la libertad sexual ni a la indemnidad y sin prevalerse de la edad de la menor. Abona la teoría del error de prohibición, los artículos 224 y 226 del Código Penal, que habla del error inexcusable. Asimismo, la presunción del artículo 1º del Código Penal, admite prueba en contrario, por ser simplemente legal. Pide apreciar el caso

conforme a las reglas de la sana crítica prevista en el artículo 369 del Código Penal y, finalmente, invoca dos casos de jurisprudencia para avalar su tesis.

En su réplica, insiste en sus argumentaciones y en negar que su defendido supiera la ilicitud de su conducta, incluso a nivel profano, y que la presunción de conocimiento de la ley que establece el artículo 8 del Código Civil es una ficción, ya que ni siquiera las personas vinculadas al derecho conocen toda la ley.

Quinto: Que, el acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, advertido de su derecho a guardar silencio, expresa que desea prestar declaración en el juicio y, al efecto, exhortado a decir verdad, expone que conoció a la Nicole –se refiere a la ofendida– desde hace años, cuando tenía seis años y ella un año, cuando vivían en la Santa Rita, de ahí se fue a vivir con su madre y la dejó de ver, posteriormente, se fue a vivir donde su padre y la volvió a encontrar, que no sabía su edad y nunca se la preguntó y que sólo ahora sabe su edad; más adelante, preguntado, dice que la Nicole tenía 11 años cuando comenzaron a pololear; que hace dos años, a la fecha, comenzó a interesarse en ella, y le pidió pololeo, con autorización de su madre, permiso que le pidió en el comedor de la casa, ante la presencia de toda la familia y unos primos suyos, permiso que duró dos meses y, luego, ésta se lo quitó, pues andaba robando, pero ellos siguieron viéndose. Dicho pololeo se extendió por siete meses y que su primera relación fue entre uno a dos meses de iniciado éste.

Dice que ambas familias viven un solo inmueble, de dos pisos, en la parte delantera vive él y su padre y, en la parte trasera, Nicole, su mamá, una hermana y su conviviente, que es hermanastro suyo, que vive ahí hace dos años, que nació en Puente Alto y que siempre ha vivido en la región Metropolitana, en Conchalí y en Pudahuel Sur, que cursó hasta 5º año básico, que sus condiciones de vida no han sido tan dignas, que no ha tenido muchas necesidades, que no se preocupa de informarse, que no ve TV ni escucha las noticias, que sólo oye música, que trabajó en provincia, Puerto Montt, Osorno, y que actualmente trabaja en las ferias de Pudahuel, Errázuriz y Bonilla.

Señala que quiere mucho a Nicole, que no la violó, pero se niega a responder las preguntas del Fiscal atinente a este hecho; más adelante, recapacita y dice que fue en la casa de su mamá, en una pieza del segundo piso; agrega que la considera una mujer, por lo que hablan y conversan; sin embargo, preguntado dice que no sabe la diferencia que hay entre una mujer y una niña. Añade que el primer beso fue en la casa de ella, estaban jugando y acostados, uno al lado del otro, que, enseguida, comenzaron a salir al Centro y a las plazas, andaban tomados de la mano y planeaban el futuro, casarse y tener hijos.

Que el día 27 de noviembre salió con Nicole y llegaron tarde, lo que irritó a su mamá, quien llamó a Carabineros y lo llevaron preso y, luego, en el Juzgado lo dejaron en libertad; pero, a la semana, lo volvieron a detener y estuvo preso cerca de siete meses, saliendo luego en libertad, dice que sufrió mucho en la Cárcel, por el delito que le imputaba y que tuvo que pelear y a veces aguantar para evitar ser agredido, que se comunicaba con ella por cartas y a veces por teléfono, unas dos veces, que como tres semanas antes de salir en libertad, recibió una carta de ella, que le decía que lo quería, carta que no quería mostrar para que ella no creyera que la estaba utilizando.

Expresa que tuvo relaciones con ella como en 10 oportunidades, que ella no tenía experiencia previa, pero él sí. Insiste que no la violó, que no sabía que podía ir preso por lo que estaba haciendo. Nicole tampoco lo sabía.

Sexto: Que, las partes alcanzaron la siguiente convención probatoria: Que el imputado Miguel Félix Caris Melgarejo, cédula nacional de identidad N° 16.413.743 0, introdujo su pene en la vagina de la menor de 11 años de edad, Niciole Francesca Astete Calderón, accediéndola carnalmente.

Séptimo: Que, con el objeto de acreditar la acusación, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba:

a) Dichos de N. F. A. C., quien declara por circuito cerrado de televisión y expresa que sabe que se le citó al tribunal, por haber tenido relaciones con un mayor de edad, que ellas ocurrieron en la casa de Miguel –se refiere al acusado– en Pudahuel Sur, que compartían su mamá, ella, su hermana y el conviviente de aquella, que vivían en la parte de atrás y Miguel, con su papá, en la parte delantera, además de una abuela, la hermana y un primo.

Ese día, salí con el “Cacan” y fuimos a la casa de su mamá y allí tuvimos relaciones sexuales, en la pieza de su hermana, en el segundo piso, fue espontáneo, de repente, era primera vez que tenía relaciones, ya que no había tenido antes ni tuve después, luego me dirigí a mi casa, mi mamá me llevó a la Posta y hablé con la doctora, a quien le conté lo

sucedido y puso la denuncia y mi mamá pidió la pastilla de un día después, para evitar que quedara embarazada.

Mi mamá al enterarse de lo sucedido estaba super mal, en esa época tenía 11 años y hacía cuatro meses que pololeaba, desde el mes de septiembre, a partir del cumpleaños de un hermano. Mi mamá sabía de nuestra relación, pero le había impuesto la condición de que trabajara y estudiara, ya que era mayor de edad y no lo hacía, pero, como no lo hiciera, nos quitó el permiso, pero, igual, seguimos con nuestra relación. Nunca antes había pololeado, sé que pololear significa estar con la persona que una quiere y compartir sus sentimientos, en esa época, además de mi familia, me juntaba con mis compañeros de colegio y otras amigas. En el colegio, me desempeñaba como jefa de talleres, o bien, trabajando en el computador o haciendo tareas; en la casa, jugábamos a las muñecas o veíamos películas, que cuando pololeaba con Miguel se juntaban en la plaza y en su casa, donde jugaba, sólo en una oportunidad estuvo en la casa de él y fue cuando tuvieron relaciones.

En su casa había TV y radio, que funcionaban e incluso un DVD y vimos una película; en mi casa también veíamos TV y escuchábamos radio. No recuerda de cuándo conoce a Miguel ni desde que época vive en el lugar. Sabe lo que es una relación sexual, sus consecuencias y el riesgo de quedar embarazada y que ese día, si bien discutieron el tema, no tomaron ninguna prevención al respecto.

Entiende que lo que hicieron no es una violación, pues lo hizo con su consentimiento, que lo hizo porque lo quería, no sabe si ahora lo quiere, en ese entonces pensaba en él, lo amaba, lo veía como su protector, querían llegar juntos a viejo, casarse y tener hijos,

Añade que cuando Miguel estuvo preso le mandó una carta, diciéndole que lo quería y lo extrañaba e incluso en su anverso puso un signo de un beso demostrativo de su sentimiento hacia él. Dice que él, a su vez, le mandó varias cartas, del mismo tenor.

Indica que tanto ella como su madre no quieren que "Cacan" quede preso, ya que están viviendo su vida, por su lado, y quieren que él la viva, por el suyo.

Respecto a los exámenes que tuvo que hacerse, dice que, por un lado, no quería hacérselos, porque "le daba cosa", y, por otro, no tenía nada que ocultar.

Miguel sabía mi edad, pues me conocía desde los cinco años.

b) Atestados de Virginia Argentina Calderón Morales, quien manifiesta que es madre de la afectada y que un día su hija Nicole le pidió permiso para ir a ver a su padre, lo que le extrañó, porque ella nunca había vivido con él, estuvo todo el día intranquila, la empezó a buscar por todas partes y a las 10,30 horas de la noche llegó, la mechoneó y la llevó a la Posta, porque sospechó del acusado, quien la estaba acosando en todos lados, buscándola, y la doctora le contó lo sucedido, hizo una denuncia y la derivó al Instituto Médico Legal.

Explica que éste, unos días antes, le había pedido permiso para pololear con su hija y ella se lo había concedido, siempre que no se drogara y no hiciera nada malo, ya que, por vivir en la misma casa, le constaba tales circunstancias, advirtiéndole que si le pasaba algo a su hija, lo iba a meter preso, refiriéndose a tener relaciones, a tocarla, advertencia que le hizo por ser mayor de edad.

A raíz de este problema, su hija estuvo afectada psicológicamente, pasaba llorando, intentó cortarse las venas, le decía que la odiaba, echaba de menos a Miguel; luego, experimentó un cambio, y ahora se le ha quitado. A lo mejor ella pensaba que la quería, por ser una adolescente tonta. Piensa que ella sufría, por ser una niña.

Señala que Miguel vivía con su familia, en la misma casa en que vivía ella, con Nicole, quien cursaba 5º básico, y sabía que su hija jugaba a las muñecas, a las barbies, que no se visitaban, salvo el papá de Miguel y éste que iban a veces a almorzar.

Su hija en esa época quería aparentar ser mujer, pero sabía que era una niña, Miguel se mostraba bastante interesado

en ella, lloraba a “moco tendido”, pero ella siempre pensó que había que tener cuidado.

Nunca se planteó la posibilidad que ellos se vieran a escondidas, ya que cada vez que su hija salía, ella la buscaba.

Agrega que ella no quería hacer la denuncia y seguir adelante, por su suegro, que sufre por él y por las consecuencias que han derivado de dicha situación, por ella las cosas no debieron haber llegado hasta aquí.

c) Asertos del médico legista Davis Montoya Squifi, quien expresa que tiene 74 años de edad y que ejerce su profesión hace más de 32 años en el Instituto Médico Legal, habiendo sido hasta hace poco Jefe de la Unidad de Sexología Forense y siendo actualmente Sub Director del Servicio, con un promedio de atención de pacientes arriba de los 3200 casos y que dice que el día 29 de noviembre de 2005, le tocó atender a la afectada, de 11 años, quien le relató haber tenido relaciones consentidas en tres oportunidades, la última dentro de las 48 horas. Agrega que, al examen clínico, se veía con una salud clínicamente normal; cabeza, cráneo y cuello, normales, sin lesiones; tórax, sin lesiones; extremidades superiores, sin lesiones; abdomen, sin lesiones; extremidades inferiores, sin lesiones; vulva normal, sin lesiones; el himen presentaba un desgarramiento reciente, a las 5 horas del puntero del reloj, en vías de cicatrización, concordante con data de 48 horas antes. Se le tomó muestra de contenido vaginal. Año de aspecto y tonicidad normal, sin lesiones. Las conclusiones de este informe es que la examinada presentaba lesiones himeneales concordantes con un acto sexual reciente de 48 horas. El examen de contenido vaginal no reveló la existencia de semen ni espermios y que se encontraba, al momento del examen, desflorada, en forma reciente, pues presentaba una rotura en dicha membrana elástica, cuyos bordes se separan, a raíz de la penetración, lo que no sucede cuando el himen es complaciente, en cuyo caso las paredes se distienden. En relación a la versión de la menor, y lo que él halló en su órgano genital, expresa que ésta pudo haber interpretado actos sexuales anteriores que no fueron completos y que no significan penetración, pues, de haberla habido, se hubiera desflorado.

d) Expresiones de la bióloga Sonia Henríquez Garrido, quien señala que se desempeña en el Laboratorio de Criminalística de Carabineros de Chile, hace un año y que tuvo que revisar una evidencia material, consistente en un calzón, que venía, embalada, con rótula y su respectiva cadena de custodia, a fin de tomar muestras y hacer su análisis correspondiente. Agrega que el día 25 de abril del año en curso, le tomó muestra al acusado y al día siguiente, a la ofendida. La finalidad de la muestra era tomar el perfil genético de estas personas y compararlas con el análisis del perfil genético del calzón. Se tomaron tres muestras, M1, M2 y M3, con rótulo interno de 409, 410 y 411 y, luego, de ser incubadas por 24 horas a 56 grados Celsius en un baño térmico regulado, se realizó posteriormente la extracción, la purificación, cuantificación y amplificación para terminar con una secuencia de ellas en un analizador genético, teniendo los siguientes resultados: La parte interna de la zona de entre piernas del calzón tenía unas manchas blanquecinas que habían sido periciadas anteriormente con resultado de corresponder a semen, líquido que se determinó a través del perfil genético perteneciente al acusado mientras el fluido vaginal perteneciente a la afectada no pudo ser determinado en su naturaleza. Al efecto, se le exhibieron tres fotografías, relativas a un calzón que reconoce como el que perició y describe, a través de su visualización, las conclusiones a que arribó; prenda que se tuvo por incorporada al juicio.

e) Manifestaciones de la psicóloga Nancy Sánchez Barrientos, quien declara que hace tres años ejerce la profesión y que en enero de este año se le solicitó hacer un informe pericial a fin de determinar si hubo daño psicológico en torno al presente hecho. Al entrevistar a la menor, la conducta observada planteaba una suerte de desmotivación, por la desesperanza que le producía la prisión del acusado; sin embargo, se pudo establecer un vínculo adecuado para la realización de la evaluación.

En relación a la etapa evolutiva de ella, se puede decir que está en una etapa de prepubertad, pasando de la infancia a la adolescencia con una serie de cambios. Se observó un lenguaje, tanto expresivo como comprensivo adecuado. Se observó una concordancia videoafectiva, logrando mantener la atención, la concentración, durante la evaluación. Manifestó claridad, en relación a los contenidos. Se observó un curso de consecuencia normal, sin alteración de perfecciones.

A nivel de desarrollo moral, se observó a la niña en una etapa preconventional, ella no tiene internalizadas las normas, necesita de un tercero para que le diga qué lo que debe o no hacer para evitar un castigo u obtener una recompensa.

En el área de la sexualidad, identifica las partes femeninas y las masculinas. La funcionalidad que se le puede atribuir a esto, en el ámbito de la emocionalidad, es que ella logra encausar sus emociones, aunque éstas se presentan contradictorias o confusas respecto de una misma situación o persona.

En relación a los antecedentes relevantes del caso, es importante señalar que es hija única, de una relación de pololeo, en que su padre se mantuvo alejado, ya que desde los 8 meses de edad, cayó detenido, situación que persiste a la fecha, que derivó en un hecho negativo, que le produjo afectación. Desde esa fecha, su cuidado estuvo a cargo de una abuela materna, por un accidente que sufrió la madre, la que luego realiza una convivencia con un pariente del acusado, que pasa a tener un rol paterno.

A nivel de la situación actual, ella se encuentra muy afectada, sintiéndose responsable por lo sucedido, en relación a las consecuencias, a nivel individual y familiar, que dicho percance ha tenido. Y al sentir una falta de apoyo, aparecieron sentimientos de inseguridad e incertidumbre, que la motivó a llamar la atención para así contar con el apoyo de alguien para contener su inmadurez, acorde con su edad, y la falta de controles internos y de límites, lo que fue concordante con el diagnóstico realizado. Además, apareció una sintomatología depresiva. La madre es reconocida como una persona con dificultades para ejercer un papel protector mientras el agresor es identificado como una figura positiva, como alguien que la cuida. Esta sintomatología se manifiesta en aislamiento, baja en el estado del ánimo, dificultad para conciliar el sueño, disminución del apetito, agresividad, irritabilidad, una conducta desafiante con la autoridad materna, durante este trance realiza un gesto suicida, a raíz de lo cual se realiza una interconsulta psiquiátrica, que le diagnostica un trastorno depresivo menor.

Agrega que esta sintomatología se reactiva a partir de la revictimización, con mucha vergüenza de hablar el tema, sin embargo, logra explayarse progresivamente, en relación a los acontecimientos.

Que, en relación al caso mismo, en relato coherente, la niña le dijo a su madre que iba a ir a ver a su padre a la Cárcel, pero se dirigió a la casa de la mamá de Miguel, con otros familiares de éste, donde compartieron y, en momento, se encontraron solos, en la habitación de una de sus hermanas, se besaron, él se bajó los pantalones y los calzoncillos, le habría bajado la ropa a ella, sus pantalones y calzones, luego, hubo un diálogo, respecto al uso de anticonceptivos, y, enseguida, mantuvieron relaciones. La niña no percibe el daño asociado a esto. El vínculo del supuesto agresor es cercano. Había harta dependencia emocional de ella hacia él. Habría habido una manipulación del vínculo, porque ella buscaba afecto, confianza, se habría encontrado con cambios afectivos para lo cual no estaba preparada por la edad. Todo fue validado, porque los padres permitieron esta relación, viendo así normalizada toda esta situación abusiva.

Desde su historial, la niña presenta varias carencias, vacíos, que la madre logra identificar, poniendo la denuncia, pero, luego, se retracta, y la culpabiliza, ya que debió decir que no a la agresión. Fue puesta en el papel de mujer, por críticas a su conducta, vestimenta, modo de hablar. Tuvo así que responder a los requerimientos impuestos por una figura agresora. Estaba afectada por una situación de hechizo, no lográndose identificar como víctima.

La niña no percibe el daño, ya que en ningún momento conceptualiza lo que pasó como una agresión, no se siente víctima, necesita todo un proceso para identificarlo, el daño puede manifestarse externamente y también internalizarse. Hubo una situación abusiva. La menor se encontró en una situación de manipulación. No hay un prototipo de víctimas de violación. Hay víctimas de violación que no se consideran como tales, pues no hay percepción del daño.

Octavo: Que, por su parte, la Defensa rindió la prueba consistente en la declaración de la médica Gisella Andrea Hormazábal Pérez, quien dice que le tocó atender a la afectada, una lolita, de 11 años, de mediana estatura, un poco gordita, acorde con su edad, que llegó a la Posta, acompañada de su madre, ésta se veía ansiosa, agitada, angustiada, muy nerviosa mientras la menor se notaba bastante complicada. No examinó a ésta para no victimizarla, de forma innecesaria, pero conversó con ella y le reconoció haber tenido relaciones sexuales con su pololo, a quien quería mucho y que no fue obligada, y que se sentía complicada por el tema de la mamá. Al contarle lo sucedido a ésta se puso a llorar y expresó su rabia y le manifestó querer hacer la denuncia. Piensa que la menor fue víctima de la situación y de la madre, ya que, por su experiencia recogida como médico del SAPU y como Directora del establecimiento ha advertido que en el sector hay mucha prostitución infantil y que llegan muchas menores, muchas de ellas violentadas, a pedir anticonceptivos y que ha notado además casos de menores de 11 y 12 años de conductas sensualizadas. Admite que durante su trayectoria ha atendido sólo un caso de esta naturaleza, pero como Directora ha constado la existencia de otros. Teniendo en cuenta que las niñas tienen un desarrollo puberal un poco adelantado, cree que esta característica se da con la agravada.

Noveno: Que, el tipo objetivo del delito de violación, está conformado por el concepto de acceso carnal –verbo rector que expresa la conducta prohibida por la ley– y comprende toda conjunción o vinculación, que implica tanto la cópula normal, o coito vaginal, como otras cópulas anormales, concúbitos orales o anales de tipo carnal, que tiene como referente el órgano viril, destinado a invadir las zonas erógenas precitadas; y que en el caso específico del artículo 362 del Código Penal, requiere de que la víctima sea menor de 14 años de edad; y cuyo tipo subjetivo exige un dolo directo, o sea, de la voluntad del agente encaminada a tal finalidad.

Décimo: Que, en forma previa, a tipificar el delito, esto es, a encuadrar los hechos asentados en el juicio al tipo penal requerido por el mismo, es necesario delimitar su alcance y sobre este punto, cabe consignar, por una parte, que es irrelevante que la víctima haya prestado o no su consentimiento para la cópula, por cuanto, tratándose de una menor de 14 años la ley parte del supuesto que ésta es incapaz de autodeterminarse sexualmente; y, por otra parte, que no se requiere la concurrencia de las modalidades de comisión del delito enunciadas en los diversos numerandos del artículo 362 del Código Penal, comoquiera que el propio texto legal, en su acápite final, explicita que no es necesario acreditar tales circunstancias.

Decimoprimer: Que, la configuración de esta figura delictiva, en cuanto al acceso carnal resulta probado con el testimonio de la menor afectada, quien describe como el día del suceso, en el contexto de una relación sentimental, mantuvo relaciones sexuales con el acusado, por vía vaginal; afirmación corroborada por el dicho del médico del Instituto Médico legal, David Montoya Squifi, quien señala que, al revisar a aquélla constató un desgarramiento himeneal reciente y que se encontraba desflorada; y vigorizada por los dichos de la madre de ella, quien fue la primera persona que recibió a la agraviada y la llevó a la Posta, donde se enteró, a través de la doctora Gisella Andrea Hormazábal Pérez, del evento en cuestión y por las declaraciones del perito ya aludido, de la psicóloga Nancy Sánchez Barrientos, y de la doctora Gisella Hormazábal Pérez, quienes fueron testigos de oídas de lo que escucharon decir a la afectada cuando la entrevistaron, en orden haber sido accedida carnalmente por el acusado.

Que, tocante a la edad de la víctima, ella se infiere de los testimonios de la agraviada y de su madre, y, además, de la convención probatoria que expresamente deja constancia de tal dato; sin perjuicio de referirse, además, a los restantes elementos del tipo penal, como ha quedado asentado en la motivación sexta de este fallo.

Decimosegundo: Que, en relación con este hecho punible, la parte acusadora ha rendido prueba testifical y pericial, además de haber exhibido e incorporado al juicio un set de tres fotografías de una evidencia material, consistente en una prenda de vestir de la afectada; prueba que apreciada libremente y con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y, en virtud de los hechos no discutidos insertos en la convención probatoria celebrada entre las partes, se debe tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 27 de noviembre de 2006, en horas de la tarde, en el domicilio ubicado en Pasaje Río Cautín N° 8303, de la comuna de Pudahuel, el acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, introdujo su pene en la vagina de la menor de 11 años N.F.A.C.

Decimotercero: Que, los hechos antes descritos son constitutivos del delito de violación, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, en grado de consumado, por cuanto se ha probado que existió acceso carnal, o sea, penetración del pene en la cavidad vaginal de una menor de 11 años de edad, penetración que, como he visto, le causó un desgarramiento himeneal.

Decimocuarto: Que, la participación penal atribuida al acusado Miguel Félix Caris Melgarejo, como autor de este hecho punible, ha quedado demostrada con la prueba de cargo rendida por la Fiscalía, ya referida y, además con el examen pericial efectuado por la bióloga Sonia Henríquez Garrido, que determinó que el calzón que portaba la víctima ese día, visualizado en las 3 fotografías acompañadas, sometido a examen de ADN, evidenció flujo vaginal, con perfiles genéticos correspondientes a ella y a su victimario; sin perjuicio, de considerar que la presente premisa inculpatória se halla refrendada por la convención probatoria tantas veces aludida.

Decimoquinto: Que, el cuestionamiento defensivo dice atinencia con uno de los elementos del delito, cual es la culpabilidad, referido a un error de prohibición, al estimar que el acusado actuó en la creencia de que la relación sentimental habida con la ofendida y el consentimiento que ella prestó para la realización de la cópula, operó como justificante.

Decimosexto: Que, a fin de delimitar los alcances de la presente problemática, es menester hacer una distinción entre error de tipo y error de prohibición.

Esta diferenciación descansa en la teoría finalista, mayoritaria en la actualidad, que se adscribe al juicio de reproche penal en que se asienta la culpabilidad, siendo uno de sus elementos la conciencia de la antijuridicidad, que dice relación con la ilicitud del actuar, y que desplaza a los elementos psicológicos del dolo y culpa al tipo penal, como su fase subjetiva.

De esta manera, el error de tipo recae sobre los elementos objetivos del delito y excluye el dolo, a título de causal de

atipicidad; ejemplo del cual sería el sujeto que tiene relación sexual con su víctima, ignorando que era menor de 14 años de edad mientras el error de prohibición importa un desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta que conlleva a excluir la culpabilidad, ya que el individuo tiene un falso o equivocado de que su actuar es lícito, conforme a derecho, ignorando que se está contrariando el ordenamiento jurídico. Este enlace con la licitud y la ilicitud del acto nos lleva al elemento antijuridicidad, esto es, la contrariedad del acto típico con el derecho, y, más específicamente, con la conciencia de la antijuridicidad, que forma parte de la culpabilidad, que implica que el sujeto sepa que su conducta se contradice con el sistema jurídico.

Finalmente, interesa recalcar que este conocimiento de la ilicitud no requiere un conocimiento particular de la norma jurídica infringida, sino que al saber que tenga un hombre común –un profano– de que su comportamiento lesiona los preceptos valóricos de la sociedad en que está inserto.

Decimoséptimo: Que, para legitimar su invocación del error de prohibición, la defensa, aduce, en primer término, que no puede presumirse de derecho la responsabilidad penal y, por ende, la presunción de voluntariedad prevista en el artículo 1º del Código Penal es simplemente legal y, consiguientemente, admite prueba en contrario.

En segundo lugar, impetra los artículos 224 y 226 (sic) –debió decir 225– que castiga a miembros del Poder Judicial que dictaren sentencias manifiestamente injustas, en materia penal y civil, por ignorancia inexcusable, de donde se infiere que el error constituye delito sólo cuando es inexcusable.

Que, en tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, afirma que la consagración civilista del error, que descansa en el artículo 8º del Código Civil, que presume de derecho el conocimiento de la ley, no es aplicable en materia penal.

En cuarto término, invoca la aplicación del artículo 369 bis del Código Penal, referido a la apreciación de la prueba en los delitos sexuales conforme a las reglas de la sana crítica.

Por último, se vale de la jurisprudencia para avalar su tesis y, al efecto, menciona dos casos concretos, relativos a Tribunales de Garantía de Colina y tribunal de Juicio oral en lo Penal de Los Ángeles.

Decimooctavo: Que, habiendo la doctrina y jurisprudencia aceptado el error de prohibición y sus consecuencias jurídicas, el tribunal estima inoficioso pronunciarse sobre los fundamentos de derecho de tal postura.

Empero, rebate la aplicación del artículo 369 bis del Código Penal, en atención a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, de data posterior.

Decimonoveno: Que, en relación a los fundamentos de hecho aducidos por la defensa para afianzar su tesis, cabe desestimarlos, teniendo presente al efecto, lo siguiente:

Que el hecho de que el delito se hubiera dado en un contexto de una relación sentimental, de suyo, no es gravitante para estimar que el acusado actuó creyendo en la licitud de su conducta, ya que lo que hace reprobable su conducta es la minoría de edad de la ofendida y su consiguiente estado de inmadurez mental y emocional que desaconsejaba su acceso carnal.

Que, no puede pretenderse que el consentimiento de la víctima sea justificante de la conducta del hechor, ya que, sabiendo la minoría de edad de aquélla, como él mismo lo ha reconocido, lo que aquélla ha corroborado y la convención probatoria ha reafirmado; no ha podido pensar siquiera que, dado el escaso desarrollo y madurez mental que se supone tienen las niñas de esa edad, podía consentir válidamente el acto sexual, en atención a su falta de capacidad para ejercer la autodeterminación sexual.

Que, la escolaridad limitada del acusado, aducida por la defensa, ya que sólo llegó hasta 5º básico, no tiene el alcance que se le pretende dar, pues ella se sule, en el plano cognoscitivo, con el hecho de vivir en la ciudad capital, centro cultural por excelencia; con la información disponible en los medios de comunicación, TV, radio y prensa escrita; y con las experiencias del diario vivir. Sobre este punto, interesa resaltar la falta de veracidad del acusado, que sólo admite que

escuchaba música en la radio, lo que contrasta con lo expuesto por la afectada, en el sentido que compartían la TV y el DVD y veían películas; y el hecho reconocido por él de que trabajó en Puerto Montt y Osorno, lo que, a no dudar, amplió su capacidad de juicio crítico. De esta manera, cabe colegir que las características de socialización del acusado, correspondiente a un ciudadano ciudadano desmerecen su posición de haber actuado con un equivocado concepto de la realidad socio jurídica.

Que la circunstancia de que el acusado hubiera transparentado su relación amorosa, pidiéndole permiso a la madre de la ofendida para pololear, no abona su buena fe, ya que ésta terminó cuando abordó sexualmente a la menor.

Que el clamor tanto de la agraviada como de su madre, en el sentido de que no desean que el acusado sea castigado, encuentra su explicación en la relación parental, ya que aquélla es conviviente del hermanastro de éste.

Que, finalmente, la precocidad sexual que se cree advertir en la sociedad actual, tampoco avala la tesis defensiva, por cuanto su condición de mayor de edad, con capacidad de discernimiento, debió hacerle frenar cualquier desenfreno al respecto, dada la minoría de edad de la afectada, cuyo desvalor sexual es evidente a los 11 años, por razones tanto psíquicas como fisiológicas.

Vigésimo: Que, en cambio, apreciando libremente la prueba rendida, cabe concluir que no existen antecedentes en el juicio que avalen la tesis de la Defensa que permitan determinar que las particularidades del acusado, su entorno familiar y las circunstancias fácticas del caso, hayan motivado que actuara con un error de prohibición inevitable.

En efecto, como consideración previa, es necesario tener presente que el elemento relevante de la teoría alterna de la defensa, es el testimonio del acusado, por ausencia de prueba pericial relativa a una definición de su perfil psicológico que pudiera haber ilustrado mejor al Tribunal respecto de su postura frente al caso.

Que, en este orden de cosas, cabe considerar que el acusado impresiona como un joven sano, aseado y vestido con decoro, y se expresa en forma evasiva, con voz entrecortada y con llantos cuando se refiere a la afectada, respecto de la cual dice sentir gran cariño, evidenciando una normalidad promedio. Interesa en este caso recalcar que en estrados evidenció un intelecto de rango aceptable, que no obsta a la percepción de la sexualidad, en términos de discernir perfectamente lo inadecuado de su conducta.

Que, abocado a dicho testimonio, se advierte en él sendas contradicciones que le restan credibilidad y verosimilitud. Así tenemos que mientras la afectada dice que tuvo relación sexual en una sola oportunidad, él sostiene que fueron "como en 10 ocasiones", Asimismo, en circunstancia que aquélla dice que sabía su edad, éste, luego de desconocerla, al ser preguntado por el Fiscal la edad que tenía la afectada cuando empezaron a pololear, responde que 11 años; sin perjuicio de considerar que la convención probatoria acordada entre las partes hace expresa referencia a dicha edad. Por último, referido al campo de su situación socio cultural, dice que sólo escucha música en la radio; empero, la ofendida señala que compartían juntos la TV y el DVD., y veían películas.

Que esta falta de veracidad conlleva a lo menos, sino a descartar, a dudar su versión del caso, en desmedro de su planteamiento defensivo.

Que, a lo anterior, cabe agregar los dichos de la madre de la menor, Virginia Calderón Morales, quien en uno de sus apartados, en que describe las circunstancias en que le dio permiso para que pololeara con su hija, expresa textualmente que le advirtió que: "no se te vaya a ocurrir hacerle daño a mi hija o te voy a meter preso" y, aclarando su dicho, dice que se refería a "tener relaciones, tocarla": con lo cual queda de manifiesto que fue advertido de las consecuencias eventuales que le podría acarrear su actuar, en el plano sexual, por lo que su alegación de que no sabía la ilicitud de su actuar posterior carece de sustento.

Aún más, esta misma testigo, en otro párrafo, dice que, en dicha oportunidad, también le advirtió que su hija era una niña, que todavía jugaba a las barbies, denotando así su inmadurez emocional que debió hacerle refrenar su ímpetu amoroso.

Por último, esta misma deponente, aduce que el día del suceso estaba intranquila, porque su hija no llegara a casa y, al

explicar su motivación, expresa: "porque Miguel la andaba acosando, en todos los lados, buscándola", lo que hace plausible considerar la existencia de una suerte de manipulación por parte del acusado para acceder a la menor.

Sobre este punto, resulta decisivo el atestado de la perito psicóloga Nancy Sánchez Barrientos, quien, luego de analizar el historial de la menor, en que resalta la ausencia de sus padres, a temprana edad, uno, por estar preso, y la otra, por un accidente, en que debió asumir el rol paternal su abuela materna; de evaluar el caso sub lite; y de ponderar la reacción posterior de aquella, en que predomina una sintomatología depresiva progresiva, con un episodio suicida; determina la existencia de una suerte de hechizo, por la mayor dependencia emocional de la afectada con el acusado, en que no logra identificarse como víctima, todo lo cual conlleva a reconocer patrones de manipulación de vínculo y abuso de parte del acusado, situación en que la diferencia de edad entre víctima y victimario tiene especial relevancia, por encontrarse aquélla en evidente desvalor psicológico y mental, frente a éste; y su acercamiento al mundo delictual, admitido por el mismo, en cuanto asevera que la revocación de su permiso para pololear se motivó en que "andaba robando", implicó una baja de su estima que no permitió un adecuado control de su impulso sexual.

Significativo resulta también el conocimiento que tenía; y el acusado del entorno familiar de su víctima, ya que ambas familias vivían juntas, aquél, en la parte delantera de la casa, y ésta, en la parte trasera; al hecho de compartir algunas convivencias y a la circunstancia de que el acusado sabía que la menor jugaba algunos juegos propios de su edad, a las muñecas, entre otros, todo lo cual no se condice con un falso concepto de la licitud de su actuar.

Asimismo, su experiencia sexual previa ha debido influir en este contexto, por cuanto su vinculación anterior con el sexo opuesto, frente a la nula experiencia de la víctima, debió propender, lógica y, razonablemente, a la convicción de que su relación con una menor de edad no era aceptable, desde un punto de vista normativo.

Vigésimo primero: Que, en nada altera lo anterior, el testimonio de la doctora Gisella Andrea Hormazábal Pérez, que fue la persona que atendió a la afectada en la Posta y que aduce que la menor fue víctima de la situación y de su madre, pues, aparte de que tal afirmación es de carácter subjetivo y no razonada, y emana de una profesional no especialista en el área de la psicología; no tiene mayor incidencia en el fondo del asunto debatido.

Vigésimo segundo: Que, dado el veredicto de condena, el Ministerio Público adujo que favorecían al acusado las atenuantes de los N°s. 6 y 9 del artículo 11 del Código, por ostentar un extracto de filiación, sin antecedentes penales; y, por cuanto prestó una colaboración eficaz, como quedó reflejada en la convención probatoria a que arribaron las partes.

Que, asimismo, afirma que, en cuanto a la rebaja de pena que derivaría de tales circunstancias, la deja entregada al criterio del Tribunal, debiéndose considerar al respecto la extensión del mal causado, conforme el artículo 69 del Código Penal; sin embargo, más adelante, manifiesta que, en todo caso, deberá considerarse el daño experimentado por la víctima.

Finalmente, sostiene que no le asisten los beneficios de la ley N° 18.216.

Vigésimo tercero: Que, por su parte, la Defensa impetra tales minorantes, en términos similares a los esgrimidos por la Fiscalía, y, al efecto, acompaña una copia de su extracto de filiación, sin antecedentes, razón por la cual se acogerá tal predicamento, ya que, por un lado, consta la irreprochable conducta anterior del acusado, evidenciada por su prontuario, exento de anotaciones; y, por otra parte, ha quedado demostrado que cooperó substancialmente al esclarecimiento de los hechos, como fluye de la referida convención probatoria y teniendo especialmente en cuenta que el elemento de cargo más significativo está dado por la imputación de la menor, ya que los restantes, derivan de su relato inculpativo, lo que de suyo da relevancia a las declaraciones del acusado.

Señala a continuación que, conforme a lo anterior, la sanción deberá ser rebajada en toda su extensión y se le dé por cumplida con el tiempo que estuvo en prisión preventiva y, en su defecto, se le otorguen los beneficios de la ley 18.216.

Además, adjunta dos documentos, que acreditan su autorización para la práctica de exámenes médicos, que el tribunal estima irrelevantes para la decisión de fondo.

Vigésimo cuarto: Que, concurriendo en la especie dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, de conformidad

con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 68 del Código Penal, el tribunal rebaja la sanción en tres grados, por estimar que la pena en definitiva a aplicar se ajusta de mejor manera al caso concreto comoquiera que, dentro del ámbito del artículo 69 del Código Penal, debe justipreciarse el hecho de que la afectada, según su propio testimonio y el de la perito psicóloga, tuvo en éste el apoyo y cariño que no obtuvo en su familia; y, además, porque tanto ella como su madre han manifestado en estrados que no quieren que el acusado sea castigado, en el caso de esta última, por no producir más sufrimiento al interior de la familia, toda vez que su suegro es el padre del imputado.

Vigésimo quinto: Que, en relación al quantum de la pena se estará a lo que se resuelva en la parte resolutive de esta sentencia; debiéndose considerar que no proceden los beneficios de la ley 18.216, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º de la expresada normativa

Vigésimo sexto: Que, habiendo sido condenado el acusado deberá pagar las costas de la causa, conforme lo dispone el artículo 47 del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1º, 11 Nº 6 y 9, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 18, 2430, 50, 68, 79 y 362 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 329, 330, 331, 332, 340, 341, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

1. Que se condena a Miguel Félix Caris Melgarejo, ya individualizado, a la pena de ciento ochenta y cinco días de presidio menor en su grado mínimo, a la accesorio de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de violación en la persona de la menor N.F.A.C., previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrado el día 27 de noviembre de 2005, en la ciudad de Santiago, Comuna de Pudahuel.

2. La pena impuesta al sentenciado se le da por cumplida con el tiempo que estuvo detenido y en prisión preventiva, el día 27 de diciembre de 2005 y desde el 11 de enero al 13 de julio del presente año.

3. Devuélvase la prueba documental acompañada al juicio.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal y en el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales y remítase copia autorizada de esta sentencia, con certificado de ejecutoria, al Juzgado de Garantía que corresponda para su cumplimiento y ejecución.

Redactada por el Juez Carlos Hazbún Allende.

Regístrese.

Pronunciada por los jueces doña Ana María Osorio Astorga, quien presidió la audiencia, doña Irma Andrea Tapia Valdés y don Carlos Hazbún Allende, todos titulares de este tribunal.

RIT N° 40 2006.

RUC N° 050016446 5.