



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

ANÁLISIS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS
DELITOS CONTINUADOS

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

PROFESOR GUIA: VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

ALUMNOS MEMORISTAS:

JUAN MONTECINOS SAA

SANDRA OSORIO ZÁRATE

Santiago de Chile, diciembre de 2016.

Abstract

Los orígenes del delito continuado se remonta a los glosadores y prácticos italianos, quienes, buscando la forma de morigerar las graves penas que arriesgaba aquel que cometía tres o más hurtos, se enfrentaron a la severidad de la ley ideando la regla de que sólo existía un ilícito, es decir, le dieron a esos delitos un tratamiento unificado a través de la creación de un elemento aglutinador, con un propósito estrictamente humanitario. Siendo éstos sus inicios, el delito continuado se ha convertido en una institución jurídico penal que ha sido recogida paulatinamente por nuestros Tribunales de Justicia durante los últimos años, y que surge como respuesta a ciertos casos en que una pluralidad de acciones u omisiones resultan mejor aprehendidas penalmente, desde una óptica unitaria, en que además se debe distinguir de otras figuras similares, como los delitos complejos, en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diferentes y que incluso pueden afectar bienes jurídicos diversos; de los delitos permanentes, en los cuales su naturaleza está dada por una situación fáctica en que cada instante de su ejecución puede ser imputado a su consumación; de los delitos con pluralidad de acciones, en que al propio tipo penal le resulta indiferente que la acción descrita se cometa una o varias veces; y de los delitos habituales o reiterados, en los cuales su fundamento está dado precisamente por la necesidad de que la conducta se ejecute reiteradamente; en este trabajo se procura reflexionar entorno a su eventual recepción a propósito del delito de abuso sexual, el cual, por su naturaleza empírica, constituye la mayoría de las veces una pluralidad de actos, preguntándonos desde una perspectiva político criminal, primero si procede, y segundo, si conviene, configurar, al abuso sexual desde el prisma de los delitos continuados.

TABLA DE CONTENIDO

Abstract	2
TABLA DE CONTENIDO.....	3
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO 1: Los delitos continuados	10
1.1 Concepto del delito continuado.....	10
1.1.1 <i>Excursus</i> ; delitos complejos:	13
1.1.2 <i>Excursus</i> ; delitos permanentes:	15
1.1.3 <i>Excursus</i> ; delitos con pluralidad de acciones:	16
1.1.4 <i>Excursus</i> ; delitos habituales o reiterados:	17
1.2 Fundamento del delito continuado	18
1.3 Naturaleza jurídica del delito continuado	22
1.3.1 <i>Teoría de la ficción</i> :	22
1.3.2 <i>Teoría de la realidad</i> :	24
1.4 Elementos del delito continuado.....	25
1.4.1 <i>Pluralidad de acciones u omisiones</i>	26
1.4.2 <i>Unidad de lesión jurídica</i>	27
1.4.3 <i>Unidad de sujeto pasivo</i>	30
1.4.4 <i>Misma forma comisiva</i>	30
1.4.5 <i>Conexión temporal</i>	31
1.4.6 <i>Conexión espacial</i>	31
1.4.7 <i>Unidad de proceso judicial</i>	32
1.4.8 <i>Mismo designio criminal</i>	32
1.4.9 <i>Dolo total o global</i>	33
1.4.10 <i>Dolo de continuación</i>	34
1.5 Tratamiento jurisprudencial en Chile del delito continuado.....	35
1.5.1 Rol Interno: O-344-2015 / Rol Único: 1401088720-9 / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.	35
1.5.1.3 <i>Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura</i>	40
1.5.1.4 <i>Razonamiento del Tribunal: sentencia</i>	44

1.5.2 Rol Interno: O-591-2015 / Rol Único: 1200332468-9 / Tribunal: 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.....	47
1.5.2.1 <i>Hechos y calificación jurídica en que se funda la acusación del Ministerio...</i>	47
1.5.2.2. <i>Medios de prueba.....</i>	49
1.5.2.3 <i>Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.</i>	51
1.5.2.4 <i>Razonamiento del Tribunal: sentencia.</i>	52
CAPÍTULO 2: El delito de abuso sexual.....	57
2.1 Panorama general respecto de los delitos sexuales.....	57
2.2 El delito de abuso sexual.....	62
2.2.1 Abuso sexual propio.....	65
2.2.2 Abuso sexual impropio.....	69
2.2.3 Abuso sexual agravado	71
2.3 Tratamiento jurisprudencial del delito de abuso sexual.....	76
2.3.1 Rol Interno: O-226-2015 / Rol Único: 1400359136-1 / Tribunal: 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.	76
2.3.2 Rol Interno: O-52-2015 / Rol Único: 15100000063-3 / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica.	92
CAPÍTULO 3: El abuso sexual como delito continuado	115
3.1 Análisis político criminal.....	115
3.2 Tratamiento jurisprudencial en Chile del delito de abuso sexual como delito continuado.....	121
3.2.1 Rol Interno: O-234-2015 / Rol Único: 1300254097-K / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.	121
3.2.1.1 <i>Hechos y calificación jurídica en que se funda acusación del Ministerio.....</i>	121
3.2.1.2 <i>Medios de prueba.....</i>	122
3.2.1.3 <i>Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.</i>	127
3.2.1.4 <i>Razonamiento del Tribunal: sentencia.</i>	128
3.2.2 Rol Interno: O-443-2015 / Rol Único: 1500563442-0 / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena.	130
3.2.2.1 <i>Hechos y calificación jurídica en que se funda acusación del Ministerio.....</i>	130
3.2.2.2 <i>Medios de prueba.....</i>	131
3.2.2.3 <i>Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.</i>	133

3.2.2.4 <i>Razonamiento del Tribunal: sentencia.</i>	133
CONCLUSIONES.....	136
Referencias Bibliográficas	140

INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este trabajo lo constituye la circunstancia empírica que gran parte de los abusos sexuales tienen como víctimas a niños, niñas y adolescentes, constituyendo dicho rango etario aproximadamente el 70% de las víctimas ingresadas al sistema judicial en dicha clase de delitos, las cuales generalmente son víctimas de un familiar o alguien cercano, es decir, de una persona de “confianza”; lo cual posibilita que no se efectúe un solo delito de abuso sexual en forma aislada sino que sean múltiples las veces en que se ejecute el delito. En este contexto, considerando además, las dificultades que presentan las víctimas en general y particularmente en este grupo etario, para recordar eventos traumáticos como el mencionado delito, es común que al ente persecutor le sea difícil precisar circunstanciadamente y en forma secuencial, los hechos constitutivos del ilícito que se investiga y por los que luego, acusa. Si a lo anterior se suma la dinámica propia de los delitos sexuales, especialmente, cuando éstos se presentan en un contexto familiar o entre conocidos, mediando vínculos afectivos comprometidos, en los que es común la multiplicidad de eventos abusivos, resulta frecuente que la descripción fáctica de la formalización y la acusación no sea precisa de los ilícitos. En consecuencia, esta indeterminación fáctica en la acusación no es más que la consecuencia necesaria de la indeterminación de la fecha de ocurrencia de los hechos. Cuestión que en principio podría verse morigerada en parte, con la figura del delito continuado. En dicho contexto, nos preguntamos si es factible y hasta qué punto resulta conveniente considerar que las distintas ocasiones en que se verifican los abusos sexuales, no se hayan cometido delitos en forma independiente o

autónoma uno del otro, sino que con una conexión entre los mismos, presentándose en consecuencia como un delito continuado, lo que en principio vislumbra como ventaja el prescindir, de determinar en forma precisa y exacta la fecha en que se habrían producido los ataques concretos, siendo suficiente tan solo señalar la época en que éstos se habrían iniciado y cuando estos habrían finalizado para configurar una multiplicidad de acciones.

En este contexto, nuestro trabajo tiene como objetivo central reflexionar entorno a si es posible configurar los abusos sexuales como delito continuado y si esto constituye un aporte, tanto desde la perspectiva dogmática como desde la perspectiva político criminal, haciendo además, un análisis desde el enfoque de la víctima y del agresor.

Para tal cometido, es menester comenzar por introducirnos en la figura de los delitos continuados en el cual se desarrollará su concepto, procurando diferenciarlo claramente de otras figuras con rasgos similares que nos pueda llevar a una conclusión equívoca o confusa, tales son, los delitos complejos, los delitos permanentes, los delitos con pluralidad de acciones y los delitos habituales o reiterados. Asimismo analizaremos el fundamento del delito continuados y nos referiremos a las distintas teorías relativas a la naturaleza jurídica de los mismo, para posteriormente detenernos en sus elementos y requisitos; el apartado final de esta primera parte estará reservado para examinar por medio de la revisión de sentencias, el tratamiento jurisprudencial en Chile del delito continuado .

A continuación, se realizará una reflexión respecto del delito de abuso sexual,

lo cual se efectúa comenzando con un panorama general sobre los delitos sexuales, para continuar con el análisis dogmático del delito de abuso sexual propiamente tal, finalizando con la revisión de sentencias, que dan cuenta del tratamiento jurisprudencial en Chile del delito de abuso sexual.

Habiéndose abordado la figura del delito continuado y el abuso sexual incluyendo su tratamiento jurisprudencial en Chile, finalizaremos este trabajo analizando el delito de abuso sexual desde la perspectiva de los delitos continuados, poniendo especial énfasis en lo político criminal, realizando además, la revisión de algunas sentencias, que han acogido a la figura del delito continuado en los casos de abuso sexual, poniendo especial atención, en los fundamentos que se tuvieron en lo relativo a considerar el delito de abuso sexual como delito continuado.

Así las cosas, emprenderemos el camino a vislumbrar si el delito continuado es merecedor de ocupar un lugar y formar parte de la jurisprudencia chilena en los casos de abuso sexual o bien, simplemente se trata del resultado de una exagerada reacción dogmática, respecto de una herramienta que nació únicamente como un medio para contrarrestar la descomedida exacerbación que tenían los castigos por ciertos delitos cuando eran cometidos en más de una ocasión.

Como corolario, en la conclusión de este trabajo daremos nuestra opinión respecto a la factibilidad y la conveniencia de considerar el abuso sexual un delito continuado, es decir, determinando si es posible o no que ambas figuras converjan o sean amigables, para configurar los abusos sexuales como delitos continuados,

ponderando para tal cometido, ventajas y desventajas en uno y otro caso.

Para concluir esta introducción esbozaremos algunas líneas entorno a la metodología de investigación que subyace a este trabajo, sobre lo cual se puede indicar que se trata de una investigación descriptiva en los aspectos sustantivos y procesales, como asimismo exploratoria en lo relacionado con la búsqueda de criterios jurisprudenciales. En lo relativo al método de investigación, este será principalmente dogmático, tanto en la figura de los delitos continuados y elaboración doctrinaria, como en lo referente al delito de abuso sexual. Sobre el particular se descompondrán la norma que lo regulan, analizando cada una de sus partes y elementos. Para finalmente determinar la relación que existe entre ambas figuras. En menor medida este trabajo recogerá la técnica cualitativa en lo relativo a la recepción y sistematización de los criterios jurisprudenciales.

En cuanto las técnicas e instrumentos de recolección, baste precisar que se usarán textos especializados, revistas especializadas, revistas de jurisprudencia y bases de datos jurisprudenciales.

CAPÍTULO 1: Los delitos continuados

1.1 Concepto del delito continuado

El Delito continuado es una de las figuras jurídicas más discutidas e interesantes en el Derecho Penal.¹ Se puede decir que los delitos continuados constituyen una elaboración doctrinaria y jurisprudencial que surge como respuesta a ciertos casos en que una pluralidad de acciones u omisiones resultan mejor aprehendidos penalmente, desde su perspectiva, desde una óptica unitaria, que se debe distinguir de otras figuras similares, como los delitos complejos, en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diferentes y que incluso pueden afectar bienes jurídicos diversos; de los delitos permanentes, en los cuales su naturaleza está dada por una situación fáctica en que cada instante de su ejecución puede ser imputado a su consumación; de los delitos con pluralidad de acciones, en que al propio tipo penal le resulta indiferente que la acción descrita se cometa una o varias veces; y de los delitos habituales o reiterados, en los cuales su fundamento está dado precisamente por la necesidad que la conducta se ejecute reiteradamente; todo esto, atendido a que esta figura -el delito continuado- presupone la comisión de varios actos típicos que podrían ser sancionados de manera independiente, pero que por alguna razón –que es donde radica la parte medular de su interés penal- resulta más apropiado sancionarlas como un todo, unitario.²

¹ POSADA MAYA, RICARDO. “El delito continuado” Revista digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N° 3, 2011, p. 73.

² FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. “El delito continuado” Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. (En línea): <http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf> (Consultado 22 de diciembre de 2015) p. 4.

Se debe ser enfático que en Chile, tanto el Código Penal -vigente desde el año 1875- como la legislación procesal bastante más reciente, nunca ha consagrado expresamente esta figura; no obstante esta figura ha sido, en este último tiempo, constantemente invocada por las defensas, como podremos ver en el apartado de este capítulo destinado al análisis jurisprudencial del delito continuado, cuando sus representados son acusados por varios delitos similares, pretendiendo morigerar las abultadas penas que podrían imponerse si se aplicasen las reglas generales del concurso de delitos.^{3 4}

Sin duda, el ser una institución sin consagración legal expresa en nuestro país, ha implicado que su tratamiento sea más bien escaso, y en tal sentido, como veremos en el apartado siguiente, prácticamente no existe controversia en que su finalidad es aminorar las penas en casos de pluralidad de acciones u omisiones, pero como no existe una solución legal, muchas veces su aplicación no recoge de manera adecuada la gravedad de los injustos cometidos, razón por la cual se la reconoce de manera absolutamente excepcional.⁵ Asimismo, y probablemente debido a su escasa aplicación, no existe un gran tratamiento doctrinario respecto a su naturaleza, a sus fundamentos, a sus requisitos ni, en cuanto a sus efectos.

El delito continuado, denominado por algunos autores contemporáneos como

³ *Ibíd.*, p. 5.

⁴ El concurso de delitos Según GARRIDO MONTT, se produce cuando un mismo sujeto ha realizado dos o más acciones que constituyen, a su vez, uno o más delitos independientes no conectados entre sí y sin que en relación a ninguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria. En: Garrido Montt, Mario. Derecho Penal Tomo II, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 344.

⁵ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. *Op. Cit.*, p. 5.

“unidad de acción continuada” o “continuación delictiva”, tiene lugar en la teoría jurídica como una modalidad especial de ejecución progresiva de determinados tipos penales, que se presenta cuando un sujeto realiza diversos actos ejecutivos parciales de forma seriada, más o menos similares y de la misma naturaleza típica (aspecto objetivo de continuidad ejecutiva), que se conectan entre sí por un elemento subjetivo o plan criminal que los abarca como una unidad de conducta en sentido amplio, como proceso ejecutivo unitario, (aspecto subjetivo de unificación), configurando una significación típica total, un delito único de acuerdo con la valoración jurídica que admite el correspondiente sentido del tipo penal y el bien jurídico vulnerado que admite, en principio, progresiones de afectación (aspecto valorativo o normativo de integración típica). La unión de estos elementos se denomina como nexo de continuidad.⁶ En términos más simples, el delito continuado debe entenderse como la realización de acciones u omisiones similares u homogéneas en distintos momentos, que en cada una se realiza el mismo tipo penal, pero que cada acción, unitariamente aprehendida constituye por sí misma, un delito consumado. No obstante, por una razón político criminal, se valoran todas las acciones, como un solo delito.

Una definición interesante es la de Elisur Arteaga, quien en su diccionario temático define el delito continuado indicando que “Consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos, pero que transgredan el mismo tipo penal; la unidad del delito se da en razón de la misma resolución criminal

⁶ POSADA MAYA, RICARDO. Op. Cit., p. 78.

que acciones”.⁷

En el mismo sentido, también se ha definido el delito continuado como “otra construcción de la doctrina y la jurisprudencia, para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos, cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver distintos actos, por si solos delictivos y no producidos en forma de unidad natural de la acción, como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción”.⁸

Creemos indispensable terminar este acápite relativo al concepto de delito continuado, realizando cuatro *excursus* que conceptualicen e ilustren las otras figuras penales que, en principio, pudieran confundirse con la que nos convoca en este trabajo, pero que, analizando con detención se distinguen nítidamente, a saber: delitos complejos, delitos permanentes, delitos con pluralidad de acciones y delitos habituales o reiterados.

1.1.1 *Excursus*; delitos complejos:

Los delitos complejos forman parte de la categoría de lo que en doctrina se conoce como unidad jurídica de acción, esto es, situaciones en que el hecho típico está compuesto por varias acciones, varias omisiones, o acciones y omisiones que,

⁷ ARTEAGA VAVA, ELISUR, Diccionario jurídico temático. Ed., Harla, Cd de México, 1997. p. 89.

⁸ CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO. Observaciones sobre el delito. S.E. Buenos Aires, Argentina, 1979. p. 3.

en conjunto, lo complementan; siguiendo a don Enrique Curi, se puede decir que en estos supuestos, sería más correcto hablar de unidad de delito con multiplicidad de acciones, pues no hay unidad de acción. Sólo se trata de que el tipo actuando como una abrazadera, ha reunido varias acciones u omisiones en la unidad de un hecho.⁹ Dentro de este contexto fungen los delitos complejos, siendo aquellos en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diversas. Así ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de robo con violencia en las personas (ejercicio de violencia física y sustracción), con intimidación (amenaza y sustracción) y con fuerza en las cosas (ejercicio de fuerza física sobre un objeto material y sustracción, del artículo 432, primera parte, del Código Penal); en la de violación propia (ejercicio de violencia física o amenaza y acceso carnal), del artículo 361 N° 1; en las de giro fraudulento (doloso) de cheque (giro del cheque contra cuenta corriente sin fondos, cerrada o inexistente, o bien orden de no pagarlo fuera de los casos en que ésta es autorizada por la ley, y omisión del deber de consignar en el plazo de tres días contados desde la notificación del protesto), del artículo 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques; no obstante, la cuestión de si las distintas acciones, independientemente consideradas, son punibles o no, es irrelevante; todo cuanto importa es que en la estructura del hecho típico puedan distinguirse nítidamente dos o más acciones.¹⁰

⁹ CURI URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, parte general, tomo ii. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión segunda edición, 1997. p. 263.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 263 y 264.

1.1.2 *Excursus*; delitos permanentes:

En un sentido similar se da pluralidad de acciones con unidad de hecho punible en los llamados delitos permanentes, es decir, aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación. Así, por ejemplo, en el secuestro del artículo 141 inciso primero del Código Penal, en la sustracción de menores del artículo 142 del mismo cuerpo legal, o en los tipos de usurpación consagrados en los artículos 457 y 458, también del Código Penal. Lo más característico del delito permanente es que crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues este podría ponerle término, si quisiera. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto este se prolonga. Es estas hipótesis, por eso, el hecho típico incluye una acción y una omisión. Con su actividad el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; con la omisión, no la hace cesar, provocando que sea perdurable en el tiempo el efecto desvalorado por el ordenamiento jurídico.

Es relevante, en el análisis de los delitos permanentes, distinguirlos nítidamente de aquellos llamados “delitos instantáneos de efectos permanentes”, en estos casos, la acción naturalmente única, crea un estado jurídico nuevo que como tal, subsiste en el tiempo, y surte efectos con independencia de la voluntad del agente, quien carece de la posibilidad de ponerle fin por sí solo. Un caso característico lo constituye el delito de bigamia, contemplado por el artículo 382 del

Código Penal, pues aunque el segundo matrimonio es nulo, poner fin a su existencia aparente no depende de la voluntad del autor, el cual tampoco puede evitar que surta los efectos jurídicos que le acuerda la ley. Por tal motivo, en este caso la comisión del delito se agota con la manifestación de voluntad que origina el estado. Por tanto, sólo el delito permanente constituye una auténtica pluralidad de acciones, en este caso, una mixtura de acción y omisión; en el caso de los delitos instantáneos de efectos permanentes la acción es una.¹¹

1.1.3 *Excursus*; delitos con pluralidad de acciones:

Otro supuesto que puede darse es aquel caso de delitos únicos con pluralidad de acciones, en el cual, por la estructura del tipo penal, es indiferente para la valoración jurídica, que la acción descrita en él se haya ejecutado una o muchas veces. Así ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de falsificación de moneda contemplada en los artículos 162 y siguientes del Código Penal. En tal evento, el forjamiento de una o varias monedas metálicas es punible de la misma manera; acá, el legislador enjuicia el hecho en su conjunto y no cada una de las acciones que lo componen. Misma situación acontece en los delitos de violación de sepulcros o sepulturas del artículo 321 del Código Penal y de exhumación o traslado ilegal de restos humanos del artículo 322 del mismo cuerpo legal.

En el análisis de los delitos con pluralidad de acciones se incluye, asimismo, ciertas hipótesis a las que suele denominarse de tipicidad reforzada; que son

¹¹ *Ibíd.*

situaciones en las cuales el tipo contempla varias posibles acciones, de manera que la ejecución de cualquiera de ellas lo satisface, pero al mismo tiempo, le es indiferente el que se realice más de una. Así acontece, por ejemplo, con el delito a que se refiere el artículo 123 del Código Penal, de acuerdo con el cual, solo debe imponerse una vez la pena señalada, aun cuando se trate de un sujeto que ha tocado campanas para excitar al pueblo al alzamiento, ha dirigido, con igual fin, discursos a la muchedumbre, y le ha repartido impresos.¹²

1.1.4 *Excursus*; delitos habituales o reiterados:

En esta hipótesis presenta una estructura diversa por cuanto la tipicidad presupone la ejecución reiterada de la acción¹³; en otras palabras, es justamente la reiteración de la conducta descrita en la ley lo que configura el delito, por ende, es indiferente el número de veces en que tal reiteración se produzca por cuanto siempre se comete un único delito, desde la primera reiteración, un ejemplo de esta figura está dado por el tipo de maltrato habitual consagrado en el artículo 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, número 20.066, que prescribe:

“Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

¹² *Ibíd.*, p. 264 y 265.

¹³ *Ibíd.*, p. 265.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968'.

1.2 Fundamento del delito continuado

El delito continuado surge como una respuesta a las exageradas penas que se imponían ante la comisión reiterada de determinados delitos. Por cierto que resulta casi irracional fundamentar una pena de muerte para aquel que incurriera por tercera vez en un delito de hurto, pues no hay teoría retributiva o de prevención alguna que permita justificar dicho ejercicio del *ius puniendi*.¹⁴ Así, aparece esta inquietud entorno a que esta pluralidad de acciones debe tener una dimensión valorativa distinta si eran tomadas como un conjunto cohesionado, esta es la esencia del delito continuado.¹⁵ Ahora bien, resulta evidente que la sustracción de estos casos de continuidad delictiva del tratamiento general del concurso de delitos, tuvo como razón fundamental el considerar que merecían un tratamiento diferenciado, menos intenso, y es menester responder: ¿de dónde nace esta inquietud?, ¿cuál es la razón que

¹⁴ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 14.

¹⁵ *Ibíd.*

fundamenta este tratamiento unitario?¹⁶

Esto se puede fundamentar desde dos perspectivas, una atendiendo a la forma como se concreta el dolo en esta sucesión de eventos; y la segunda teniendo presente la intensidad y manera en que se lesiona el bien jurídico protegido a través de la pluralidad de acciones.¹⁷

Una primera forma de abordar esta cuestión implica formular la distinción de “delitos continuados como unidad de acción” –que reside en la realización sucesiva de un dolo general- y como unidad de conducción punible de vida (como “culpabilidad de conducción de vida”) que descansa en el aprovechamiento reiterado de la misma oportunidad o de la misma situación permanente. Un ejemplo de delito continuado como unidad de acción será el de una persona que pretende sustraer todas las tejas de una casa abandonada para utilizarlas en su propia vivienda, para lo cual todas las noches acude con una carretilla y se roba unas cuantas; al cabo de un mes ya tenía todas las tejas en su propiedad. Hay quienes sostienen que estos casos deben ser tratados más benignamente, pues se debe tener como más perverso al que varias veces se ha decidido a ejecutar el delito y no a quien se ha decidido una sola vez. Por ello, y por estimar que pese a la pluralidad de acciones externas la determinación única que exigió para el delito continuado permitía solamente una imputación al sujeto, se considera que este delito debía ser tenido

¹⁶ *Ibíd.*, p. 14 y 15.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 15.

como una unidad que sirviera para moderar múltiples penas.¹⁸

Y un ejemplo de delito continuado como unidad de conducción punible de vida será, la de aquel sujeto abusador que cada vez que su mujer lo deja al cuidado de su hijastra de seis años, cede ante sus desviados deseos y le efectúa tocaciones impropias, prometiéndose no volverlo a hacer nunca más. En estos casos de culpabilidad homogénea, el fundamento del tratamiento unitario radica en que caer en la misma tentación ante idénticas o semejantes circunstancias externas favorecedoras de la reiteración, revela una menor culpabilidad en el delincuente de instante u oportunidad sometido por su impulso, y justifica, en consecuencia, el trato más benigno que de ordinario conlleva la unidad por continuación, por manifestar una voluntad delictiva más débil”. En apoyo a este segundo caso, se sostiene que la forma típica del delito continuado es el aprovechamiento de la misma oportunidad, mientras que el dolo común concreto es algo sumamente raro, la mayoría de las veces algo ficticio.¹⁹

Cabe señalar que en ambas posturas no existen criterios absolutos para afirmar fehacientemente que un designio común o el aprovechamiento reiterado de circunstancias similares merecen sin lugar a dudas un tratamiento más generoso por parte del sistema penal.²⁰

La defensa del delito continuado se basa en cuatro consideraciones

¹⁸ *Ibíd.*, p. 15 y 16.

¹⁹ *Ibíd.*, p.16.

²⁰ *Ibíd.*, p. 16 y 17.

complementarias: la primera de ellas es lograr una aplicación equilibrada y cierta de la figura dogmática; la segunda busca evitar el abuso político propiciado por la práctica al aplicar la continuación delictiva a modalidades en las cuales no procede, con fundamento en razones de economía procesal o de defensa social; en tercer lugar es necesario solucionar estas hipótesis sin la necesidad de desviar la atención a otras figuras jurídicas en el ámbito de la unidad y la pluralidad de tipos, o evitar descifrar de manera intuitiva el alcance de los límites del delito continuado y por último, desarrollar una construcción que exprese una solución sistemática, que se ajuste a los principios político-criminales previstos en la Constitución y la ley.²¹

En general la doctrina moderna ha concluido la necesidad de construir un fundamento sustantivo para explicar el delito continuado a partir del concepto material del delito. En este sentido, la continuación delictiva que implica el delito continuado, sería una realidad jurídica u ontológico-normativa, en la cual la punibilidad proporcional encuentra fundamento en el desvalor de acción de la tipicidad y del injusto unitario progresivo realizado mediante actos seriados. Se trata de un fundamento material restringido que desvirtúa las justificaciones selectivas (criminológicas, pragmáticas o político-criminales) que explican de manera exclusiva la institución como una figura basada en razones utilitaristas procesales o “en favor del reo”.²²

²¹ POSADA MAYA, RICARDO. Op. Cit., p. 84 y 85.

²² *Ibíd.*, p. 85.

1.3 Naturaleza jurídica del delito continuado

Cuando se hace referencia a la naturaleza jurídica de una institución lo que se busca es indagar en la esencia, en lo que la distingue, como asimismo en la determinación de los límites y las distintas categorías que se deben aplicar a dicha institución. El concepto de naturaleza jurídica constituye un ingrediente eminentemente científico en virtud del cual se persigue la intelección genética, es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica.²³

En este apartado, se procurará explicar las distintas teorías que existen para explicar la naturaleza jurídica de la institución del denominado “delito continuado”. La primera de ellas es la llamada “teoría de la ficción”, la segunda teoría es la “teoría de la realidad” la cual puede ser abordada desde un punto de vista natural y desde un punto de vista jurídico o normativo.

1.3.1 Teoría de la ficción²⁴:

Esta corriente propone que el delito continuado no es más que una ficción creada por la ley con el objeto de morigerar las penas para aquellos casos en que existe una pluralidad de hechos y concurriendo otros requisitos. Su origen se

²³ ESTEVEZ, JOSÉ LUIS. Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica. En Anuario de Filosofía del Derecho N° 4, 1956, (En línea): <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273> (Consultado 15 de diciembre de 2015) p.159 y siguientes.

²⁴ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 19 y 20.

remonta a la génesis de esta institución, que nació o se consolidó con los prácticos glosadores, principalmente Farinaccio, quienes con el objeto de evitar la pena de muerte para aquellos que cometieran tres hurtos, idearon esta figura de manera tal que se entendiera que el hechor sólo había cometido un delito. Bajo esta concepción no existe una realidad que pueda calificarse de delito continuado, sino que ante una realidad delictiva plural el derecho actúa como si se hallara ante un solo delito. Esta corriente configura el delito continuado en la concurrencia de elementos objetivos y uno subjetivo, que sirve de fundamento para unificarlos ficticiamente. Una característica que la distingue es que parte de la base que cada una de las acciones u omisiones constituyen un solo delito. Así lo señalaba Carrara, para quien la noción de este delito, por lo menos en el sentido que siempre lo entendieron los prácticos italianos, presupone la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación de ley. Ahora bien, tal conformación conspira contra el propio concepto de delito continuado, pues al ser cada acción un delito perfecto, resulta complicado poder determinar dónde y cómo funciona la continuidad, por lo cual, se acentúa el carácter artificial de esta figura, pues la unificación, al no tener su fundamento en su estructura, se debe encontrar en su finalidad, que no podía ser otra que aplicar una pena más benigna para el hechor. En este sentido lo ha resuelto nuestra Excma. Corte Suprema que ha fallado *“Que la figura del delito continuado sólo puede aplicarse en cuanto beneficie al delincuente tal como acontece en la especie, debido a la carencia de normas jurídicas que la consagre, fundado en la unidad jurídica del hecho delictivo fruto de una creación del derecho consuetudinario”*²⁵. En suma, existiría una ficción legal, en el sentido que el legislador

²⁵ Sentencia Excma Corte Suprema. Rol N° 5276-2011.-

asignaría a un conjunto de hechos, el mismo trato jurídico entre los cuales no existe necesariamente entre ellos alguna relación, es decir, el legislador crearía una ficción, por cuanto formula una reglamentación jurídica contraria a aquella que es la realidad sustancial de los distintos hechos que trata como continuados.

1.3.2 Teoría de la realidad:

Para la teoría de la realidad natural²⁶, el delito continuado es una unidad real y natural, esto es, no ve una pluralidad de acciones como en el caso de la teoría de la ficción, sino que se vislumbra una sola acción que está determinada por la unidad de dolo, pues, en este caso existe un dolo unitario y los distintos actos conforman una unidad natural de acción, que es simplemente el instrumento usado por el autor para conseguir el resultado querido por su acto y siendo este su objetivo único.

Esta teoría recurre al concepto de la unidad de dolo como elemento unificador de las diversas acciones, que pasan a considerarse como meras partes de la acción única, reputándose esta unidad como verdadera y real, de tal suerte que las distintas acciones aun constituyendo cada una por sí un delito, no son más que una parcial realización del resultado total por haber sido realizadas en virtud de un único objetivo. En una segunda variante se concibe una teoría de la realidad jurídica o realidad normativa²⁷, en virtud de la cual una pluralidad de acciones puede ser unificada por el derecho cuando se dan ciertos requisitos establecidos en la ley. Esta realidad

²⁶ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 20 y 21.

²⁷ *Ibíd.*, p. 21 a 23.

normativa, con independencia de su reconocimiento legal, debe ser admitida por vía consuetudinaria al constituir una unidad jurídica de acción con apoyo en razones de utilidad práctica²⁸ y político criminales.

1.4 Elementos del delito continuado

Existen básicamente dos corrientes o teorías que intentan abordar desde sus respectivas orientaciones la enunciación de los componentes del delito continuado, una de corte subjetivo, que busca el nexo de unión de las distintas acciones u omisiones en un elemento de carácter psíquico; y la segunda, de talante objetivo, que entiende aglutinadas las diversas acciones al concurrir una serie de circunstancias objetivas que le dan un sentido.²⁹

La teoría subjetiva otorga protagonismo al elemento interno como factor de unificación de las distintas acciones. Tal identidad o semejanza debe derivar de la identidad de las circunstancias externas que impulsan al sujeto a actuar. Aquí es la unidad de determinación genérica, o sea, de designio y de ley violada, la que conduce al delito continuado cuando hubo pluralidad de acciones. En otras palabras se puede conceptualizar como una misma resolución criminosa.³⁰

Por su parte, la teoría objetiva, funda la unificación en la concurrencia de

²⁸ LOPEZ ROJAS, DAYAN GABRIEL. El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple. En: Revista Chilena del Derecho Vol. 39, N° 3, Santiago de Chile, Diciembre de 2012: (En línea): <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300006>, (consulta): 04 de febrero de 2016.-

²⁹ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 24.

³⁰ *Ibíd.*, p. 25.

distintas características de corte neutral, tales como la unidad de bien jurídico lesionado o puesto en peligro, la similitud del tipo, identidad de sujetos pasivos cuando se vulneren bienes personalísimos, conexión temporal adecuada, entre otros. Si bien esta corriente no exige un vínculo psicológico para darle un carácter unitario a las distintas acciones u omisiones que la componen, se puede sostener que de todos modos, se encuentra implícita en la naturaleza de las exigencias que trae aparejada, ya que la formulación de exigencias objetivas sólo adquiere sentido o pueden ser argumentadas, cuando están destinadas a evidenciar una situación subjetiva, cuya significación se niega de modo formal, pero ha de reconocerse subyacente en el pensamiento.³¹

Sin perjuicio de seguir, respecto de los delitos continuados, una teoría de corte objetivo o subjetivo, en un análisis global se pueden sistematizar los elementos del delito continuado del modo siguiente:

1.4.1 Pluralidad de acciones u omisiones.

Sin duda, constituye el punto de partida de la teoría de los delitos continuados: al menos dos conductas capaces cada una de configurar un tipo penal determinado. Ciertamente, esta pluralidad de acciones constituye la esencia dogmática de la continuidad delictiva que por razones jurídicas, se tratarán como un solo hecho.³² De esta forma, no es posible concebir esta institución sin la existencia de varios hechos

³¹ *Ibíd.*, p. 25 y 26.

³² *Ibíd.*, p. 28.

u omisiones. Cada acción u omisión sea típica, antijurídica y culpable; esto es, el delito continuado presupone la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación de la ley.³³ Asimismo, se ha dicho que desde el punto de vista estructural, el delito continuado sería al menos, un evento de pluralidad de acciones naturales conexas en lo subjetivo, y desde la perspectiva objetiva, separables.³⁴

Lo anterior no constituye una posición unánime en la doctrina, pues hay aquellos que adscriben a una teoría de la unidad real de la acción, para los cuales el delito continuado nace de una acción natural llevada a cabo en cámara lenta, en la que el aspecto subjetivo y el sentido situacional de la acción en la realidad social, que luego coincidirá con el tipo, sirven como factores de unificación. En otras palabras, en vez de varias acciones que eventualmente podrán ser unidas jurídicamente si dan otros requisitos, esta corriente estima que sólo hay una acción, que se verifica de manera fraccionada.³⁵

1.4.2 Unidad de lesión jurídica.

Para que las diversas acciones u omisiones puedan ser aglutinadas jurídicamente, es necesario que configuren un tipo penal semejante y que afecten el mismo bien jurídico.³⁶

³³ *Ibíd.*

³⁴ POSADA MAYA, RICARDO. *Op. Cit.*, p. 75.

³⁵ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. *Op. Cit.*, p. 29.

³⁶ *Ibíd.*, p. 31.

La referencia a un tipo penal semejante, dice relación a que exista similitud en el conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico. Ahora bien, la exigencia es de similitud y no de identidad perfecta, ya que, por ejemplo se permite estimar delito continuado aunque algunas acciones constituyan formas agravadas o atenuadas del mismo delito, siempre que se trate del mismo tipo de delito. En consecuencia, cuando unas acciones infrinjan el mismo tipo básico y otras alguno de los tipos penales formados con base a la adición de elementos calificativos, puede apreciarse identidad objetiva en este punto.³⁷

Asimismo, surge la inquietud en cuanto a si la identidad de tipo admite la unificación de acciones que configuren delitos en distintos grados de desarrollo. En general se sostiene, sobre este punto, que para la continuación se requiere que se repita la consumación objetiva, y que como en el delito tentado o frustrado no hay consumación objetiva, no puede aseverarse que en estos casos se vuelva continuado el delito perfecto que haya sido consumado con posterioridad por el mismo agente. Lo cual se basa en que el delito continuado presupone la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representaba una perfecta violación de la ley, lo que en principio no ocurre con la tentativa y el delito frustrado. Cuestión que en todo caso, se puede rebatir si entendemos que el injusto de la tentativa y el injusto de consumación son ambos ya una perfecta infracción de norma.³⁸

³⁷ *Ibíd.*, p. 31 y 32.

³⁸ *Ibíd.*, p. 32.

Distinto es el caso en que ejecuten las conductas en virtud de títulos de imputación distintos, pues la realización del tipo no es semejante cuando se ejecuta a título de autor y cuando se interviene como cómplice o encubridor; resultando difícil poder encontrar en tales acciones una identidad objetiva que permita reunir las de manera jurídica o ficta; de esta forma, para que se pueda considerar existente el elemento de identidad objetiva de las diversas acciones, es necesario que el sujeto activo haya intervenido en todas ellas en virtud del mismo título de imputación.³⁹

También se exige que las acciones afecten el mismo bien jurídico, de manera tal que exista una unidad de injusto de resultado jurídico. Este requisito tomará importancia cuando las distintas acciones configuren tipos similares y no idénticos, pues en tales situaciones las modalidades diferentes podrán implicar eventualmente una afectación a bienes jurídicos diferentes.⁴⁰

En este punto es importante destacar que los eventuales actos parciales que constituyen los delitos continuados no deben vulnerar bienes jurídicos altamente personales, lo cual implicaría una pluralidad de infracciones típicas, pero no fijaría de modo axiomático una pluralidad de conductas, esto por cuanto en los casos de los bienes jurídicos altamente personales su lesión implica un menoscabo irreparable a la dignidad de la persona humana, por ello, se entiende que hay una protección diferente cada vez que se ataca el sustrato material del bien jurídico.⁴¹

³⁹ *Ibíd.*, p. 33.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ POSADA MAYA, RICARDO. *Op. Cit.*, p. 92 y siguientes.

1.4.3 *Unidad de sujeto pasivo.*

Este requisito es de carácter secundario, pues existe consenso en que cuando las distintas acciones u omisiones configuran delitos que lesionan bienes jurídicos que no son de carácter personal, como aquellos que atacan el patrimonio, no es necesario que exista una identidad de sujeto pasivo; por el contrario, si se atacan bienes altamente personales, será requisito que el sujeto pasivo no varíe, pues en estos casos resulta necesaria una valoración separada de los actos parciales, por presentar un tan diverso contenido del injusto y de culpabilidad que no es posible su unificación.⁴² En todo caso, nosotros consideramos cuestionable el hecho que, al menos desde la teoría, pueda haber múltiples víctimas, pues intuimos que ello, implicaría un menosprecio por lo tutelado por el tipo penal.

1.4.4 *Misma forma comisiva.*

Es un elemento que constituye un factor indiciario del nexo de continuidad. No es un requisito esencial, pues la descripción de las distintas características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición en la mayoría de los casos asegurará que la repetición de acciones u omisiones otorgue una base suficiente para entender la homogeneidad requerida por esta institución. Pero resulta evidente que entre la descripción típica y la modalidad de comisión todavía existe un trecho considerable, dado por las infinitas posibilidades que otorga la libertad humana y las circunstancias que día a día enfrenta una persona. Un hurto, un robo mediando

⁴² FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 34.

violencia o intimidación, una estafa, podrá cristalizarse de diversas maneras, según sea el ingenio del autor, y es en esa particular forma de comisión, donde la repetición entregará un antecedente relevante para poder aprehender aquella multiplicidad de acciones en un solo objeto de reproche penal.⁴³ También se ha sostenido que este punto se satisface con el empleo de medios o procedimientos semejantes (*modus operandi*), siempre que el uso de dichos medios, técnicas, instrumentos o procedimientos no impliquen la realización de un tipo penal diferente.⁴⁴

1.4.5 Conexión temporal.

El delito continuado, por esencia, requiere que medie un cierto lapso entre las distintas acciones, de una entidad suficiente como para descartar que exista una unidad real o natural de acción.⁴⁵ Con todo, el tiempo transcurrido entre la realización regular de los actos parciales debe ser prudencial, al punto de que sea posible advertir la existencia de un marco cronológico unificador y no disgregador.⁴⁶

1.4.6 Conexión espacial.

Actualmente existe consenso en la doctrina que este requisito es prácticamente innecesario, incluso se ha postulado que los problemas que en algunos casos puede plantear el hecho de que las acciones se hayan realizado en

⁴³ *Ibíd.*, p. 36 y 37.

⁴⁴ POSADA MAYA, RICARDO. *Op. Cit.*, p. 94.

⁴⁵ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. *Op. Cit.*, p. 37.

⁴⁶ POSADA MAYA, RICARDO. *Op. Cit.*, p. 95.

lugares diferentes, son problemas de carácter procesal y en consecuencia, ajenos a la figura del delito continuado.⁴⁷

1.4.7 Unidad de proceso judicial.

Que exista unidad de proceso judicial, esto es, que las distintas infracciones penales completas o los diversos actos parciales realizados por el autor no hayan sido juzgados y sancionados en distintos procesos judiciales por los Tribunales.⁴⁸

Por otro lado, la doctrina mayoritaria está conteste en que el elemento aglutinador del delito continuado es de carácter subjetivo, interno o psicológico estableciendo el nexo de una coherencia unitaria a las distintas acciones, ahora bien, la paridad de opiniones que existe respecto de la procedencia de este elemento, lamentablemente no ha redundado en una homogeneidad de posiciones en cuanto a su naturaleza, de tal modo que a continuación se dará cuenta de las diversas posturas que existen al respecto.⁴⁹

1.4.8 Mismo designio criminal.

Se trata de un elemento de carácter finalista e intelectual que tiene que ver con la representación previa que realiza el autor antes de decidirse a actuar, por lo que se debe diferenciar con el dolo que comprende cada una de las acciones u

⁴⁷ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 41.

⁴⁸ POSADA MAYA, RICARDO. Op. Cit., p. 95.

⁴⁹ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 41 y 42.

omisiones que se llevan a cabo.⁵⁰

En virtud de este elemento, el autor se representa: a) la unidad de ejecución de los actos delictivos plurales que se propone realizar voluntariamente, como unidad teleológica inseparable que supone una sucesión causal y temporal articulada de actos homogéneos; b) las circunstancias objetivas en las que ello sucederá; y c) la previsión del resultado que busca obtener según su finalidad y móvil.⁵¹

1.4.9 Dolo total o global.

A diferencia de la postura elemento anterior, este elemento agrega a la previsión de la realización de las diversas acciones u omisiones como un todo, la voluntad de efectuarlas, las que constituirán una forma seriada y progresiva de ejecución, que tomará sentido en relación a la finalidad que resultó determinante para llevarla a cabo. La intención del hechor fue lograr un determinado propósito, el que por diversos factores, sólo fue posible realizarlo mediante una ejecución parcializada y sucesiva. Sólo existiría un dolo, que se posicionaría como un elemento independiente de los elementos subjetivos del tipo. Aquí no basta con la sola voluntad de realizar estos actos entrelazados, sino que es importante la existencia de un plan previo que otorgue sentido a ese querer.⁵² En definitiva, es necesario que el sujeto activo haya previsto y querido, como un todo, la realización de la pluralidad de actos seriados que configuran en forma progresiva la ejecución del delito continuado,

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 42.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibíd.*, p. 44.

al menos con anterioridad a la terminación del primer acto parcial de la realización delictiva total. De este modo, los actos parciales que tengan una concreción posterior al primero, quedarán gobernados e incorporados en el nexo de continuidad, mientras que cualquier manifestación posterior de la voluntad del agente al plan final original constituye una tipicidad independiente y autónoma.⁵³

1.4.10 Dolo de continuación.

Esta teoría requiere que en cada acción el autor renueve su decisión anterior, al punto de erigir una suerte de hilo psíquico permanente.⁵⁴ Acá el fundamento determinante de la unidad del delito, no es el dolo común unitario, sino el aprovechamiento semejante de la misma oportunidad o de la misma relación permanente,⁵⁵ formando una línea psíquica ininterrumpida. En suma, en cada acción concurre un dolo particular distinto. La voluntad ulterior del sujeto aparece asociada como una continuación motivacional de la anterior, no se exige, en esta dilación del elemento subjetivo, que el autor se haya representado previamente el resultado total a obtener con la serie continuada.⁵⁶

⁵³ POSADA MAYA, RICARDO. Op. Cit., p. 95 y 96.

⁵⁴ FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. Op. Cit., p. 47.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 50.

⁵⁶ POSADA MAYA, RICARDO. Op. Cit., p. 95 y 96.

1.5 Tratamiento jurisprudencial en Chile del delito continuado

El último acápite de este capítulo lo hemos destinado al análisis de dos fallos emanados de nuestros Tribunales que se refieren a la figura de los delitos continuados.

1.5.1 Rol Interno: O-344-2015 / Rol Único: 1401088720-9 / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.

1.5.1.1 *Hechos y calificación jurídica en que se funda acusación del Ministerio Público.*

El día 09 de noviembre de 2014, pasadas las 23 horas, los imputados robaron especies en un servicentro ubicado en la comuna de Rengo. Se movilizaban en el vehículo patente CCYZ-85 hasta el servicentro Petrobrás ubicado en la Ruta 5 Sur, altura del km 116, costado poniente. Ingresaron al servicentro y se dirigieron hasta un bombero, a quien pidieron cargara bencina. Lo atendía la persona de iniciales M.G.V.Y. Uno de los imputados conducía el vehículo. Luego descienden los otros dos imputados. Uno de ellos intimida al bombero con un arma de fuego que puso a la altura de la espalda de la víctima y con otro de los imputados le exigieron la entrega del dinero. Acto seguido éste último imputado le introduce su mano en el bolsillo de la víctima y le sustrae la suma de 85.000 pesos en dinero en efectivo. Una vez ocurrido lo anterior, se suben nuevamente al vehículo y se dan a la fuga en dirección al sur utilizando la misma ruta

5.

Siendo las 23:50 aproximadamente, del día 9 de noviembre de 2014, los imputados llegan en el mismo vehículo hasta el Servicentro Copec, ubicado en el km 157 de la comuna de Chimbarongo. Al llegar a dicho Servicentro le solicitan al atendedor de iniciales C.A.R.R., que cargara combustible. En ese momento se bajó uno de los imputados y apuntó con un arma de fuego a la víctima y le exigió la entrega del dinero que mantenía en su poder. Le revisaron sus bolsillos y le sustrajeron la suma de 71.000 pesos en dinero en efectivo y un teléfono celular marca Nokia. Luego de lo anterior, se dieron a la fuga en el vehículo indicado por la ruta 5 sur, en dirección al sur.

Siendo las 00:03 horas aproximadamente, del día 10 de noviembre de 2014, los imputados llegaron en el mismo vehículo placa patente CCYZ-85, hasta el servicentro Shell ubicado en el km 175 de la ruta 5 sur, comuna de Teno. Llegaron pidiendo cargar combustible fueron atendidos por el bombero de iniciales D.I.T.O. Los imputados se bajan y le exigen la entrega del dinero de la recaudación, apuntándolo con un arma de fuego a la altura del abdomen. Le sustraen la suma de 140.000 pesos en efectivo y un teléfono celular marca Samsung, para luego darse a la fuga en dirección al sur por la ruta 5 sur.

En todos los hechos anteriormente descritos usaron un arma de fuego, una pistola Marca Steyr, N° de Serie 40335-17744, calibre 38. Además en el interior del vehículo se encontraron municiones.

Los imputados se trasladaban en el ya aludido vehículo placa patente CCYZ-

85, marca Jeep, vehículo que había sido previamente sustraído y que mantenía encargo vigente por el delito de robo de fecha 7 de noviembre de 2014, de la comuna de San Bernardo. Los imputados se trasladaban en su interior, sabiendo el origen ilícito del vehículo.

El Ministerio Público calificó los hechos precedentes como constitutivos de tres delitos de robo con intimidación en grado de consumado, un delito de receptación de vehículo motorizado y otro de porte ilegal de arma de fuego; en que a los imputados les cabe responsabilidad en calidad de autores en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

1.5.1.2 Medios de prueba.

Respecto a los tres delitos de robo con intimidación, ocurridos entre la noche del 09 al 10 de noviembre de 2014 que constituyen el hecho punible de estos autos, y sin perjuicio de que los intervinientes no discutieron los hechos punibles y la participación de los acusados en los mismos, el Ministerio Público con el fin de acreditar los elementos del tipo penal, esto es, que los acusados, se apropiaron de especies muebles ajenas, sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, ejerciendo intimidación en contra de las víctimas, desde distintos servicentros ubicados a lo largo de la Ruta 5 sur, y de apropiarse de las especies que portaban dos de ellas, se aportó el testimonio de la víctima M.G.V.Y, quien indicó que ese día llegó a su trabajo a las 11:00 de la noche, con el propósito de comenzar su turno en el Servicentro Petrobras de Rengo, atendió a dos clientes, cuando llegó un Jeep, color negro, y el

conductor le grita que le llene el estanque, cuando un sujeto se baja desde el interior del vehículo y le pide le entregue el dinero, colocándole un revolver en el costado derecho de la cintura (hizo ese gesto en la audiencia), entregó lo pedido (...) Explicó que al interior del vehículo iban tres personas, solo dos de ellos se bajaron y el chofer permaneció sentado; le sustrajeron \$85.000; y memorizó la placa patente del vehículo, dato que entrego a Carabineros: CCYZ-85.

Luego se escuchó a C.A.R.R., quien se desempeñaba como vendedor de la bomba de bencina Copec de la localidad de Chimbarongo, el que indicó que el día 9 de noviembre de 2014, mientras estaba trabajando llegó un Jeep negro que pidió que le llenara el tanque con gasolina de 97, pero pidió a su compañero que terminara el servicio, ya que debía ir al baño. Luego, vio que su compañero gritó algo, vuelve a la isla, y empieza con el inventario de las aguas y lubricantes cuando uno de los sujetos lo intimida con un arma, sacándole el dinero y su teléfono celular. El dinero sustraído ascendía a la suma de \$71.000. Explicó que su celular era marca Nokia, de color negro con teclado, el que reconoce al ser exhibido por el fiscal como evidencia material.

Todo lo dicho fue ratificado con los dichos de P.L.B.A., quien trabajaba en el servicentro Copec de Chimbarongo, cuando ese día estaba terminando de cargar combustible a un vehículo, estaba colocando la tapa cuando se baja un sujeto desde el móvil intentando agarrarlo, pero salió corriendo a la cafetería y avisar que era un asalto, avisó a su compañero, pero este no se dio cuenta. Reconoció que se trataba de un Jeep, color negro, modelo Cherokee, con tres personas en su interior. Explicó

que fue él quien terminó de surtir el combustible porque su compañero fue al baño; el chofer no se bajó, observó con un arma al primero que se bajó, mientras que el tercero de los sujetos también se bajó del móvil. Indicó que no recordaba quien había llamado a carabineros, y tampoco vio la patente del vehículo.

Asimismo, se escuchó a D.I.T.O., quien explicó que el día 9 y 10 de noviembre de 2014, trabajaba en la Estación de Servicio Shell de la localidad de Teno, entró al turno de las 11.00 de la noche, y cerca de las 12:00 de madrugada, estaba en las islas, cuando llegó una camioneta negra, y el conductor le pidió cargar combustible de 95, abrió la tapa de atrás, cuando un sujeto lo apuntó con una pistola en el estómago, y le exigió la entrega del dinero, lo que hizo, lo revisaron por completo, también le quitaron su teléfono celular, luego se fueron. Supo que Carabineros de la carreta los siguieron hacia el sur. Indicó que la camioneta era marca Jeep, con vidrios polarizados, entonces vio al conductor, que no se bajó del móvil, solo los otros dos. El monto sustraído fue de \$120.000, de los cuales eran \$60.000 de su compañero que había ido a tomar té. El celular que le arrebataron era marca Samsung, azul marino, el que le fue exhibido en audiencia y reconoció como propio.

Todos los relatos de las víctimas fueron ratificados por el Subteniente de Carabineros Humberto Mella González, quien indicó que mientras se encontraba de servicio nocturno el día 9 y 10 de noviembre de 2014 en la comuna de San Fernando, cerca de las 11:30 de la noche, fueron alertados que en Petrobras en Rengo, el bombero de servicio había sido víctima de un robo con intimidación y que se trataba de tres sujetos, portaban un arma de fuego y le sustrajeron dinero. Se les

informó que el bombero tomó nota de la placa patente del vehículo, y que se trataba de un Jeep, el que al ser revisado en el sistema figuraba con un encargo por robo. Transcurrieron 15 a 18 minutos, cuando recibieron un llamado de la Copec de Chimbarongo, y los mismos sujetos, sustrajeron dinero y celular del bombero de turno; 15 minutos pasada la medianoche, llaman desde la Estación de Servicio Shell de Teno, donde otro bombero fue víctima de otro delito de robo con intimidación con arma de fuego, se trataba del mismo vehículo, con igual patente. Agregó que 10 minutos después, el carro de la Tenencia de Carreteras de Colchagua, intentó interceptar el vehículo, generándose una persecución en dirección al Norte, por lo que avisó a patrullas del sector, el móvil transitaba a alta velocidad 180 kilómetros por hora. Luego, indicó que salió a la carretera 5 Sur, y frente a un cruce ubicaron conos y personal de Carabineros para evitar la huida de los sujetos, instantes en que vehículos particulares estaban en el lugar, cuando los sujetos sin respetar la orden de detención y debido a la velocidad con la que transitaban chocaron a los automóviles estacionados y dañaron una garita de peaje. Se incautó el monto de \$80.000 en efectivo. Luego, LABOCAR en el lugar realizó diligencias respecto del arma de fuego, que tenía municiones y dos celulares de propiedad de los bomberos de las estaciones de servicio Copec de Chimbarongo y Shell de Teno.

1.5.1.3 Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.

En primer lugar resulta relevante la declaración que los acusados prestaron en audiencia, luego de renunciar a su derecho a guardar silencio y, es interesante algunos pasajes de dichas declaraciones, el primero de los acusados escuchado señaló que el día 10 de noviembre de 2014, “se juntó con sus amigos (coimputados)

para ir al sur y asaltar bencineras". Así, explicó que comenzaron en Rengo, donde pidió una recargada de combustible al bombero, cuando uno de sus compañeros se bajó con el arma, lo intimida con el arma que portaba, la que mantenía en su abdomen, se acercó al bombero y el otro amigo le quita el dinero desde sus bolsillos cerca de \$80.000, se subieron al auto y siguieron camino al sur. Luego, se detuvieron en otro servicentro en Chimbarongo, una Copec, e hicieron lo mismo: el que conducía pidió una recarga de combustible, mientras los otros se bajan, uno con el arma y el otro revisando al bombero, sacándole el dinero y un celular. Siguieron camino al sur hasta llegar a un servicentro en Teno, era una Shell, y usaron la misma técnica, pidió una recarga de combustible, y se bajaron sus dos compañeros, quienes le sacaron el dinero al bombero y un celular, en este caso fueron \$90.000. De ahí retornaron a Santiago, cuando vieron una patrulla en la carretera, los sobrepasaron a alta velocidad, iban a cerca de 180 kilómetros por hora, y vieron una barricada, no se detuvieron, pero chocaron contra otros autos, lugar donde fueron detenidos, incluso los carabineros abrieron fuego en contra de ellos, y a pesar que ya había salido del móvil, seguían disparando, señaló.

El segundo de los imputados declara que el día 10 de noviembre de 2014, se vino con sus amigos "a trabajar" al sur, lo hicieron en un auto, llegaron primero a un servicentro, no recordando el lugar, cuando el conductor pidió una recarga de combustible al bombero, él salió del interior del vehículo por la puerta trasera y le pidió dinero al vendedor, siendo el tercero quien le sacó el dinero. Reconoció que mantenía una pistola en su abdomen. El segundo hecho fue igual al primero, el que manejaba pedía una recarga de combustible, él bajaba del auto y pedía el dinero, el

que sacó desde los bolsillos del vendedor, mientras el otro lo ayudaba, no apuntó con el arma al bombero. Luego, señaló que en la tercera bomba de bencina hicieron lo mismo, y una vez con el dinero en su poder, se dieron la vuelta para devolverse a Santiago. En eso estaban cuando vieron patrullas de Carabineros con las balizas apagadas, por lo aumentaron la velocidad y comenzó una persecución que terminó en una barricada en San Fernando, en donde había un camión y otros vehículos en la Ruta 5 Sur, quisieron esquivarlos, pero iban a gran velocidad e impactaron con la barrera, cuando los policías empezaron a disparar.

Al fiscal respondió que en la ciudad de Chimbarongo, lugar donde ocurrió en segundo robo, se llevaron un teléfono celular, sin recordar si en el tercero sustrajeron una especie similar. Reconoció que los robos todos fueron seguidos; al ser detenidos por carabineros, estos les dispararon, por lo que se asustó y se escondió dentro de la camioneta y tiró el arma desde la ventana. Recalcó que no hizo uso del arma, que no la disparó.

Luego, se contó con los dichos del tercer imputado, quien indicó que el 9 de noviembre de 2014, mientras estaba en la su casa, se juntó con los otros dos imputados, uno de ellos andaba en una camioneta y se fueron al sur. Pasaron primero por Rengo, y se detuvieron en un servicentro, instante en que quien conducía, le pidió al vendedor que recargara combustible, cuando el segundo se baja por detrás del chofer mostrándole la pistola que llevaba en el abdomen, luego él se bajó dio la vuelta a la camioneta y le quitó el dinero que tenía en los bolsillos. Siguieron rumbo al sur en otra bomba, e hicieron lo mismo, el compañero mostró la

pistola, y él se bajó y le quitó el dinero. En la última bomba repitieron la forma de hacerlo. Luego, explicó que tomaron el retorno para regresar, cuando en la carretera observaron una patrulla de carabineros, los que los siguieron, pero los adelantaron, cuando en la Ruta 5 Sur a la altura de San Fernando, había una barricada con tres autos y un camión, chocaron contra una y empezaron los disparos, se asustó y se tiró al suelo, luego, se bajaron del vehículo y se tiraron al suelo, el arma ya la habían botado, pero los policías siguieron disparando.

Reconoció al fiscal que en el segundo de los hechos, quitó junto con el dinero un teléfono celular, marca Nokia de color negro, y en la tercera Bomba otro de color blanco, admitiendo que fue quien los sustrajo.

Las defensas alegan, en lo que nos concierne, que procede una condena por los robos, debiendo considerarse la declaración detallada entregada por los imputados, sosteniendo, que en este caso debe sancionarse estos delitos como uno solo, de acuerdo a construcción doctrinaria y jurisprudencial del llamado delito continuado, y que si bien no existe norma a su respecto, esta figura fue creada con la finalidad de aplicar una pena justa y proporcional. La defensa sostiene que los hechos ocurrieron en una misma línea de tiempo, a escasos minutos de diferencia entre ellos, y los une un dolo común o fin común, lo que se desprende de la dinámica de los hechos, donde la única intención era la sustracción de dinero de las bencineras. La planificación del hecho ocurrió una sola vez, lo que ayuda a calificarlo como un solo hecho; lo cual se potencia con la circunstancia de que los distintos episodios ocurren “en un mismo trayecto”, este es, en la Ruta 5 Sur, que respecto del

mismo fin este es tal porque existió un mismo bien jurídico a proteger, el patrimonio de las personas.

A su vez, el Ministerio Público solicitó el rechazo del argumento de las defensas, en cuanto a considerar los delitos de robo con intimidación como uno del tipo continuado, toda vez que los hechos ocurrieron en momentos delimitados, no cumpliéndose los requisitos señalados por la doctrina.

1.5.1.4 Razonamiento del Tribunal: sentencia.

La prueba de cargo incorporada por el Ministerio Público, logró superar el estándar necesario para acreditar, más allá de toda duda razonable, los 3 delitos de robo con intimidación ocurridos en la noche del 9 al 10 de noviembre de 2014, en tres Estaciones de Servicio, ubicadas en los kilómetros 116, 157 y 175 de la Ruta 5 Sur, respectivamente, los cuales en definitiva no fueron discutidos. En efecto, en los tres delitos de robos con intimidación ocurridos, en las comunas de Rengo, Chimbarongo y Teno, se contó con los testimonios de los ofendidos, quienes dieron cuenta que, en horas de la noche del 9 al 10 de noviembre de 2014, mientras se desempeñaban como vendedores en las Estaciones de Servicio, Petrobras, Copec y Shell respectivamente, llegó al lugar una camioneta Jeep, modelo Grand Cherokee color negro, donde el conductor les solicitó cargar combustible, mientras uno de sus acompañantes bajaba del móvil y les exhibía una pistola que portaba exigiéndoles el dinero recaudado, mientras el tercer sujeto ayuda a éste último, revisando bolsillos y sustrayendo especies, que en cada caso consistió en dineros y en dos de ellos en

teléfonos celulares. Situación que dio cuenta del uso de una misma técnica, para lograr el objetivo final, cuál era la obtención de las especies.

Estos relatos resultaron acordes con lo manifestado por los funcionarios policiales, respecto a que mientras realizaban sus servicios de turno, recibieron llamados radiales que informaban de los robos con intimidación en las referidas bencineras, y que permitió la detención de los acusados, en virtud de las características entregadas por los ofendidos a los funcionarios policiales que recibieron las denuncias, es decir que se trataba de un vehículo marca Jeep, modelo Grand Cherokee, color negro, y en particular por lo informado por M.G.V.Y., quien entregó la placa patente del vehículo escasos minutos de ocurridos de los hechos. De esta manera, los acusados fueron interceptados en la ruta 5 Sur a la altura de la ciudad de San Fernando, encontrando en el interior del vehículo en el que transitaban los acusados, el dinero sustraído a los ofendidos y dos teléfonos celulares, uno marca Nokia y otro Samsung, que también fueron reconocidos en audiencia por las víctimas C.A.R.R. y D.I.T.O. Por otra parte, también se halló el arma de fuego usada para la perpetración de los referidos robos, la cual se encontraba operativa y apta para el disparo según lo señalado por el perito balístico.

De este modo, con los elementos de cargo antes referidos, se demostró en primer lugar que los acusados concurrieron a las Estaciones de Servicio de las localidades ya indicadas, y exigieron a los bomberos la entrega dinero y teléfonos celulares en su caso, todo lo cual permite establecer el propósito de los acusados de apropiarse de cosa mueble ajena, en contra de la voluntad de su dueño, actitud que

revela el propósito de los acusados de apropiarse de una manera ilícita del dinero y celulares de los ofendidos.

De igual modo, la misma prueba de cargo permitió establecer el elemento de la intimidación exigido en el tipo penal por el cual se acusó, por cuanto además de resultar establecido que los acusados exigieron el dinero, uno de ellos exhibió un arma de fuego, que de por sí ya resulta intimidatorio, con el propósito de obtener las especies.

Por su parte, el ánimo de lucro surgió de la naturaleza misma de la especie que pretendían sustraer, en este caso el dinero recaudado por la venta de gasolina, lubricantes y otros en los Servicentros ya aludidos, la cual es de fácil reducción.

Se desecharon las alegaciones de las defensas en razón de estimar los tres delitos de robo con intimidación, como un solo delito del tipo **continuado**, basado en que los delitos habían ocurrido en una solo unidad temporal, con breves espacios de tiempo entre cada uno de ellos, con un dolo o fin común, cual fue sustraer dinero de las bencineras, además que la planificación de los hechos ocurriera solo una vez. Estos hechos, a juicio del órgano adjudicador, constituyen tres delitos de robo con intimidación, previstos en los artículos 432 con relación al artículo 436 inciso primero del Código Penal, sancionado en esta última disposición legal, el que alcanzó el grado de consumado, por cuanto los hechores desplegaron todos los actos necesarios para obtener la apropiación de las especies, es decir, la realización completa del hecho típico.

Se complementa la sentencia indicando que ha sido la misma doctrina y jurisprudencia la que ha entregado una serie de requisitos para estimar posible la consideración de un delito **continuado** en nuestra legislación, situación que por lo demás se trata solo de una construcción doctrinaria a falta de norma expresa que regule la sanción a aplicar en determinadas situaciones de pluralidad de delitos con indeterminación temporal. En el presente caso, no se cumplen los requisitos doctrinales y jurisprudenciales, pues si bien existió un mismo bien jurídico afectado, los delitos ocurrieron en fecha determinada, en distintos lugares de ocurrencia a una distancia aproximada de cuarenta kilómetros entre cada uno de ellos, de manera que no se estuvo en un solo lugar, a lo que debe agregarse la circunstancia temporal, pues estuvo dada por el móvil o medio de transporte utilizado, en el lapso de una hora. Además, uno de los requisitos contruidos doctrinariamente y que no puede dejar de ser relevante, es que estos deben afectar a un mismo sujeto pasivo, cual no es el caso, cuestión que claramente no se dio en la especie, en que hubo tres ofendidos distintos.

1.5.2 Rol Interno: O-591-2015 / Rol Único: 1200332468-9 / Tribunal: 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

1.5.2.1 Hechos y calificación jurídica en que se funda la acusación del Ministerio Público.

El día 08 de Febrero de 2012 el imputado procedió a cobrar dos cheques de la cuenta corriente N° 998-05379-01 del Banco de Chile de titularidad de la víctima, los

cuales habrían sido previamente sustraídos y falsificados, ya que su contenido y firma eran adulterados, imitando la firma genuina del titular. El detalle de los cheques cobrados es el siguiente:

- Serie 2011 HC 3075256 por el monto de \$156.540, presentado a cobro por el imputado en la sucursal SERVIPAG Alameda, comuna de Santiago.
- Serie 2011 HC 3075259 por el monto de \$ 238.000, presentado a cobro por el imputado en la sucursal SERVIPAG Miraflores, comuna de Santiago.

El acusado conocía de la falsedad de los documentos, toda vez que no eran de su propiedad ni habían sido entregados por el titular a su persona, además los cobró el mismo día en sucursales distintas para evitar ser descubierto, dando cuenta de su actitud dolosa, causando a su vez a la víctima un perjuicio ascendiente en cada operación al monto de cada cheque, por un total de \$394.540 pesos.

A juicio de la Fiscalía los hechos descritos son constitutivos del delito reiterado de falsificación y uso malicioso de instrumento privado mercantil, previsto en los artículos 198 en relación a los artículos 197 y 193 N°1 del Código Penal, el que se encuentra en grado de desarrollo consumado, atribuyendo al imputado participación en calidad de autor ejecutor del artículo 15 N° 1 del Código Penal. Se agrega que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, por lo que previa la cita de las normas legales aplicables en la especie, solicita en definitiva se condene al acusado a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo más

las penas accesorias legales y al pago de las costas.

El Ministerio Público señaló que este juicio dice relación con un delito de falsedad documental establecido en el título IV del Código Penal, no es un delito económico, sino que es de falsedad documental que afecta la fe pública, por ello la pena superior y no asociada al monto de lo defraudado. Agrega que en estos delitos, por lo general, se da la dinámica de una organización criminal, hay bandas organizadas que roban los documentos sacándolos del talonario en forma alternada para que el titular no se percate y no pueda dar orden de no pago, posteriormente falsifican las firmas y finalmente tenemos a los que cobran, a ellos le pagan un monto muy ínfimo, afirma que esto es una red criminal que no solo afecta el patrimonio, sino que, reitera, la fe pública.

Se enfatiza, asimismo, que el imputado cobró en dos circunstancias, lo que es relevante para acreditar la malicia y el dolo, cobra en distintas sucursales, el mismo día, para no poner en alerta al banco y no ser descubiertos. Solicita en definitiva, el Ministerio Público, se dicte sentencia condenatoria.

1.5.2.2. *Medios de prueba.*

El Ministerio Público con el fin de acreditar los elementos del tipo penal, presenta como medios de prueba: la declaración de la víctima, que da cuenta de cómo se sustraen los cheques, por cuanto señala que desde el Banco se comunican con él manifestando que existía un movimiento irregular en su cuenta corriente, por lo cual se percata y toma conocimiento que habían sido cobrados dos cheques de su

cuenta corriente que él no había girado y que previamente le habían sustraído; la declaración de un funcionario policial que señalará las diligencias de la investigación y una perito doña Carol Arriagada Briceño quién manifiesta que analizados los cheques cobrados y las muestras grafológicas del titular de la cuenta corriente, utilizando para ello el método grafoscópico de comparación se procede a verificar que la firma de los 2 cheques estaba falsificada, que morfológicamente se parecían, pero detalles de velocidad hizo ver que no eran del titular. Los llenos de los dos cheques no eran del titular y no se parecían en nada.

Asimismo, la defensa manifiesta que existirá su máxima colaboración en el esclarecimiento de los hechos, en presencia de su defensor, debida y legalmente informado de los hechos constitutivos de la acusación y advertido de sus derechos y de lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal, el acusado renunció a su prerrogativa de guardar silencio, y exhortado a decir la verdad manifiesta en síntesis que él estaba sin trabajo y se encontró con un conocido, que necesitaban gente para cobrar cheques, él estaba mal, estaba mucho tiempo sin trabajar, no quería robar más y le ofrecieron \$100.000, aceptó cobrarlos y los cobró.

Examinado por la defensa, agrega que por sus papeles “cochinos” no le daban trabajo en ningún lado, además es pensionado por ceguera, debido a que perdió la vista de un ojo completamente y en el otro tiene partida la retina todo desde el año 2009. Afirma que él sabía que los cheques no eran de su propiedad y que no se los pasaba el titular, añade que los cobró en sucursales distintas, pero no recuerda cuales eran. Manifiesta que en la actualidad no posee condenas con posterioridad, trabaja como ayudante de albañil en una betunera y posee contrato de trabajo.

En contra examen del Ministerio Público agrega que lo contrató el guatón Pedro, que se dedica a andar abriendo autos, viajan, abren autos, porque así roban los cheques, andan delinquiendo. Cuando roban cheques lo hacen de los autos, al descuido, ellos tienen los que falsifican la firma, refiere que no conoció a quien falsifica la firma, enfatiza que el falsificador siempre anda que no lo vean porque ese es el peligroso para la sociedad. Reitera que ese día se encontró con Pedro y como andaba buscando pega, debido a que tenía al hijo enfermo, sin pensarlo lo hizo, precisa que no vio llenar los cheques, solo firmó para retirar la plata, fue a dos SERVIPAG lo esperaron en la puerta, no lo acompañaron a cobrar, para no mostrarse, andaba con Pedro y un compañero de él.

1.5.2.3 Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.

El Ministerio Público señala que se ha acreditado el hecho punible y la participación del acusado, se acreditó que son organizaciones criminales dedicadas a ello, unos se dedican a robar, otros llenan, otros cobran, reitera que por ello la pena es tan alta. Agrega que hoy en esta audiencia se tiene solo al último eslabón de la cadena. Manifiesta que estas organizaciones comienzan a cobrar con pocos montos para conseguir el cobro y el tercero ya era un monto alto, que iba ser cobrado por una tercera persona. Hace presente que no obstante, haya operado el seguro, igual el delito se consumó y el perjuicio ocurrió, ello no afecta la existencia del delito. En cuanto al carácter del delito, esto es si es reiterado o continuado la solicitud de la fiscal es la de calificar los hechos como delitos reiterados de uso malicioso de

instrumento privado mercantil falso.

La defensa del imputado sostiene una tesis de un delito continuado, señala que su representado es el eslabón final de la banda, quien actuó en forma esporádica, todo lo hizo en una misma oportunidad, en dos sucursales distintas, porque sabía que los documentos no eran de su propiedad y que no se le había entregado por el titular.

1.5.2.4 *Razonamiento del Tribunal: sentencia.*

Para que se configure el tipo penal del artículo 198 del Código Penal, por el cual el Tribunal emitió su veredicto condenatorio, se requiere que un sujeto, en perjuicio de un tercero, cometiere en un instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193 del Código Penal, agregando el artículo 198 del Código del ramo que el que maliciosamente hiciere uso de los instrumentos falsos a que se refiere el artículo 197, será castigado como autor de falsedad, esto es el que maliciosamente hiciere uso de instrumentos privados o letras de cambios u otra clase de instrumentos mercantiles, dentro de los cuales se encuentran los cheques conforme lo dispone el artículo 10 del DFL 707, serán castigados con la pena referida en el artículo 197 inciso final del Código Penal.

Se arriba a la conclusión, por el órgano adjudicador, más allá de toda duda razonable, que los hechos objeto de este juicio ocurren el día 8 de febrero de 2012, en la comuna de Santiago, donde un tercero presentó a cobro y le pagaron los

cheques de la cuenta corriente del Banco de Chile N°998-05379-01, perteneciente a la víctima, serie N°3075259 por \$238.000 y serie N°3075256 por \$156.540, los cuales previamente habían sido sustraídos a su dueño en la comuna de Pucón. Respecto a la certeza de que los instrumentos cobrados en la sucursal SERVIPAG de Agustina y Moneda hayan sido falsos se está a lo declarado en juicio por la perito doña Carol Arriagada Briceño quién manifiesta que analizados los cheques cobrados y las muestras grafológicas del titular de la cuenta corriente, utilizando para ello el método grafoscópico de comparación se procede a verificar que la firma de los 2 cheques estaba falsificada, que morfológicamente se parecían, pero detalles de velocidad hizo ver que no eran del titular. Los llenos de los dos cheques no eran del titular y no se parecían en nada. Concluyendo que las dos firmas son falsas y que el titular no había escrito nada de los cheques. Que lo depuesto por la profesional no se ha desvirtuado por ninguna prueba de similar naturaleza rendida en juicio, de forma tal que es suficiente para asentar el hecho de que los dos cheques presentados a cobro no fueron llenados ni firmados por su titular, de forma tal que eran falsos.

Por último, en cuanto a que un sujeto maliciosamente haya hecho uso de estos instrumentos privados mercantiles, ello se ha probado tanto por la declaración del dueño de la cuenta corriente, quién da cuenta que del Banco se comunican con él manifestando que existía un movimiento irregular en su cuenta corriente, por lo cual se percata y toma conocimiento que habían sido cobrados dos cheques de su cuenta corriente que él no había girado y que previamente le habían sustraído, lo cual se ha corroborado por la cartola bancaria que da cuenta del cobro y pago de los instrumentos, con el respectivo descuento de dinero en la cuenta corriente, como por

el oficio N°49 de 24 de mayo de 2012 que, tanto acompaña los cheques ya individualizados, como da cuenta de su cobro y pago.

En consecuencia, la unión lógica y sistemática de la prueba testimonial y documental permiten al tribunal establecer que un sujeto presentó a cobró los dos cheques del ofendido obteniendo su pago en las sucursales Servipag de Agustina y Moneda, causando un perjuicio en el titular de la cuenta corriente de \$394.540. Importando para el Tribunal, los hechos recién descritos, el ilícito del artículo 198 del Código Penal, en relación a los artículos 197 y 193 del mismo cuerpo legal, por cuanto un individuo presentó a cobro, en dos entidades de pago distintas, dos instrumentos privados mercantiles cuya información en cuanto a cantidad y beneficiario era falsa, por cuanto no se había escrito por su titular, al igual que la firma, causando en éste un perjuicio ascendente a una suma aproximada de \$400.000.

El delito se encuentra en grado de consumado, debido a que el sujeto realizó la acción típica, antijurídica y culpable en su totalidad, causando un perjuicio efectivo en el ofendido, que posteriormente fue cubierto por el seguro contratado con el Banco de acuerdo a su declaración, siendo ejecutado el mismo de forma continua, mas no reiterada como expresó la acusación fiscal, ello toda vez que no obstante ser dos los cheques que se cobraron en diversas sucursales de Servipag ello fue en un corto período de tiempo, dentro de un mismo día, cuando ni siquiera podía percatarse del mismo la víctima. En efecto, aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra reglamentado el tratamiento del **delito continuado**, los

Tribunales de Justicia lo han aceptado excepcionalmente para situaciones de pluralidad de acciones en que, si bien no existen elementos suficientes para individualizar cada uno de los hechos punibles de modo que pudieren ser castigados como delitos distintos, si existe unidad de lesión jurídica y conexión entre las acciones ejecutadas por el hechor. Tal vinculación se dio en este caso por cuanto se acreditó un conjunto de conductas ilícitas sucesivas ejecutadas por el acusado, en tiempos distintos pero dentro de un mismo período, contra igual sujeto pasivo -la víctima-, y que lesionaron idéntico bien jurídico y tipo legal. Además, se tuvo en cuenta para establecer la conexión externa de estos hechos, el que el acusado para realizar las conductas delictivas utilizó el mismo modus operandi, esto es cobrar cheques de bajo monto, llenados por terceros, del cual él no era beneficiario, en dos sucursales de entidades no bancarias que cambian estos instrumentos privados mercantiles.

Conforme a lo anterior, en este caso se verificaron todos los requisitos que se exigen para estimar varios hechos como un delito continuado, ya que, tal como lo señalan los autores Politoff, Matus y Ramírez, el presupuesto del delito continuado es la reiteración de varios hechos, que considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero que por algún criterio externo, se consideran como unidad. Entre estos criterios se pueden mencionar: la unidad del bien jurídico afectado, la igual naturaleza del objeto material, la unida temporal, la unidad de propósito, la consideración del conjunto de los hechos, criterios de economía procesal derivados de la imposibilidad material de pesquisar el detalle de cada uno de los actos que componen el conjunto e incluso la manifiesta

inequidad derivada de aplicar las reglas concursales comunes. (Páginas 453, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte general, segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile). Por otra parte, desde un punto de vista conceptual no existe ningún inconveniente para admitir la aplicabilidad de esta figura respecto de los delitos que atenta contra la fe pública, pues dicha construcción jurisprudencial se basa fundamentalmente en la unidad jurídica de las acciones penadas, e incluso en legislaciones que regulan expresamente el delito continuado, como la española, si bien se proscriben respecto de los derechos personalismos, no excluye las falsedades. Conforme con lo razonado, se rechazará la solicitud de la fiscal de calificar los hechos como delitos reiterados de uso malicioso de instrumento privado mercantil falso, toda vez que ambas acciones forman una unidad que fue continua en un breve espacio de tiempo, configurando el concepto de delito continuado.

CAPÍTULO 2: El delito de abuso sexual

2.1 Panorama general respecto de los delitos sexuales

En su origen, la libertad sexual se conecta con la satisfacción de una necesidad humana de carácter existencial, esto es, la autorrealización personal en la esfera de la sexualidad. Su origen está en el derecho humano al ejercicio de la sexualidad y se concierne con el derecho constitucional a la libertad individual⁵⁷. En el mismo sentido, Muñoz Conde señala que El Derecho Penal no sólo protege derechos fundamentales, sino que tanto en las conductas que sanciona, que principalmente limitan o privan la libertad, el derecho penal incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales.⁵⁸ Todo esto, da nacimiento a un programa de autonomía individual, que es el resultado de un aprendizaje, de un descubrimiento de sí mismo, donde el ser humano toma conciencia de quien es y cuál es su lugar en las relaciones con los demás.⁵⁹

Asimismo, la libertad sexual es también un derecho subjetivo para quien puede ejercitar una plena capacidad volitiva y cognitiva, de modo responsable en el ámbito de la libertad individual, que, entendida de ese modo, se conecta exclusivamente con la facultad de las personas de decidir y consentir sin limitaciones,

⁵⁷ OXMAN VILCHES, NICOLÁS. Libertad sexual y estado de derecho en Chile. Edición Librotecnia. P. 151.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal, en El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muniz. Quintero Olivares, Morales Prats (coords.), Arazadi, 2001, p. 562.

⁵⁹ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. PPU, Barcelona, 1999. p.152.

coacciones o amenazas con quién, cómo y cuándo se quiere tener intimidad sexual, y, en el mismo sentido la facultad de elegir las referencias circunstanciales o la clase de comportamiento sexual que se desea.⁶⁰ En el mismo sentido, Miguel Bajo Fernández, sostiene: ella (la libertad sexual) es el derecho a disponer del propio cuerpo, sin más limitación que el respeto a la libertad ajena.⁶¹

Siguiendo a Diez Ripollés, se distinguen dentro de la libertad sexual, dos aspectos fundamentales, uno de carácter positivo y otro de carácter negativo; el primero consiste en el derecho de toda persona de ejercer la sexualidad, en plena libertad con otra persona que consiente en dicha actividad, en un sentido de poder disponer del propio cuerpo de la forma que se desea. En su aspecto negativo implica un contexto netamente defensivo, consistente en el derecho a no verse involucrado sin consentimiento en un ámbito sexual. Para este autor, al derecho penal solo compete la protección de este aspecto negativo.⁶²

La libertad sexual se manifiesta con un marcado sentido dinámico porque importa la facultad de las personas para expresar su sexualidad de la manera que más les acomode, comprendiendo ello tanto la elección de la pareja sexual como el tipo de relación que se desea tener y sin que importe si la relación es homosexual o heterosexual, o si en ella hay elementos de violencia, por ejemplo, como en el caso

⁶⁰ OXMAN VILCHES, NICOLÁS. Libertad sexual y estado de derecho en Chile. Edición Librotecnia. P. 152 y 153.

⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. Manual de Derecho Penal, Parte especial, tomo iii, Editorial Centro de Estudios Ramón Araces. S.A. Madrid, 3era edición, 1995, p. 201.

⁶² DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUÍS. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en Comentarios al Código Penal Parte Especial, tomo ii, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.224.

del sadismo y el masoquismo.⁶³ Asimismo, presenta un contenido estático pasivo que consiste en el derecho a repeler comportamientos sexuales impuestos en contra de su consentimiento por parte de otras personas.⁶⁴

Así, la libertad sexual se presenta como la autodeterminación voluntaria en la esfera de la sexualidad, y al Derecho Penal le corresponde castigar las conductas que lesionen aspectos negativos de la libertad sexual, ya que el aspecto positivo constituye un límite al poder punitivo del estado, esto es, que no puede intervenir, ni pretender regular aquellas conductas que no supongan un atentado al ejercicio de la sexualidad de los demás.⁶⁵

Es así como existe una serie de delitos que atentan a la libertad sexual, los cuales constituyen una esfera diferenciada en contra de la libertad en general, esto, por cuanto, están intrínsecamente ligados a la libertad de conciencia, ya que se trata de la búsqueda de la autorrealización personal de la esfera vital; y cuyo injusto no se logra colmar con la esfera genérica de los delitos contra la libertad.⁶⁶ Uno de los delitos que atentan esta parcela de libertad, es el denominado delito de abuso sexual, en nuestra legislación consagrado, como se analizará en los apartados siguientes, en los artículos 365 bis, 366 y 366 bis, todos del Código Penal.

⁶³ En este sentido ALONSO PÉREZ, FRANCISCO. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, perspectiva jurídica y criminológica, Dykinson, Madrid, 2001. p. 23.

⁶⁴ OXMAN VILCHES, NICOLÁS. Libertad sexual y estado de derecho en Chile. Edición Librotecnia. P. 154.

⁶⁵ OXMAN VILCHES, NICOLÁS. Libertad sexual y estado de derecho en Chile. Edición Librotecnia. P. 155.

⁶⁶ DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS. El objeto de protección en el nuevo derecho penal sexual. En: Delitos contra la libertad sexual. Cuadernos del poder judicial. 1999, p.219.

Al momento de referirnos a un panorama general en torno a los delitos sexuales creemos relevante referirnos a las consecuencias psicológicas derivadas de los delitos sexuales, en este sentido, el profesor Rodríguez Collao⁶⁷ ha sintetizado las clases de secuelas que devienen en el terreno psicológico de las víctimas, según importantes estudios científicos publicados a la fecha. En este sentido, señala que es común sostener que las agresiones y abusos sexuales son sucesos capaces de producir trastorno de estrés postraumático, entendida ésta como una entidad clínica que define los síntomas y secuelas provocados por un acontecimiento traumatizante, como una guerra, un accidente, un desastre natural o el hecho de que una persona haya tenido que enfrentar situaciones límites en el campo delictivo, como la tortura y la agresión sexual, desarrollando síntomas de los que la ciencia propone como parámetros para esta clase de trastorno tales como el miedo –que en situaciones extremas puede ser catalogado de terror-, la confusión, el sentimiento de indefensión, la rabia, el desconcierto, la vergüenza, la humillación, la autoinculpación, la tristeza y la ira, y en el ámbito psicofisiológico, los temblores, taquicardia, dolor, tensión muscular, respiración jadeante y paralización. Además, se sostiene que un porcentaje elevado de víctimas padece re-experimentación persistente, del acontecimiento desencadenante. Los recuerdos recurrentes e intrusivos suelen mantenerse en esta clase de víctimas durante lapsus prolongados, que en muchos casos superan los tres años, y generalmente aparece en ellas un malestar psicológico intenso frente a determinadas situaciones que la persona asocia mentalmente con el suceso traumático, entre las que se cuenta la mayor parte de las

⁶⁷ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal. En: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 357- 369.

actividades con sentido o contenido erótico.

Por otra parte, se ha sugerido que la gravedad del comportamiento sexual abusivo está determinada en gran medida por el incremento de la gravedad de los problemas psicológicos (ansiedad, depresión, trastornos del sueño, problemas sexuales, ideas suicidas) y físicos; y es en base a este criterio que se ha obtenido la conclusión, basada en argumentos jurisprudenciales y científicos, conforme a la cual los actos que implican penetración (vaginal, anal u oral) son aquellos que tienen un mayor merecimiento de pena en atención a que la víctima los internaliza como de mayor intensidad, en cuanto implican traspasar los límites corporales.⁶⁸

Es justamente este panorama general relativo a los delitos sexuales, el que nos lleva a explorar el tipo del abuso sexual, sobre todo el realizado contra niños/as y adolescentes, el cual es considerado como una forma de maltrato y como un grave atentado a sus derechos humanos fundamentales, en que, tal como revisaremos enseguida, forma parte de la legislación del Estado de Chile, siendo la misma convención sobre derechos del niño, que fue ratificada en el año 1990 y señala, en su artículo 19, que los Estados Partes, deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños y niñas contra toda forma de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño o niña se encuentre bajo el cuidado de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona que lo tenga

⁶⁸ ODRÍGUEZ COLLAO, Luis. La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal. En: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 368.

a su cargo. Por ello, desde una perspectiva estrictamente legal, el ordenamiento jurídico en nuestro país contempla, desde el punto de vista sustantivo, en su Código Penal, diversas figuras penales referida a delitos sexuales que pueden ser cometidos contra niños/as y adolescentes, habiéndose perfeccionado de manera importante esta legislación en las últimas décadas a través de la aprobación de las Leyes N° 19.617 de 1999 y de la Ley N° 19.927 del año 2004. Asimismo, desde el punto de vista procesal, con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, a partir del año 2000, ha significado un avance sustancial en la modernización del sistema de justicia penal en el reconocimiento de la víctima como sujeto procesal interviniente, consagrándole a ésta derechos y garantías con las que no se contaba en el procedimiento penal antiguo. Así, en lo que sigue de este capítulo nos enfocaremos en el análisis del tipo penal específico denominado “abuso sexual”.

2.2 El delito de abuso sexual

La ley 19.617 modifica el Código Penal derogando la antigua regulación que tipificaba el llamado delito de “abusos deshonestos”, dando paso a lo que hoy conocemos como delito de “abuso sexual”, esto, por cuanto se decidió enfrentar la problemática de los delitos de agresión sexual penal desde un punto de vista sistemático e integral, lo que se traducía en modificar todos los delitos incluidos en el Título VII del Libro II del Código Penal. El proyecto se inspiró en una doble filosofía: primero, la defensa de los valores que en la civilización occidental unen amor, sexualidad y familia y, segundo, la acentuación de la importancia que debe tener el concepto de libertad sexual individual en el ordenamiento positivo, en sus dos

vertientes, la positiva esto es, la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, tanto en el comportamiento particular como frente a los demás y la negativa como el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual.⁶⁹

El delito de abuso sexual, en el presente, está consagrado en los artículos 365 bis⁷⁰, 366⁷¹ y 366 bis⁷² del Código Penal, y puede definirse como “la realización abusiva de una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años de edad, con alguna de las circunstancias comisivas establecidas para la violación o el estupro. También, respecto de un menor de esa edad, con independencia de la forma de ejecución”⁷³. De este concepto se desprende aquella clasificación entre abuso sexual propio y abuso sexual impropio, según sea mayor o menor de catorce años la víctima.

A la precedente distinción hay que añadir el abuso sexual agravado del artículo

⁶⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1

⁷⁰ Art. 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;

2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y

3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

⁷¹ Artículo 366.- El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.

⁷² Art. 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

⁷³ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 69.

365 bis del Código Penal, que tipifica la introducción del objetos, de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o cuando se utilizaren animales para ello.

Ahora bien, nuestro Código Penal no utiliza expresamente el vocablo “abuso sexual” en ninguno de sus articulados referidos a los delitos sexuales, lo más cercano es la definición de “acción sexual, distinta del acceso carnal”; no obstante ello, toda la literatura jurídica sobre el tema está conteste en dicha denominación.⁷⁴

Respecto del bien jurídico protegido, al margen de lo referido en el acápite anterior, sintetizamos el punto adhiriéndonos al argumento esgrimido por Joan Queralt, quien señala que al igual que sucede con los otros delitos de connotación sexual el bien jurídico protegido no suele ser único, sino que se dan protecciones conjuntas y simultáneas de diversos bienes jurídicos, por ejemplo, con la integridad física y psíquica de la víctima. Con todo, el bien jurídico principal que lesionan las conductas como el abuso sexual reside en la capacidad de la persona madura –o medianamente madura– de decidir las prácticas sexuales que desea (en términos simples libertad sexual, yo). Ello es consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad; y en el supuesto de menores o incapaces, en materia de bien jurídico, estima razonable hacer referencia a la integridad de su sexualidad, en el sentido etimológico puro: desde el momento que son víctimas de atentados sexuales, pierden su integridad, es decir, pierden una de sus partes, en este caso, respecto al

⁷⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto de abuso sexual. En: EL PENALISTA LIBERAL, Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, propiedad penal y criminología; Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba; FIGUEREIDO DÍAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004, p. 578.

todo de su sexualidad.⁷⁵

2.2.1 Abuso sexual propio

Consagrado en el artículo 366 del Código penal, como se ha adelantado, castiga la realización abusiva de una acción sexual diversa de la penetración carnal, con una persona mayor de catorce años cumplidos, cuando concurra alguna de las modalidades alternativas que contempla el artículo 361 para la violación; o bien con un menor de edad pero mayor de catorce años, y con alguna de las formas de ejecución enumeradas en el artículo 363 para el estupro.⁷⁶

El sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer, puesto que el tipo alude a la forma genérica “el que”, sin otras exigencias. Respecto del sujeto pasivo, este puede ser cualquiera persona viva, al margen de su sexo, siempre que sea mayor de catorce años, excluyendo a quienes han dejado de vivir pues en tal caso no hay bien jurídico que cautelar.⁷⁷

Respecto de la conducta típica, “realizar abusivamente una acción sexual distinta del acceso carnal”, se puede desglosar y analizar distinguiendo primero, el concepto de acción sexual, que de acuerdo al artículo 366 ter del Código Penal, se traduce en

⁷⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Derecho penal español. Parte especial. Cuarta edición, revisada y puesta al día. España, Ediciones Atelier, 2002, pp. 109-110.

⁷⁶ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 70.

⁷⁷ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 71.

cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella. Ahora bien, el acto tendrá connotación sexual cuando la conducta desplegada por el hechor (agresor) sea de aquellas que los seres humanos, en base a pautas socialmente acordadas en un tiempo y lugar determinado, catalogan como una expresión del instinto sexual, esto es, se usa un parámetro objetivo para determinar la significación sexual del acto. Por otra parte, y usando un parámetro subjetivo, se puede decir que el acto tendrá connotación sexual cuando la conducta desplegada por el hechor esté marcada por un ánimo libidinoso. Ahora bien, este acto de significación sexual deberá tener cierta intensidad, gravedad, importancia o significancia, en términos tales que posea la virtud de afectar la libertad o indemnidad sexual de la víctima, esto, considerando especialmente su edad y forma de comisión, descartando, por ello, en principio, tocamientos fugaces o por sorpresa.⁷⁸ Asimismo, la conducta ejecutada por el agresor, de corte sexual y relevancia, debe suponer un contacto físico con el cuerpo de la víctima, sea en forma de tocamiento, palpación, manoseo, frotación o cualquier otro que implique la efectiva aproximación corpórea. Se debe mencionar que en cualquier caso el contacto no requiere que sea sobre el cuerpo desnudo del sujeto pasivo (ni activo), pudiendo realizarse sobre sus vestimentas.⁷⁹ Respecto del requisito sobre la afectación, con o sin contacto físico, de los genitales, el ano o la boca de la víctima se puede precisar que el acto, en general, debe suponerse de

⁷⁸ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 71 a 73.

⁷⁹ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 73 y 74.

naturaleza sexual cuando hubiere afectado, por contacto físico los genitales, el ano o la boca de la víctima. Ciertamente, la acción de significancia sexual y de relevancia, con o sin contacto corporal, debe ser diversa al acceso carnal, puesto que en tal caso se estaría en presencia del delito de violación o estupro. Todo el acto que realice el sujeto activo, debe llevar implícitamente la idea de aprovechamiento físico o moral de la víctima, de un modo excesivo, injusto, impropio o indebido. Para precisar este punto se debe atender a la edad del sujeto pasivo y a su forma de comisión: en el caso que sea una persona mayor de catorce años, requiere de su voluntad contraria, o al menos la falta de ella, y de alguna de las circunstancias ejecutivas previstas en el artículo 361 del Código Penal para la configuración del delito de violación; es decir, cuando se use fuerza o intimidación, cuando se halle privada de sentido o el hechor aproveche su incapacidad para oponer resistencia, o cuando se abuse de su enajenación o trastorno mental. Por su parte, en el evento en que se trate de una persona menor de edad, pero igualmente mayor de catorce años, se requiere de su consentimiento y de la concurrencia de al menos una de las formas contempladas en el artículo 363 del Código Penal; esto es, cuando el sujeto activo abusa de una anomalía o perturbación mental, de una relación de dependencia o del grave desamparo en que se halle, o bien, cuando la engaña, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.⁸⁰

Sobre la faz subjetiva del tipo se debe precisar que al requerir el artículo 366 del Código Penal que la acción sexual sea abusiva, implica, necesariamente, que el

⁸⁰ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 75 a 77.

agresor debe actuar con dolo directo, excluyendo el delito en caso de dolo eventual o culpa. Es relevante precisar que se debe descartar la exigencia de un elemento subjetivo adicional como lo es el “ánimo libidinoso” porque no ha sido impuesto por el tipo, de manera que suponerlo importaría limitar injustificadamente el ámbito de protección de la indemnidad sexual, vulnerando, además, el principio de legalidad penal.⁸¹

En lo concerniente al íter críminis, se debe indicar que el abuso sexual es un delito formal o también llamado “de mera actividad”, que se consuma al realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal con el ofendido, sin exigir un resultado posterior, aceptando solo la tentativa, en caso que el sujeto activo principie su ejecución por hechos unívocos y directos que no sean constitutivos del tipo, como por ejemplo, si el agresor amarra a su víctima para abusar de ella, o bien, cuando le ha ordenado, bajo intimidación de un arma de fuego, que realice una tocación en el agresor, y recibe, justo en ese momento, auxilio de la fuerza pública; se descarta, entonces, la frustración por resultar incompatible con la faz objetiva del tipo.⁸²

En lo relativo a la autoría y participación criminal baste mencionar que el autor material corresponderá al que ejecute de forma inmediata y directa el acto sexual tipificado por la ley, respondiendo a dicho título todo el que asista en el curso de la conducta típica, con independencia a su sexo, afirmándose además, la procedencia

⁸¹ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 78.

⁸² AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 79.

de la denominada autoría mediata, la instigación, la complicidad y el encubrimiento según las reglas generales del Código Penal consagradas en los artículos 15 y siguientes de dicho cuerpo legal.⁸³

Este delito se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad de presidio menor en su grado máximo, es decir, desde los tres años y un día a los cinco años de presidio, con independencia a la concurrencia de alguna de las circunstancias de ejecución señaladas en los artículos 361 y 563, ya que en cualquier caso la pena es la misma, sin perjuicio de las penas accesorias y demás especiales. Esta sanción se aplicará al autor de este delito en grado consumado, procediendo la rebaja en uno o dos grados para el caso de cómplices o encubridores respectivamente, y en dos grados cuando se halle tentado; no procediendo la frustración por las razones esbozadas precedentemente. Por supuesto, para su determinación, en el caso de los autores, deben considerarse, la eventual concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal y la extensión del mal causado por el delito conforme lo permite, esto último, el artículo 69 del Código Penal.⁸⁴

2.2.2 Abuso sexual impropio

Consagrado en el artículo 366 bis del Código Penal. Este ilícito consiste en la

⁸³ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 79 y 80.

⁸⁴ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 80 y 81.

ejecución abusiva de un acto sexual distinto del acceso carnal, con una persona menor de catorce años de edad independiente de la forma de comisión.

El sujeto activo puede ser tanto una mujer como un hombre, ya que el legislador lo refiere genéricamente sin especificar sexo. Asimismo, el sujeto pasivo puede ser cualquier sujeto menor de catorce años de edad, sin importar su sexo.⁸⁵

Al igual que en caso del abuso sexual propio la conducta típica es la realización abusiva de una acción sexual diversa de la penetración carnal. El abuso sexual impropio no requiere para su comisión de circunstancia comisiva alguna, siendo además, irrelevante el consentimiento de la víctima, puesto que el legislador ha entendido que respecto de los menores de catorce años tal consentimiento no existe, por su incapacidad absoluta de poder decidir en un acto de naturaleza sexual.

Al exigir el artículo 362 bis del Código Penal que la acción sexual sea de corte abusivo supone que el actor debe actuar forzosamente con dolo directo, excluyendo el dolo eventual y la culpa. En este punto, cobra especial relevancia sobre el conocimiento que el sujeto activo tenga respecto de la edad de la víctima, por cuanto en el evento que yerre en su apreciación o sea inducido a una creencia errada sobre el mismo se estará ante un error de tipo, que de ser significativo, excluirá el dolo, pudiendo configurarse un abuso sexual propio o bien una conducta atípica.⁸⁶

En lo relativo al *iter criminis*, por su naturaleza, el abuso sexual impropio se

⁸⁵ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 86.

⁸⁶ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 86 y 87.

consume en el momento mismo en que el agresor realice la conducta prohibida por el legislador, sin exigir un resultado posterior, admitiendo por ello, solo la tentativa, y no el delito frustrado.

El delito de abuso sexual impropio se halla sancionado con la aplicación de una pena privativa de libertad de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, es decir de tres años y un día a diez años de encierro, sin perjuicio de las penas accesorias y demás especiales. Este castigo corresponderá al autor de este ilícito en grado de consumado, debiéndose rebajar en uno o dos grados para cómplices y encubridores respectivamente, y en dos grados para el tentado.⁸⁷

Por supuesto, para su determinación, en el caso de los autores, debe considerarse la eventual concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal y la extensión del mal causado por el delito conforme lo permite, esto último, el artículo 69 del Código Penal.⁸⁸

2.2.3 Abuso sexual agravado

Este delito lo comete el que de forma abusiva realice una acción sexual distinta de la penetración carnal con una persona, sea mayor o sea menor de edad, consistente en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o

⁸⁷ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 87 y 88.

⁸⁸ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 88.

bucal, o con la utilización de animales en ello.⁸⁹

Al igual que en los casos de abuso sexual propio e impropio el sujeto activo puede ser, siendo imputable, tanto mujer como varón, por cuanto el legislador se ha referido genéricamente al que ejecutare la acción. El sujeto pasivo puede ser cualquier persona con independencia a su sexo y edad, con la prevención que, respecto de los mayores de catorce años, debe concurrir como forma comisiva cualquiera de las descritas en el artículo 361 del Código Penal⁹⁰, y en el caso de los menores de edad, pero mayores de catorce años, alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 del Código Penal^{91 92}.

La conducta prohibida es “realizar abusivamente una acción sexual diversa al acceso carnal, consistente en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal o se utilicen animales en ello”. Esto significa que el victimario

⁸⁹ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 90.

⁹⁰ Artículo 361 Código Penal. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

⁹¹ Artículo 363 Código Penal. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

⁹² AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 90 y 91.

debe efectuar un acto de significación sexual y relevancia de acuerdo al artículo 366 ter del Código Penal.⁹³ Sobre este punto se debe precisar que la voz “objeto” debe ser entendida en su acepción genérica como “cualquier cosa que tenga existencia material” con la excepción del pene del agresor, en cuyo caso, se estará ante el delito de violación o estupro. Cabe consignar que en cualquier caso debe incluirse otras partes del cuerpo humano como dedos, lengua o manos.⁹⁴ Asimismo, la introducción de algún objeto sea en la vagina, en el ano o en la boca de la víctima debe entenderse como equivalente a la penetración carnal exigida para el delito de violación. Esto significa que la cosa debe adentrarse, aunque mínimamente, en la vagina de la víctima, o superar, parcialmente, los labios o el esfínter anal.⁹⁵ En suma: el delito se entenderá consumado cuando el objeto distinto al pene se adentre aún parcialmente en la vagina de la víctima, o supere los labios o el esfínter anal.⁹⁶ Respecto de la utilización de animales, atendido el tenor literal de la ley, comprende la introducción de cualquier parte de éstos en el conducto vaginal, anal o bucal de la víctima.⁹⁷

Respecto de las variables de voluntad y circunstancias, su análisis, debe considerar la edad de la víctima y la forma de comisión: en el primer supuesto

⁹³ Artículo 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

⁹⁴ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 91.

⁹⁵ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 92.

⁹⁶ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 92.

⁹⁷ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 93.

tenemos en caso que la víctima sea una persona mayor de catorce años, se requiere su voluntad contraria o la falta de voluntad, y alguna de las circunstancias previstas en el artículo 361 del Código Penal para el delito de violación, esto es, cuando se use fuerza o intimidación, cuando se halle privada de sentido o el hechor aproveche su incapacidad para oponer resistencia o bien abuse de su enajenación o trastorno mental.⁹⁸ En el segundo supuesto la víctima ha de ser una persona menor de catorce años, en tal caso resulta irrelevante el consentimiento o la forma de ejecución, lo cual se funda en que se cautela su indemnidad sexual e integridad corporal, y, en el hecho de que por su edad carece de capacidad física y psíquica para decidir su involucramiento en una actividad sexual.⁹⁹ Por último, en la hipótesis de que sea una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, se requiere de su consentimiento y de la concurrencia de alguna de las circunstancias comisivas enumeradas en el artículo 363 del Código Penal, esto es, cuando se abuse de una anomalía o perturbación mental de menor entidad, relación de dependencia o del grave desamparo en que se encuentre, o, si se le engaña abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.¹⁰⁰

En este delito su faz subjetiva indica que el autor debe actuar con dolo directo, esto, por cuanto la conducta debe ser abusiva, descartándose el dolo eventual y la

⁹⁸ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 93 y 94.

⁹⁹ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 94.

¹⁰⁰ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 94.

culpa.¹⁰¹

El abuso sexual agravado se encuentra sancionado con pena de crimen y su extensión se determinará según la edad de la víctima y la forma de comisión, así, cuando la víctima sea mayor de catorce años y se apliquen las circunstancias de la violación será castigado, el autor, con una pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, de cinco años y un día a quince años¹⁰²; cuando la víctima sea menor de catorce años, independiente de su forma de comisión, el autor será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo¹⁰³; y cuando la víctima sea menor de edad, pero mayor de catorce años y su forma de comisión sea la del estupro será, el autor, sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo¹⁰⁴. En todos los casos, para la determinación de la pena se considerará la mayor o menor extensión del mal causado por el delito.

¹⁰¹ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 94.

¹⁰² AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 95.

¹⁰³ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 96.

¹⁰⁴ AGUILAR ARANEDA, CRISTIAN FERNANDO. Manual de Delitos sexuales: legislación chilena, doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, 2006, p. 98.

2.3 Tratamiento jurisprudencial del delito de abuso sexual

2.3.1 Rol Interno: O-226-2015 / Rol Único: 1400359136-1 / Tribunal: 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago.

2.3.1.1 Hechos y calificación jurídica que se funda la acusación del Ministerio Público.

En fechas indeterminadas, acaecidas desde inicio del año 2011 y hasta el 25 de diciembre de 2012 el acusado realizó en contra de su hija de iniciales R.E.G.G., nacida con fecha 16 de octubre de 2004, reiterados actos de significación sexual y relevancia consistentes en tocarla en su zona genito anal y pechos, besarla en la boca con y sin lengua y manifestarle que la castigaría si contaba algo. Se le imputa ser autor del delito reiterado y consumado de abuso sexual, figura descrita y sancionada en el artículo 366 bis y 366 ter del Código Penal.

2.3.1.2 Medios de prueba.

Con el propósito de acreditar los hechos en que se funda la acusación deducida, el Ministerio Público rindió distintas pruebas, de las que nos interesa destacar:

Declaración de víctima, estudiante, 11 años a la fecha.

Narró que le fue bien este año en el colegio, en casi todo. Le gusta el colegio

porque puede jugar y estar con sus amigos. Vive con su mamá y su hermano Héctor, Tito, le dicen, se llevan bien, se quieren. Su mamá trabaja haciendo comida para los enfermos en un hospital, pero cuando tiene libre se quedan con ella, si no, con los abuelos. Está acá porque su papá le hizo unas cosas muy feas. Él le tocaba sus partes íntimas, que son sus pechos, su vagina y su potito, todas. La primera vez que le sucedió no recuerda, fue cuando era chica. Puede contar una vez que su mamá estaba trabajando, él llegó, la llamó, su hermano estaba en el jardín, él la tomó del brazo muy fuerte, la tiró a la cama, intentó gritar y le puso mano en la boca, la amenazaba que la iba a matar, y toda la familia, la tocaba, por ellos se quedaba callada. La mamá andaba con la abuelita comprando en la feria. Pasó en la casa de su mamá, esto fue cuando tenía como 4 años, no recuerda en qué época del año, fue como a mediodía, antes de que la llamara había visto la hora. Él la llamó y ella subió, a la pieza de sus papás. Le dijo: sube que te necesito para algo. Una vez que subió, le puso la mano en la boca y le dijo: quédate callada, o voy a matar a toda tu familia. Siempre le decía eso. Pensaba que si decía algo los iba a matar, porque él le pegaba a su mamá, siempre lo hacía frente a ella y su hermano, a ellos también les pegaba con una correa. Hacía todo lo posible para que no les pegara.

Declaración de la psicóloga de iniciales Á.M.U.J., 43 años, separada, psicóloga, quien declara por la atención que hizo a los dos hermanos, y por develación de abuso sexual.

Se desempeña como psicóloga en CESFAM de Maipú, donde llegaron los menores R. y Héctor a la consulta, por su abuela materna, fue en marzo del año

pasado, derivados desde su colegio. La abuela consultó por problemas de falta de concentración y distracción.

En la primera sesión, se hizo el ingreso a programa de salud mental que tiene que ver con déficit atencional y trastorno emocional.

En la primera sesión indagó sobre su curso, informes del establecimiento educacional. Luego fueron citados al mes siguiente, y comienzo a indagar sobre dinámica familiar. Allí atendió a R., en abril donde la abuela materna llevó los informes que pidió al colegio, allí la atendió individualmente. Allí fue cuando R. develó la situación que la aquejaba. Ella le preguntó con quien vivía, le dijo que con abuelos, mamá y hermano, que sus padres estaban separados hace tiempo. Le preguntó si el padre la visitaba, ella dijo que sí, y allí se angustió y se puso a llorar, le preguntó por qué, y dijo que no quería salir más con el papá porque le tocaba las pechugas, trasero y le daba besos con lengua en la boca. Le dijo que a nadie más le había contado. Hizo pasar a la abuela, con el hermano, también se puso a llorar y dijo que el papá también lo maltrataba. Fue a buscar a la asistente social para orientarla. Mandó a buscar a la mamá que estaba saliente de turno para explicarle. La mamá llegó, la abuela llamó al celular. La mamá se puso a llorar con cara de asombro, no estaba al tanto de la situación, ella le comentó, estaba la abuela y los niños, más la asistente social. R. estaba presente con la mamá, y ella le dijo también a la mamá. Emocionalmente R. se veía angustiada, no quería salir más con el papá, tenía miedo, no indagó más allá.

A la defensa contestó que fue citada formalmente a su trabajo. No recuerda de qué colegio venían derivados. La segunda entrevista la hizo en forma individual, al relatar los hechos, hizo pasar a la abuela. El niño entró ahí. Ahí dijo que a él también lo maltrataba físicamente y que la separación fue por lo ya dicho, que la quería ahorcar.

La niña dijo que no quería salir más con el papá, porque le tocaba su cuerpo, la besaba, y le daba miedo, no profundizó sobre miedo a qué.

Testimonio de la perito de iniciales V.N.M.V., 30 años, soltera, psicóloga, domiciliada en la comuna de Maipú.

Indicó que realizó una evaluación a una niña de iniciales R.E.G.G., que tenía 9 años 8 meses, y cursaba cuarto año básico. Añadió que fue a solicitud de la Fiscalía Local de Maipú, que pedía evaluar la credibilidad del relato, daño asociado, tiempo estimado de terapia y todo lo que fuera procedente para descartar o no un posible abuso sexual.

Explicó que la metodología consistió en la revisión de la carpeta, donde estaba el parte denuncia de la 52 Comisaría de Maipú, de la abuela materna en contra del padre, además de las declaraciones de la madre y la abuela.

También efectuó entrevistas de ingreso tanto de la niña como a la abuela y dos entrevistas periciales a la niña. Luego se terminó la metodología con la supervisión del informe por la directora del DAM.

Refirió que dentro de la conducta observada, la niña fue colaborativa, con buena

disposición, con un relato y vocabulario fluido, acorde a su etapa de desarrollo. También presentaba un pensamiento concreto, lo que se adecuaba a su grupo etario. Además, lograba relatar espontáneamente tanto episodios de su vida cotidiana como del motivo de la evaluación. Agregó que la niña, mantenía montos de ansiedad altos cuando se refería al padre, ahí la niña tenía cambios a nivel conductual como también de ánimo, lo que era evidente durante la entrevista.

Explicó que como el relato de la niña era fluido se logró aplicar la metodología del SVA, ya que logró entregar relato desde que su padre, más menos cuando ella iba en primero básico, según recordaba le tocaba el potito, luego indicó con sus manos sus pechos y su trasero. No recordaba bien cuándo fue la primera vez, pero reiteró que varias veces fue amenazada por su padre. Que, luego de la separación de sus padres, en noviembre de 2013, dado que ellos ya no estaban juntos se atrevió a contarlo en forma espontánea a la psicóloga del hospital.

Relató que, según el relato de la niña ella tenía capacidad cognitiva, entonces se logró realizar una entrevista semi estructurada, bajo el protocolo de Nichd donde se vieron los criterios de credibilidad: se encontró estructura lógica de relato del testimonio de la niña, además era coherente. Había una producción inestructurada, lo que era esperable en los relatos creíbles y dio cantidad de detalles. Eso era a nivel de características generales. Respecto de las específicas, la niña dio cuenta de adecuación contextual, es decir, la niña indicó que los episodios de tocaciones por parte de su padre se efectuaron en el domicilio, específicamente, en la cama de sus padres. Además logró indicar que los hechos eran de día, pues antes ella se dormía

temprano y ahora no, podía estar hasta más tarde. Por otra parte, ella entregó descripción de interacciones y reproducción de conversaciones entre ella y su padre, donde recordó que el papá la colocaba en la cama, la tomaba del brazo, le tapaba la boca, y ahí la tocaba. Mencionó que le sacaba la polera, le metía la mano por la polera, la tocaba, luego le sacaba el pantalón y le metía la mano. También se encontraban criterios como que la niña admitía falta de memoria, ella dijo “no me acuerdo cuando esto comenzó” y, también se pudo corregir, por ejemplo dijo que el cese de los hechos fue en diciembre y, luego dijo en noviembre, asociándolo a la separación de sus padres. Por otro lado, también se encontraba presente como criterio la experiencia subjetiva de esta experiencia donde la niña relató cómo la tomaba del brazo, las amenazas constantes del papá, que le decía que si ella mencionaba algo la iba a matar tanto a ella como a su familia. También se encontraba como criterio las características específicas de la ofensa: el silenciamiento de la niña, ya que fueron episodios desde que ella era pequeña, indicando en el primer relato del testimonio en primero básico, por otro lado las amenazas constantes que refirió y el vínculo y poder que existía a nivel intrafamiliar del presunto agresor.

Informó que la niña identificó como agresor a su padre, por lo cual, también se evalúan las hipótesis donde se descartó la hipótesis de sugestión, de incapacidad y de engaño, aceptando la hipótesis de verdad, porque no se observaba para ella o algún adulto ganancia secundaria ni motivación para que ella declarara en falso.

En cuanto a la metodología del listado de validez, la niña entregó un relato fluido con un vocabulario adecuado donde además se triangulariza la información y concordaba

lo que ella relató con lo señaló en la Fiscalía.

Respecto al daño, indicó que la niña presentaba sintomatología alta, había un daño emocional grave, ella tenía terrores nocturnos, asociados principalmente a pesadillas por parte de la imagen paterna, altos montos de ansiedad, también tenía una desvaloración de sí misma, lo que daba cuenta de todos los episodios que se mantuvieron en el tiempo. Además la niña presentaba conductas sobre adaptadas, tenía mecanismos de defensa para poder mantenerse estable.

2.3.1.3 Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.

Conclusión: relato es creíble y válido dada la metodología ocupada, el CBCA, SVA y protocolo de Nichd donde existen los criterios que dan cuenta de un testimonio de un relato creíble, además el daño emocional grave por lo cual se sugiere que la niña pueda ser derivada a un tratamiento psicológico para recibir terapia reparatoria.

Reveló que R. le preguntó, en la primera entrevista, ¿si estaba bien que un papá le haga eso a los niños?, porque ella viendo un día un programa de televisión en las noticias se dio cuenta que eso era abuso sexual infantil. Explicó que ella creía que era un cariño normal de papá y que ahí se dio cuenta que eso no estaba dentro de lo normal.

Clausura:

El Ministerio público en su alegato de clausura estimó que la prueba rendida

es suficiente para vencer la presunción de inocencia del acusado. En cuanto al testimonio de R., dio cuenta de las circunstancias familiares de violencia intrafamiliar que vivió ella y su familia, lo que es relevante porque explica y da contexto a su relato, pues al relatarlos dice que el padre la llama al segundo piso y allí, usando la fuerza física, le realiza tocaciones y la amenazó a ella y su familia. Éste elemento es importante, en el contexto cobran sentido las amenazas. También lo reafirmó la perito.

La develación es posterior a la separación, a fines de 2012, y la atención psicológica fue en 2014. La terapia fue por otras cosas, y en ese contexto develó, no hay motivos espurios para dudar de la razón de imputar estos hechos, ya no vivían con el acusado, no estaba presente, eso le daba la tranquilidad para poder contar los hechos.

La niña prestó testimonio en fiscalía, tribunal y a la perito, siempre ha señalado hechos similares, hay situaciones que no recuerda, eran hechos normales para ella, da un relato global, no puede dar fechas ni situaciones exactas, han pasado casi dos años, era pequeña, es un testimonio verídico, es normal que no logre diferenciar hechos, esto debe ser tomado como algo favorable, es propio de relatos verdaderos. La perito V.M. da cuenta de varios detalles en el relato, dichos del acusado, pensamiento de la menor, correcciones espontaneas, etc. Su relato es creíble. El testimonio ante el tribunal ya se sustenta por sí solo.

Es importante señalar e insistir, a su juicio, en que si bien no tiene la capacidad

de dar fechas exactas, tampoco es un requisito legal que estas fechas existan, pero la dinámica familiar permite concluir la fecha aproximada de esto, incluso de la declaración del acusado, entre 2011 y 2012 sí vivieron juntos y a fines de 2012 se separan definitivamente. Esto permite establecer la fecha aproximada de los hechos.

La defensa, por su parte, estimó que la prueba fue insuficiente. El acusado tenía dos trabajos, era poco lo que estaba en el hogar. La menor ha sido inducida para decir esto, por una cónyuge despechada por haber sido engañada, porque su defendido se fue con otra mujer, el 25 de diciembre de 2012, cuando vio sus mensajes de texto. Después de 16 meses la menor develó el hecho, se usa a una niña.

El Ministerio Público trae prueba insuficiente. La niña dice que a los 4 años fue esto, es muy difícil que recuerde. La develación a la psicóloga, la consistencia del testimonio no es tal, siendo una profesional idónea, llegaron derivados por comportamiento, dice que tenía miedo, y no indagó más. Lo develó, diciendo que ocurría cuando salía con el papá.

La prueba ha sido insuficiente, hay dudas razonables. Pide la absolución.

2.3.1.4 Razonamiento del Tribunal: sentencia.

El tribunal, teniendo presente los hechos del libelo acusatorio, y la circunstancia de que el Ministerio Público debía probar en el juicio el hecho punible y la participación del acusado en ellos, esto es, que en el lugar y época señalado en la

acusación, realizó actos de significación sexual y de relevancia contra su hija, la menor R.E.G.G.

Respecto de los elementos del tipo penal invocado en la acusación, se indica que para que se configure se requiere que el sujeto pasivo o víctima del delito sea una persona menor de catorce años de edad y además consistir, la conducta del agente, en la ejecución de un acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella, entendiéndose por acto de significación sexual aquellos que los seres humanos (o una porción de estos) generalmente realizan motivados por el instinto sexual (Rodríguez Collao, Luis, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, página 250) y de relevancia, esto es, comportamientos que efectivamente importen un atentado contra la indemnidad sexual de la víctima. (op. cit. página 252).

Por último, indicar que el bien jurídico protegido en estas figuras es la indemnidad sexual.

El Tribunal por unanimidad emitió un veredicto condenatorio contra el acusado considerándolo autor de un delito consumado de abuso sexual en la persona de su hija R.E.G.G., cuando esta tenía menos de 14 años de edad, cometido entre mediados del año 2011 y fines de 2012, en la comuna de Maipú.

El fundamento de esta decisión se explica definiendo primero el marco teórico en

que opera la valoración de la prueba y particularmente la testimonial, determinante en estos casos de índole sexual, en relación a la información que pueda entregar la persona víctima u ofendida por el delito, para a continuación examinar si existen elementos de corroboración, lo que se plasmará luego en una decisión ajustada al estándar probatorio definido en nuestra legislación.

Expone el Tribunal que en el caso en cuestión, más aun tratándose de la imputación de delitos reiterados de abuso sexual, en los que no habría testigos del hecho, resulta ineludible admitir la centralidad que tenía el testimonio de R., víctima de las agresiones, relato que debió ser sometido a un examen riguroso propio del que corresponde a cualquier prueba testimonial. En efecto, el examen de esta prueba testimonial vertida en juicio, exige atender fundamentalmente a dos aspectos, que se relacionan entre sí, pero que obedecen a planos distintos. Por una parte, se requiere ponderar lo que podríamos denominar credibilidad subjetiva o credibilidad interna, que consiste en el mérito que es posible atribuir a un testimonio en atención al testigo mismo, aisladamente considerado como fuente de información, donde se aprecian cuestiones tales como la coherencia interna de su relato, la plausibilidad del mismo, su consistencia, mantención inalterada en el tiempo y la presencia (o ausencia) de intereses procesales que actúen como incentivo para una declaración falsa. Por otra parte, está lo que siguiendo esta terminología se podría denominar credibilidad objetiva o externa, que refiere al mérito que es posible atribuir a un testimonio, ya no por relación al testigo en sí mismo, sino por relación a las demás pruebas rendidas en el juicio. Se trata, en este caso, de un análisis sistemático con el resto de las evidencias, para comprobar si el testimonio de que se trata aparece

corroborado o eventualmente refutado por otros antecedentes probatorios objetivos, esto es, de origen independiente al relato que se valora. La corroboración externa de los dichos vertidos por víctimas, coimputados o testigos, en las condiciones antedichas, aparece como una exigencia cuyo fundamento no reclama mayores comentarios, y encuentra también anclaje en la duda razonable que ha de sortear el juzgador, pues el análisis probatorio en su conjunto puede ser visto, desde este punto de vista, como un proceso lógico de corroboración de hipótesis en disputa, que son contrastadas con las evidencias disponibles en el juicio.

Del análisis de la prueba propiamente tal, para arribar a la decisión condenatoria ya anticipada, el Tribunal consideró, como punto de partida, el examen de la imputación que realizó la propia afectada en juicio, analizando en primer lugar su credibilidad subjetiva o credibilidad interna. Para esto toma en consideración que la imputación del acusador construida, supone el Tribunal, en base a los elementos acopiados durante la investigación, atribuyó al acusado la realización de actos de significación sexual y de relevancia contra su hija R., consistentes en tocarla en su zona génito anal y pechos, besarla en la boca con y sin lengua. La menor realizó una imputación sostenida en el tiempo y consistente en sus aspectos centrales, describiendo tanto en el tribunal, ante la perito, y a las personas a quien develó los hechos, que su padre la tocaba con sus manos en sus partes íntimas, precisando que se refiere a su vagina, glúteos y pechos, y que esto ocurría en su domicilio, en la pieza de sus padres, cuando quedaba sola con éste, quien además le tapaba la boca y la amenazaba con matar o afectar la integridad física de ella o su familia, si lo delataba.

En efecto, ante el tribunal señaló que su papá le hacía cosas muy feas, describiendo que éste le tocaba sus partes íntimas, sus pechos, su vagina y su potito, toda, y que su padre le hacía todas estas cosas cuando él quería y que esto acontecía cuando los abuelos salían a comprar, con su hermano también o él estaba en el jardín, y su mamá trabajando. La menor, además, pudo describir uno de estos episodios, narrando que una vez que su mamá estaba trabajando, él llegó, la llamó, su hermano estaba en el jardín, él la tomó del brazo muy fuerte, la tiró a la cama, intentó gritar y le puso mano en la boca, la amenazaba que la iba a matar, y toda la familia, la tocaba. Precisó que la llamó al dormitorio de él, y ella subió, a la pieza de sus papás. Le dijo: sube que te necesito para algo. Una vez que subió, le puso mano en la boca y le dijo: quédate callada, o voy a matar a toda tu familia.

R., al momento de describir esta situación en la sala especial en que verificó esta declaración, se vio visiblemente afectada, emocionada y muy nerviosa. Costaba escuchar sus palabras que tendían a perderse hacia el final de las frases, por eso su declaración fue breve, aunque contestó todas las preguntas que se le hicieron, admitiendo en muchos casos falta de memoria, pues no pudo relatar otro episodio, pese a afirmar que su padre hacía esto cuando quería, aprovechando la ausencia de otras personas en el domicilio. Sin embargo, se encontraron elementos de corroboración en sus testimonios vertidos en otras instancias, en los que se pudo verificar una consistencia en su testimonio, referido a la forma en que se concretaron los actos abusivos de significación sexual, y el contexto en que ocurrían. Tal es lo acontecido con el testimonio de la psicóloga cuya declaración se escuchó y con la perito que declaró en juicio. Considerando el Tribunal que, en síntesis, el conjunto de

todos estos testimonios no hacen más que reafirmar que los actos transgresores de la indemnidad sexual que la menor expuso en el Tribunal, son aquellos que invariablemente ella manifestó en todas las instancias del proceso, y fundamentalmente al momento de la develación, ante la perito que evaluó su relato, y ante las personas más cercanas, reiterándose siempre el hecho de que su padre tocaba su zona genito anal vagina, potito- y que tocaba sus pechos, lo que ocurría en la cama de sus padres, además de ir acompañada de amenazas para que no contara lo que le sucedía. Esto última implica que se puede afirmar el claro carácter transgresor de las acciones perpetradas por el padre de R., de relevancia y significación sexual en el contexto en que ocurrían, usando fuerza y amenazas para logra el silenciamiento en la menor. Evidentemente que tocar la zona genital de una menor de edad, en el contexto aludido, sólo tuvo como explicación la satisfacción de un ánimo lascivo del ejecutor de la conducta, en un contacto corporal vedado, que no tuvo una explicación que lo justifique o lo explique. Así entonces, las acciones desplegadas cumplieron con los presupuestos normativos del artículo 366 ter del Código Penal.

Ahora bien, el punto más controvertido del caso estuvo en la ubicación temporal de estos actos abusivos, considerando que el Ministerio Público imputó que estos habrían ocurrido entre comienzos de 2011 y el 25 de diciembre de 2012, esto es, cuando R. tenía entre 6 años, a comienzos de 2011, y 8 años que cumplió en octubre de 2012.

En tal sentido, como se adelantó en el veredicto, la menor pudo describir en juicio,

en detalle, al menos una situación abusiva, que fijó en una etapa anterior a la materia de la imputación, al decir que tal episodio habría ocurrido cuando tenía 4 años de edad, lo que correspondería a los años 2008 o 2009. Sin embargo, como ya se revisó afirmó en todas las instancias que estos hechos se repitieron en reiteradas oportunidades.

No obstante, R. sí pudo señalar que estos hechos, que se reiteraron en el tiempo, cesaron con la separación de sus padres, lo que en la etapa pericial, ante la psicóloga Vivian Muñoz, ubicó primero en diciembre, corrigiéndose luego a noviembre.

Sobre este punto existió abundante prueba de que fue en diciembre de 2012, concretamente el día 25, en que se materializó la ruptura definitiva entre los padres de R., abandonado el acusado el hogar común. Lo anteriormente dicho permitió al Tribunal adquirir la convicción de que al menos uno de los hechos ocurrió en la fecha comprendida en la acusación.

Es interesante que el Tribunal desestima reiteración de delitos en el periodo comprendido en la acusación. Por los mismos argumentos referidos a la prueba de la temporalidad de los hechos, el Tribunal no pudo obtener certeza de que algún otro acto vulneratorio haya ocurrido necesariamente en el periodo aludido y que se dio por probado: mediados de 2011 a fines de 2012, en que la pareja estuvo conviviendo en el mismo domicilio antes de la separación irreversible, puesto que el material probatorio con el que se contó sobre este específico punto, la reiteración, no fue

claro, desde que la ofendida, como ya se ha explicado latamente, además de la fecha señalada hace referencias únicamente a periodos comprendidos fuera de la acusación, esto es, cuando tenía 4 años, al momento de declarar en juicio, o periodos poco certeros, que pueden o no corresponder a aquél, año 2011, cuando cursaba primero básico.

Lo que el tribunal pudo tener por probado fue que al menos uno de los hechos ocurrió en la fecha comprendida en la acusación pues, como se dijo, la menor pudo asociar este hito, separación de sus padres, con el término de las agresiones sexuales que la afectaron. Entonces, si algo cesó en esa época, es porque aconteció allí, pero la pluralidad o multiplicidad de episodios en ese rango de tiempo, no puede afirmarse, porque los mismos pudieron ocurrir también antes, a comienzos de 2011 o antes incluso, porque la misma R. indicó que esto pudo comenzar cuando era más pequeña, a los 4 años de edad. Así las cosas, la certeza que el Tribunal adquirió sobre la ocurrencia de los hechos, no pudo extenderse necesariamente a la época pretendida en la acusación y que se restringió aún más como hecho probado, puesto que la certeza únicamente lo fue en la multiplicidad de actos y que estos cesaron a fines del año 2012, pero es cierto, que existe prueba que permite entender que comenzaron cuando R. era muy pequeña. Entonces, el Tribunal estimó que la ubicación de más de un episodio abusivo en el periodo comprendido entre mediados de 2011 y fines de 2012, resulta dudosa, y perjudicial, de realizarse, para el acusado, por el aumento de pena que ello implica, por lo que la obligación del Tribunal, ante tal panorama, es seguir las directrices que regulan nuestro sistema y estimar que este específico punto, la reiteración en el periodo materia de la acusación, no pudo

probarse y por ende no pudo extenderse una condena sobre tal punto.

En suma, del mérito de las pruebas rendidas, el Tribunal ha estimado acreditado, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho: en fecha indeterminada, acaecida entre mediados del año 2011 y diciembre de 2012, en el domicilio ubicado en Pasaje Manutara N° 1637, comuna de Maipú, el acusado tocó la zona genito anal y los pechos de su hija de iniciales R.E.G.G., nacida con fecha 16 de octubre de 2004, bajo amenazas a ella y su familia si contaba lo sucedido. Lo cual configura un delito consumado de abuso sexual del artículo 366 bis en relación al artículo 366 ter del Código Penal, cometido contra una persona de menos de catorce años de edad, de iniciales R.E.G.G., hija del acusado, perpetrados en la comuna de Maipú, en fecha indeterminada entre mediados de 2011 y diciembre de 2012. Siendo condenado el acusado como autor ejecutor de este delito, conforme al artículo 15 N°1 del Código Penal.

2.3.2 Rol Interno: O-52-2015 / Rol Único: 1510000063-3 / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica.

2.3.2.1 Hechos y calificación jurídica que se funda la acusación del Ministerio Público.

El día 01 de Enero del año 2015 en horas de la mañana, cerca de las 06:30 horas aproximadamente en circunstancias que la víctima K.P.S.G. caminaba por calle Brasil de la comuna de Pucón, poco antes de llegar a calle O'Higgins, fue interceptada por el imputado, quien de manera intempestiva y luego de saludarla, le

dio un fuerte golpe en la cabeza con una botella de cerveza, cayendo la víctima al suelo, perdiendo unos momentos la conciencia, aprovechando ese momento el imputado para despojar a la víctima de su falda y ropa interior y proceder a efectuar tocaciones en sus genitales, introduciendo sus dedos en la vagina de la víctima, logrando en ese acto la víctima reaccionar quien pudo pedir auxilio y zafarse de su agresor quien antes de retirarse volvió a agredir a la víctima con golpes de pie en la zona de sus glúteos. A raíz de lo anterior la víctima resultó lesionada con un TEC además de contusiones en la región frontal y ojo derecho y golpes en uno de sus muslos, lesiones de carácter menos grave de acuerdo a Informe Pericial de Lesiones elaborado por el Servicio Médico Legal de Temuco.

A juicio del Ministerio Público los hechos antes descritos constituyen el delito de abuso sexual agravado, previsto y sancionado en el artículo 365 bis N° 1 en relación con el artículo 361 N° 1 del Código Penal en grado de consumado y en el cual al acusado le habría correspondido una responsabilidad en calidad de autor. Agrega que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y, solicita aplicar la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, más las inhabilidades legales que corresponden y se le condene al pago de las costas. Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 19.970, solicita la incorporación de la huella genética del imputado al registro de condenados, previa toma de muestras biológicas.

2.3.1.2 Medios de prueba.

Declaración del imputado: el encausado renunció a su derecho a guardar silencio y prestó declaración en los siguientes términos durante el desarrollo de la audiencia: Esa noche cenaron con su familia en la casa con su señora y sus tres hijos, luego salieron a ver los fuegos artificiales, como a la una y media de la mañana se fue donde unos amigos que lo invitaron, su señora no fue porque tiene un hijo pequeño, fue a la discoteque, a las dos de la mañana salió a OHiggins, a las seis de la mañana se metió por ese pasaje y se va por donde sale el Turbus, a mitad del pasaje antes de llegar Colo Colo le dice carabineros: flaco préstame el carnet y le dicen que lo acompañen, le pregunta qué, para que peleaste y le dice que no peleo con nadie y que lo querían llevar al hospital para constatar por las lesiones y el no tenía nada, después a las 8:30 horas lo llevaron a la fiscalía de Pucón, después a Villarrica y, después a Pucón, no sabe por qué lleva once meses preso. A las 2:30 horas llegó al local ubicado en pasaje Las Rosas, era la discoteque Bristel, lo invitó Marcos Quiroz él fue quien lo llamó, andaba harta gente conocida Rodrigo, Olave, Alex Urra, la discoteque está a dos kilómetros y medio se va por Colo Colo, OHiggins y así llega a la disco, de vuelta se vino caminando y de ida tomó un colectivo, sus amigos quedaron en la discoteque, había bebido bastante unos cinco o seis combinados de pisco, el pasaje Estadio sale del pasaje Las Rosas dobla por el Turbus y sale por el pasaje Estadio que tiene salida, él no le dijo nada a carabineros y ellos tampoco, cuando llegan a la fiscalía le informan, en calle Arauco, cuál era el motivo de la detención, pensó que era por pelea esa era la razón por una agresión, le dijo carabineros para qué le pegaste con una botella, no vio a la persona que lo señaló

como que lo habían agredido, el no constata lesiones porque no tenía nada, no lo vio ningún médico. Vestía blue jeans, camisa celeste cuadrille celeste con blanco, botas negras de montar punta cuadrada, chaqueta de cuero negra.

La declaración de la víctima K.P.S.G., quien expuso que la madrugada del primero de enero de 2015 luego de compartir con sus amigos al querer volver a su casa y tratar de tomar un taxi fue atacada por un sujeto en la cabeza, después de despertar se dio cuenta que estaba abusando de ella. Estaba con un amigo en un local llamado “El camino” ubicado en calle Ansorena al lado del casino de Pucón, eran las 5:38 horas, le dijo a Bastián que se tenía que ir porque tenía actividades en el santuario de la naturaleza que realizar, caminó por Ansorena hasta calle OHiggins en Pucón, caminó porque los taxis estaban todos llenos así que avanzó por calle Brasil, donde vio que paso un colectivo y se acordó que los colectivos pasan por ahí toda la noche y trató de tomar uno para llegar a su casa a tiempo, en eso pasó uno lleno y decidió continuar caminando por calle Brasil si no encontraba un colectivo se quedaba en el local en que trabajaba ubicado en pasaje Las Rosas, andaba con una falda negra, polera negra, zapatos altos de tacón y un abrigo largo, transitaba por Brasil esperando el colectivo, avanzó entre Colo Colo y camino internacional por donde está el pasaje Estadio por detrás del estadio de pucón, iba caminando por Brasil por camino internacional por la vuelta de dónde trabajaba y venia un tipo caminando de frente por la misma vereda por dónde venía ella, al cruzar frente a frente vio al tipo caminando con un aspecto extraño le causo un poco de susto, le miro su cara frente a frente y agachó su mirada y venía con una botella de cerveza escudo en su mano, a dos metros de llegar a ella él dice hola y ella no le contestó,

bajo la mirada cuando pasó al lado de ella, le dijo, te dije hola concha de tu madre, la tomó del brazo y éste se salió del abrigo, luego él le pegó un botellazo en su frente en la parte derecha de su cabeza donde aún permanece la marca, que puede ver todos los días al mirarse al espejo, sintió el botellazo y cayó inconsciente al piso, despertó y no sabe cuánto tiempo paso desde que cayó y despertó, vio a un tipo sobre ella le vio la cara otra vez, reaccionó y empezó a forcejear y él le dice mira, mira y él estaba metiendo su mano en su vagina, ella estaba sin su falda y sin sus calzones, en el forcejeo se paró y él le pegó una patada en el muslo izquierdo se paró vio a una señora, se acercó a ella para que la tratará de ayudar. Aclara que, le estaba metiendo los dedos y le dice mira, mira para que ella viera como él metía los dedos en su vagina, y allí ella empezó a gritar. Empezó a forcejear no sabe cómo tuvo la fuerza sobre un tipo que está encima y después de un botellazo, pero apareció la señora y él corrió hacia el pasaje Estadio, ella lo vio y la señora también, a su derecha estaba un bulto negro era su ropa lo primero que hizo fue ponerse de rodillas, se dio cuenta que tenía su chaqueta solo con un brazo puesto, el bulto negro lo puso en sus manos y camino hacia la señora en la esquina, la señora la vio sangrando y llorando y le dice que el tipo la atacó y viene carabineros y les hizo unas señas para hacerlos parar y les dijo que el tipo que va ahí la atacó con la botella y, se fueron hacia el pasaje Estadio y como a 20 metros del pasaje Estadio lo encontró, ahí mismo ella se subió al auto policial, le preguntaron qué le había pasado y ella le relató que un tipo le pegó con una botella en la cabeza y ellos le preguntaron cómo era, entonces ella lo describió: que era más alto que ella, con pelo negro, chaqueta oscura y jeans, y les decía me pegó con una botella en mi cabeza, mire como me dejó, lo vio cuando lo iban a subir al carro policial y antes también lo hizo, le dice a

carabineros ese es, ahí está, y ahí lo tomaron detenido los carabineros, en el mismo pasaje por donde iba arrancando, habían unos 80 a 100 metros desde donde ella estaba hasta donde fue detenido, pasaron unos dos a tres minutos desde que llegó carabineros y lo detuvieron, el tipo se para cuando ve a la señora y es ella quien detiene a carabineros y, a los dos o tres minutos detienen al tipo. Lo pudo ver antes, durante y después, señala que mide un poco más de 1.70, pelo oscuro, vestía chaqueta oscura, jeans y llevaba una botella de cerveza escudo en su mano, camisa a cuadros no recuerda el color, pero la chaqueta era negra, tiene pesadillas recurrentes en que le aparece un vampiro lleno de sangre corriendo detrás suyo, y cuando se da cuenta ve su cara y es la cara del tipo, cuando estaba encima de ella le vio la cara más cerca, a unos centímetros. Mira por la mirilla en la sala y señala que se trata de quien está a la derecha de la sala, adelante, sentado al lado de una señora, con una chaqueta amarilla, reconociendo al acusado. Los carabineros le empezaron preguntar qué le había pasado, de dónde venía, todo esto en la comisaría, mientras se movían los funcionarios que entraban y salían, ella sangraba, le preguntaron si conocía al sujeto, ya que un carabinero maceteado y canoso le dijo que él decía que la conocía, que estaban pelando, que eran pololos, pero ella nunca lo había visto en su vida, un carabinero le trajo agua. La tomaron y la llevaron al hospital primero y después a la comisaría. Un doctor bajito medio pelado la atendió, era de apellido Pulgar, lo sabe porque leyó una y otra vez el certificado de atención de urgencia. Al otro día debió ir al hospital para ser revisada por un ginecólogo y una matrona para constatar lesiones de abuso sexual. Es difícil describir las consecuencias, todavía en las mañanas por más que trate de olvidar y querer ser un poco más normal se mira al espejo y se mira la frente y le recuerda lo que le pasó, no

tiene pareja desde hace mucho tiempo, trata de que su hijo la vea bien para ser su soporte, las pesadillas que no paran, se está tratando con la psicóloga Ingrid Oyarce desde el principio, pensó que ir a trabajar le iba a ser bien, pero no rendía en el trabajo, se le olvidaban las cosas súper rápido, le repetían las cosas dos o tres veces, su jefe no estaba conforme con su trabajo porque no hacía lo que le mandaban, el cargo le pedía ser eficiente y ella no lo estaba haciendo, estuvo con licencia por estrés postraumático y después ya no pudo volver. Ella iba arriba del carro policial cuando lo reconoció, no cree que él la haya visto, no recuerda de qué color era la camisa, pero si de cuadros, puede ser cómo azul, pero no lo recuerda, indica del color de la corbata del juez que es azul. pero no lo puede asegurar, unos diez amigos cercanos estaba en la fiesta, pero habían más de 200 personas, no la acompañaron a tomar locomoción a la 05:38 horas pues estaba con Bastián, un amigo alemán, y le dice que se tenía que irse, éste le ofreció acompañarla pero ella le dijo no se preocupará ya que tomaría un taxi en la esquina, avanzó por OHiggins unas dos cuadras y media desde donde estaba en el local por Ansorena, en total debe haber andado unas seis cuadras hasta donde caminó. Bebió esa noche dos copas de vino y dos ron cola. Vio al sujeto de frente, lo miró con cara de asustada, tenía un aspecto que no tenían sus amigos, ella misma se dijo “huuyyy”, el personaje cuando lo vio, la saluda le dice hola como a un metro y como ella no lo saluda le dice un garabato, cinco segundos, la tira del brazo y le da un botellazo, ella cae inconsciente, no sabe cuánto tiempo pasó, pero estaba sin falda y sin calzón, se pone de rodilla y siente vidrios y cerveza que le caía por el pelo. Estaba con zapatos. Vestía zapatos taco alto, falda, polera y una chaqueta larga. La persona a la que le pidió ayuda era una señora bajita que se parecía a su mamá, aun la relaciona con ella, de pelo corto.

Tenía más cerveza que sangre y se dio cuenta cuando se paró, no vio sangre sólo vio a un tipo encima suyo, luego se trató de parar, se puso de rodilla y vio que le chorreaba el pelo y que tenía vidrios y sangre.

Declaración de David Martínez Rumillanca, Carabinero, el que indicó que realizando un patrullaje preventivo por avenida Bernardo O'Higgins en compañía de Fernando Salazar, iban pasando el 01 de enero de 2015, por la intersección de calle Brasil y había una mujer con un corte en la cabeza y al llegar al lugar les señaló que anteriormente había sufrido un ataque de una persona con una botella en la cabeza, presentaba una contusión en la parte frontal de la cabeza, la subieron al carro, se dedicaron a buscar quien le había hecho eso, entraron por calle Brasil en contra el tránsito, llegaron al pasaje Estadio por ahí porque no tiene salida por un lado y la víctima vio una persona y lo sindicó como aquel que era quien la había atacado, exaltándose mucho por lo sucedido, le preguntaron al caballero qué había pasado, le dijo que era pareja de la mujer que había agredido, lo trasladaron en el carro y lo llevaron a constatar lesiones, a las 06:33 se hizo la detención y, a las 06:30 se contactan con la víctima, el acusado estaba a unos 100 metros del lugar, la víctima se acompañaba con una persona de 1.60 mt, la víctima le dijo que había una señora que le había prestado un abrigo porque estaba casi sin ropa, con el pelo bien mojado por el golpe con la botella de cerveza, gritaba e impactada con los hechos, no podía seguir un relato, le decía una cosa, después otra, al momento de avanzar por el pasaje Estadio la víctima al doblar y ver al caballero empezó a gritar a decirle es él deténganlo, quería salir del carro e ir a agredirlo, vestía camisa cuadrille azul a cuadros, blue jeans azul, chaqueta negra, él le puso seguro al carro para que ella no

se bajara porque quería ir a pegarle, él dijo que era su pareja y que habían tenido un problema por eso la había agredido. El pasaje Estadio tiene entrada por calle Brasil y después no tiene salida, a izquierda puede salir a O'Higgins, pero no caben vehículos y es cortito, entrando a pasaje estadio a mano izquierda está el pasaje Las Rosas hacia camino internacional. Reconoce al acusado en la sala de audiencia, éste venía desde pasaje Estadio hacia Brasil, fue ahí hacia mano derecha frente al N° 775 el hecho, miraba hacia abajo, con halito alcohólico, no le vio las manos, como que había ocurrido algo porque nunca los miró de frente, no recuerda si alguien lo fotografió, ya que él se puso a realizar el acta de derecho. No recuerda sus ropas, pero estaban húmedas, su chaqueta lo estaba, pero no vio nada más pues estaba amaneciendo. La víctima estaba con halito alcohólico al hablar se notaba que había bebido.

Lo expuesto por Ramón Leal Aravena, Cabo de Carabineros, el que refirió que el día 01 de enero de 2015 por instrucción verbal del fiscal se le solicitó que concurriera al sitio del suceso ubicado en avenida Brasil N°775 al llegar a pasaje estadio a fin de fijar sitio del suceso, tomó contacto con la víctima y se entrevistó con ella. Se le exhibe set fotográfico, estaban los restos de la botella en el suelo, a la izquierda está calle O'Higgins y a la derecha pasaje Estadio, otra foto con los restos de la botella de vidrio de una de cerveza, por las características de los restos de los vidrios se trataba de un envase de cerveza de un litro, había una caja de condón en el sitio del suceso se fija fotográficamente, otra foto con la cara de la víctima tomada el día 01 de enero a las 15:00 horas, un acercamiento de la cara de la víctima, la cual presenta en su costado derecho hematoma en su frente y su ojo derecho. La víctima le contó que

iba caminando por calle Brasil y fue interceptada por un individuo que la saludo y ella no le respondió, la tomo de la mano y le dijo por qué no me saludaste concha de tu madre y luego la golpea con la botella, ella estaba muy afectada.

La declaración de Jorge Pulgar Acuña, médico cirujano, quien expuso que el día 01 de enero de 2015 estaba trabajando en el hospital de Pucón, de turno en la urgencia del centro hospitalario, estaba ahí porque estaba egresado desde mediados de diciembre y permaneció hasta mediados de enero en Pucón, no recuerda la atención de ese día, si que era una mujer, realizó una hoja de atención de urgencia. Se le exhibe el formulario de atención de urgencia por las lesiones, señala que el nombre del paciente es Katherine, presentaba en la cabeza una contusión frontal derecha, con pronóstico reservado, porque el hospital no contaba con radiografía en el horario de atención, el cual sólo funciona de 9:00 a 21:00 horas, reconoce el documento por estar su firma en el mismo.

Sarina Hinte, comerciante quien expone que la noche del 31 de diciembre se encontró con sus ex colegas para celebrar año nuevo, estuvo con ellos hasta las tres de la mañana y después supo por Facebook que Katherine puso un estado en la mañana que estaba desastrada por un abuso sexual, la llamó y estaba llorando porque un hombre que no conocía la había atacado, andaba caminando por calle Brasil por camino internacional y un hombre que no conocía le dijo algo como gauchita rica luego le tiró el brazo y le pegó con una botella, ella se fue al piso inconsciente, cuando volvía el hombre estaba encima de ella tocándola, le había sacado su falda y calzón, se acercó una persona y tocando una pechuga y le dijo

mira lo que te estoy haciendo, entonces ella le contó eso llorando, la señora le pasó su abrigo, ella paró a carabineros que iban pasando y se fueron por el pasaje Estadio que no tiene fin, el retén móvil pasó justo por ahí y ahí se encontraba el hombre y se lo llevaron, carabineros lo detienen, lo tomaron inmediatamente y dijo que él fue y ahora dice que era su pareja, que era una cosa entre pareja, esta conversación con ella fue a las 9 de la mañana, pero eso fue como 06:30 de la mañana, la víctima no encontró taxi, porque era día de año nuevo y se fue caminando por ahí. Vive hace seis años en Pucón, el pasaje Estadio es un pasaje como un círculo donde hay dos hostales, tiene dos entradas una por Brasil y la otra por Camino Internacional. Tenía una relación laboral desde hace tres años con la afectada, trabaja en turismo, cuando necesitaba personal la llamaba, prestaba servicios a honorarios, en septiembre terminó la relación pues estaba muy mal psicológicamente, es un ingeniero comercial bastante capaz, la mejor que ha encontrado, disculpen pero esa persona le cagó la vida, ahora ella ve personas y se resguarda, toma pastillas para dormir, no puede concentrarse, ella no rendía, no pudo concentrarse, como empresa también debe asegurar el negocio, no podía cumplir con su parte laboral, debía tratarse, necesitaba una pausa, para mejorarse del shock. Ella eligió Pucón para vivir por su tranquilidad, hasta ese minuto se sentía segura en ese lugar por eso le afectó mucho que un hombre haga eso y dañe la vida de otras personas, ella esa noche se fue a las tres porque tenía que trabajar al otro día a las ocho, la mayoría toma o bebe para esa fecha, la víctima había bebido pero muy poco porque no la notó ebria sino que cree un brindis, esa noche ella se fue con su pareja de esa época, pero cree que no por ser mujer uno no podría caminar sola por la calle.

El testimonio de la Psicóloga Ingrid Oyarce Castillo que refiere que está atendiendo a la víctima de este caso, fue derivada por el médico el 28 de enero a través de un sobrecupo, no podía dormir, muy angustiada, malestares significativos, relató que lo que estaba sucediendo era por la situación vivida anteriormente, y ahí la derivan, intervención en crisis y contención para luego hacer un tratamiento, primera entrevista fue antes de las 12 del mediodía, contenerla ,escucharla, estaba en una fiesta de año nuevo 01 de enero, salió de la casa de sus amigas caminando para tomar taxi o colectivo cuando ella es violentada, se realiza como terapia una intervención en crisis, observación directa de los signos, se presentó con una hinchazón en su cara, morada la mitad de su cara, muy nerviosa, con alteración del sueño, alteración área concentración, cognitiva, comportamiento o parte motora alterada, temblaba, con mucho estrés post-traumático se le citó para las veces que necesitara sin hora. Dice que se va de la junta con sus amigas y se dirige por la calle principal, va caminando sola por Brasil ve un tipo en dirección contraria la saluda ella no lo hace, la golpea con una botella cae al suelo inconsciente y despierta sin falda y sin calzones y siente las manos de esta persona adentro de su vagina, se encuentra con una señora que no sabe quién es, que vestía una blusa blanca, trataron de encontrarla pero no pudieron dar con ella, fue quien la contuvo, se acerca justo una patrulla de carabineros, lo buscan y lo encuentran, lo llevan al hospital de Pucón, informe de lesiones y peritaje sexual, pero éste último no se lo hicieron como tampoco recogieron toda la ropa que tenía y ella la bota a la basura, no recuerda mayores detalles, la terapia consiste en aminorar el estrés post-traumático, revivir otros recuerdos, vulneración recordaba constantemente, se presenta con estado de vigilia, con pesadillas, hasta ahora las tiene, problemas de insomnio, llegaba a la

casa y prendía todas las luces y miraba por si venía el acusado a cada rato por las ventanas, por sistema figuran ocho sesiones, más tres a cuatro sesiones sin agendar, el estrés postraumático es debido al efecto consecuencia de lo que ella vivió, evolucionando a un episodio depresivo reactivo, no tenía síntomas anteriores de problemas de sueños o recuerdos o imágenes de lo que ahora le sucedió, la pregunta de por qué a ella le sucedió, si solo venía caminando de una celebración, por qué no evitar una situación así, por qué sucedió de tal manera, ella recordaba la cara del autor y en las pesadillas ve un camino, un contorno de una persona negra pero eso en pesadilla, el relato es verdadero debido a las vivencias que no sólo son de recuerdo sino que evoca también el tema de olores, la sensación de alcohol, evoca con claridad en qué calle, donde ella se despierta cómo retrocede hacia la avenida para buscar ayuda, cómo observa después al imputado, más detalles más luces y claridad de la situación, se realiza la reprogramación neurolingüística, menos episodios asociativos, se ha trabajado de esa manera para bajar esos síntomas, el relato siempre ha sido consistente, sigue una línea, le agregó detalle del alcohol, del olor, de la repulsión, de poder ir a buscar ayuda, si la ayuda de esa mujer era o no, si era parte de su imaginación o no, después recuerda que era de unos 60 años, con una blusa blanca, el hecho de seguir adelante con las sensaciones, disminuyó la hipervigilancia, distintos factores que influyen en un diagnóstico, ve que evolución para bien a pesar de la sensación de estrés postraumático, falta trabajar el tema desesperanza, recordar estas situaciones, va más encaminado a una depresión per se propiamente tal, reparación de trauma en el área neurocientífica, recordando el suceso con los ojos abiertos y reconstruyendo con la narrativa, uso de medicamentos, si bien no es asidua a ellos, se ha complementado con otras yerbas naturales, al

principio muy acompañada de un grupo femenino que la ha ayudado mucho, en octubre o noviembre ultima citación, al inicio evacuó un informe como en marzo, se le exhibe el informe psicológico de la víctima KPSG de fecha 31 de marzo de 2015 elaborado por esta profesional. Repercusión en su parte laboral es ingeniera en ecoturismo su jefa es alemana o australiana, trató de continuar con el tema laboral pero la tuvieron que despedir o renunció, ya que no pudo continuar mucho tiempo su trabajo, ahora está en la casa, y decía que no podía más, se le instó a que siguiera con su trabajo porque sería peor si lo dejaba, pero no pudo. Le dijo que la persona que la ayudó tenía una cara angelical, recordaba que tenía una blusa blanca.

El informe del perito Rodrigo Cabrera Cabrera, señala que examinó a una paciente de sexo femenino, por unos hechos que tuvieron ocurrencia en Pucón, la cual no refirió historia clínica; fue examinada la madrugada del 01 de enero de 2015 en Hospital de Pucón y también en la tarde, para realizar radiografías las que fueron tomadas sin lesiones, al día siguiente se tomó muestra biológicas en la zona genital, se tuvo a la vista el registro de declaración de la afectada quien indica como autor a una persona específica, además de tener a la vista el formulario de atención de urgencia del 01/01/2015 06:30 minutos con diagnóstico de contusión derecha frontal, el 01/01/2105 17:15 minutos otro informe con contusión, tec cerrado en encéfalo craneano en evolución, y otras diversas lesiones, la primera de ella, una del área de dolor en la zona frontal derecha del cuero cabelludo, hematoma como chichón, equimosis en los párpados superiores de ambos ojos, equimosis en el párpado inferior derecho 7,5 cms al momento del examen es dolorosa a la palpación, una equimosis extensa de 5,5 x 5 cms ubicada en el párpado inferior, lesión conjuntiva

del ojo derecho, examen genital cara anterior del muslo derecho no se encontraron lesiones, himen con cuatro desgarros antiguos con antecedentes ginecos obstetras con tres partos anteriores. Concluye que dado las características anatómica no se puede afirmar ni descartar el abuso sexual, que la lesión que presenta fue provocada por un elemento contundente, presenta signos de violencia, víctima desflorada en fecha antigua y sin relación con el hechos materia de la acusación, se solicita además un estudio radiológico de la mejilla derecha por una posible fractura, una vez revisada no presenta fractura lo cual derivó a un segundo peritaje, ampliación observándose el cráneo posterior lateral con fecha 20/01/2015 no se observaba lesiones óseas subyacentes. En cuanto a las lesiones, éstas son de mediana gravedad con una incapacidad de entre 25 a 28 días sin secuelas, el primer informe, la finalidad era examen de sexología hallazgo físico que permita aportar a la investigación de un delito sexual, extremidades en el muslo presenta una equimosis, con un elemento contundente, por su peso o por su fuerza viva en el cuerpo que carece de filos es compatible con una botella de cerveza, frecuente encontrar en las extremidades lesiones por abuso sexual por lo que es compatible. La lesión en la zona frontal con equimosis corresponde a la botella pues ésta carece de filo o punta por lo que es posible provocar las lesiones del rostro y cuero cabelludo, sangramiento y con un grado de pérdida de conciencia, no existe fractura de cráneo o mayor, la perdida es temporal de segundos a minutos por lo tanto, la pérdida de conciencia se puede dar en estos casos. El primer informe corresponde al N° 34-2015 de fecha 12 de enero de 2015 y lo reconoce, el segundo es la ampliación N°0742-2015 , por el tiempo transcurrido y la forma anatómica del himen no se puede aseverar o descartar una agresión de abuso, depende de si existe una rotura

de piel que sangra y depende de la profundidad de la herida, no está dentro de las heridas que no tienen rotura de piel y tiene un chichón, externamente no sangra y deja el hematoma, no era una herida con colocación de puntos pero el hematoma puede dejar una fibrosis.

2.3.2.3 Razonamiento del tribunal: sentencia.

En mérito de las pruebas rendidas y apreciando la prueba con libertad, sin contradecir los principios de la lógica y las máximas de experiencia, se tienen por acreditados más allá de toda duda razonable los siguientes hechos:

Que, el día 01 de Enero del año 2015 en horas de la mañana, cerca de las 06:30 horas aproximadamente en circunstancias que la víctima KPSG caminaba por calle Brasil de la comuna de Pucón, poco antes de llegar a calle O'Higgins, fue interceptada por el imputado Alejandro Riquelme Pinilla, quien de manera intempestiva y luego de saludarla, le dio un fuerte golpe en la cabeza con una botella de cerveza, cayendo la víctima al suelo, perdiendo unos momentos la conciencia, aprovechando ese momento el imputado Riquelme Pinilla para despojar a la víctima de su falda y ropa interior y proceder a efectuar tocaciones en sus genitales, introduciendo sus dedos en la vagina de la víctima, logrando en ese acto la víctima reaccionar quien pudo pedir auxilio y zafarse de su agresor quien antes de retirarse volvió a agredir a la víctima con golpes de pie en la zona de sus glúteos. A raíz de lo anterior la víctima resultó lesionada con un TEC además de contusiones en la región frontal y ojo derecho y golpes en uno de sus muslos, lesiones de carácter menos grave de acuerdo a Informe Pericial de Lesiones elaborado por el Servicio Médico

Legal de Temuco.

En efecto, quedó establecido que el día 01 de enero de 2015 a las 05:38 horas aproximadamente de la madrugada, la víctima de nombre Katherine P.S.G. se había retirado del local El Camino ubicado en calle Ansorena de la Comuna de Pucón, después de compartir la celebración de año nuevo, para lo cual emprendió su camino a pie con el fin de encontrar un taxi dirigiéndose por calle O'Higgins para luego llegar hasta Brasil a la altura del N° 775, se cruza de frente con una persona quien llevaba una botella de cerveza en sus manos, éste la saluda sin contestar ella dicho saludo, por lo cual al llegar a su lado éste la toma de su brazo la insulta y ella se zafa de uno de los brazos de su abrigo, luego de eso el sujeto la golpea con la botella de cerveza en su cabeza, específicamente en su parte lateral frontal derecha, lo que es concordante con el certificado de informe de lesiones cuyo diagnóstico es contusión frontal derecha con pronóstico reservado debido a que a la hora de atención no estaba disponible los servicios de radiología los que comienzan a funcionar de 09:00 a 21:00 horas firmado por el profesional Jorge Pulgar A., quien depuso en juicio impresionando como una persona imparcial reconociendo el certificado emitido por él, el cual le fue exhibido en audiencia, agregando que no recordaba mayores detalles de la atención prestada aquel día, por cuanto se encontraba recién egresado y ese día estaba de turno en emergencias en el Hospital de Pucón, trasladándose en el mes de enero a Santiago, además del formulario de atención de urgencia N° 5387393 de fecha 01/01/2015 con diagnóstico de contusión frontal derecha en estudio y en sus observaciones se señala que sufre agresión por tercero con botella, historia poco clara, no se puede descartar compromiso de conciencia, al examen

físico: aumento de volumen frontal derecho aproximado 4 x4 cm., coloración violácea de lesión descrita, no se aprecian otras lesiones, pronóstico reservado, pendiente RX cráneo, mas formulario de atención de urgencia N° 5388298 del 01/01/2015, se señala paciente agredida, sin vómitos, edema en ojo derecho, CP normal, cefalea, hematoma ojo derecho, además del formulario en que se remite al juez de Letras en cumplimiento del artículo 138 del Código Procesal Penal, que señala que la paciente agredida con hematoma y contusión en región frontal y ojo derecho, contusiones en muslo y golpes en cara (intento de abuso) de carácter menos graves, estos dos últimos suscritos por Paola Apablaza médico cirujano, unido esto al set de fotografías que fue incorporado en juicio mediante el testimonio de Ramón Real Aravena quien a través de una orden de investigar fijó tanto el sitio del suceso como el rostro de la víctima con quien se entrevistó, en ellas se observa las lesiones sufridas por la afectada en su rostro y los vidrios que quedaron en el lugar de los hechos que son coincidentes con los hechos narrados por K.P.S.G.. Que, una vez que recobró el conocimiento pudo ver que sobre ella estaba un sujeto quien le dice que mire y pudo ver como él le había introducido sus dedos y mano adentro de su vagina encontrándose que estaba sin su falda y calzón, por lo que, realizó todos sus esfuerzos comenzando un forcejeo con él, para luego éste huir ante la presencia de una tercera persona, ocasión que aprovechó la víctima para reincorporarse dándose cuenta que su pelo estaba empapado con cerveza y sangre y vidrios, a su costado derecho vio un bulto negro correspondiente a sus ropas, se puso de rodillas, tomó sus ropas y se acercó donde esta persona, que en cuanto al abuso además de su testimonio se adjuntó el acta de realización de peritaje Ley de delitos sexuales N° 19.617 en que se menciona penetración vaginal, corporal y toma de contenido

vaginal, vulvar y perivulvar, informe médico legal ley de delitos sexuales N° 19.617 llevada por carabineros, donde se describe que al agresión ocurrió al salir del local el camino (calle Ansorena) intentó tomar un taxi cuando desconocido la aborda y golpea con una botella en la cabeza cayendo inconsciente, al despertar encuentra al agresor encima introduciendo su mano en la vagina de la víctima, intenta zafarse grita por ayuda y agresor arranca, se encontró semi desnuda, su estado mental es conservado, tranquila, evidente golpes en rostro, hematomas en ambos ojos, cortes en frente predominando "chichón" en lado derecho de la frente, hematoma en ambos ojos, no hay evidencia de penetración (himen complaciente, paciente con multiparidad), observaciones se encuentra caja de preservativos por carabineros en el lugar de los hechos, siendo fotografiado por fiscalía, todos estos documentos fueron expedidos el 02/01/2015 y suscrito y firmado por Roberto Stange R., lo que es concordante con el testimonio de la víctima quien refirió que debió concurrir al día siguiente para que le realicen los peritajes correspondientes a esta materia porque en la primera atención sólo se hizo informe de lesiones, que sumado a la prueba científica ya mencionada se suma el informe N° 34-2015 suscrito por el perito del servicio Médico Legal Rodrigo Cabrera Cabrera y la ampliación de éste el N° 742-2015 emanado del mismo perito, quien al deponer en juicio acerca de ambos informes indicó que examinó a la víctima concluyendo que dadas las características anatómicas actuales del himen y el tiempo transcurrido del hecho en estudio, no es posible afirmar ni descartar agresión sexual con o sin penetración vaginal, las lesiones extragenitales encontradas son signos de violencia, compatibles con la acción de elemento contundente, la examinada ha sido desflorada en fecha antigua y sin relación con el hecho denunciado, la ampliación de aquel tuvo como finalidad

establecer si existía fractura o lesión en su parte ósea con la toma de radiografías las que fueron negativas, señala además que las lesiones extragenitales encontradas son signos de violencia, compatibles con la acción de elemento contundente, clínicamente de mediana gravedad, sanan en 25 a 28 días y sin secuelas.

Que, todo lo anterior se refuerza con los testimonios de los funcionarios de carabineros quienes contestes señalaron como tomaron conocimiento de los hechos narrados precedentemente en forma directa de los dichos de la afectada, es así que, aquel día se encontraban de turno realizando patrullajes por el sector cuando fueron requeridos por una señora quien les indicó que una mujer había sido objeto de una agresión, por lo que, a la víctima la subieron al retén móvil y comenzaron a realizar un patrullaje por el lugar encaminándose contra el tránsito por el pasaje estadio lugar donde ambas personas indicaron que huyo el sujeto, encontrándolo entre 80 a 100 metros del lugar de los hechos, cuando fue identificado por la víctima como aquél que la atacó, el que a su vez vestía las ropas descritas por ésta previamente, es decir, una chaqueta oscura, una camisa a cuadrille, un jeans, además había indicado como características físicas su altura 1,70 aproximadamente y de pelo oscuro, todas aquellas eran coincidentes con el detenido. Que, si bien este depuso en estrados indicando que no sostuvo ningún diálogo con los funcionarios aprehensores, esto fue desvirtuado con los dichos de ambos quienes indicaron en forma clara y detallada que al ser consultado el por qué la había atacado indicó que se trataba de una pelea de pareja, que ellos habían tenido una relación con antelación y que habían discutido y en virtud de ello se había producido la agresión, lo cual no se condice con los hechos que se dieron por acreditados y negado en forma rotunda por la víctima quien

pudo ser apreciada por este Tribunal muy afectada por todo lo vivido aquel día, teniendo hasta el día de hoy pesadillas y consecuencias en lo laboral, social y familiar, tal como lo refrendó su amiga que concurrió a dar su testimonio ante estos magistrados Sarina Hinte quien no advirtiendo este Tribunal ánimo ganancial en su testimonio refirió que ella compartió con su amiga hasta cerca de las tres de la mañana de ese día 01/01/2015 y que el otro día a través de facebook se dio cuenta de que a su amiga K.P.S.G. le había sucedido algo grave, la llamó y ella le contó lo ya reseñado estando ésta muy afectada hasta el día de hoy, dando cuenta en forma muy pormenorizada del daño que esto le produjo en su vida, llegando a perder incluso su fuente laboral y estando aun en tratamiento psicológico, tal como lo señaló la psicóloga Ingrid Oyarce Castillo, quien al declarar acerca del estado de la afectada, indicó que tuvo en un principio una terapia para la contención y manejo de crisis, teniendo licencia por estrés postraumático y hoy atraviesa por una depresión moderada de tipo reactivo, debido a estos mismos hechos no existiendo otros factores distintos que fundamenten su estado psicosocial actual, además esta profesional pudo reforzar que los hechos narrados por esta víctima tienen el carácter de un relato real y coherente con evidencia de trauma psíquico, considera que es real porque da detalles no solo vivenciales, sino que agrega otros elementos, como el lugar, el olor, los sentimientos que esto le produce, las acciones realizadas y manteniendo la línea de su narración durante todo este tiempo.

Que, en cuanto a la declaración de Camila Antúnez Contreras, funcionaria de carabineros presentada por la defensa se le dará valor en cuanto reafirma todo lo ya analizado precedentemente y refuerza la convicción a que arribó el Tribunal, en los

mismos términos ya referidos y analizados latamente, por cuanto fue testigo de oídas de la declaración de la víctima reproduciéndolo en idénticas condiciones que esta.

En cuanto a la calificación jurídica de los hechos como abuso sexual agravado por parte tanto de la Fiscalía como por el querellante, cuestión que, no fue cuestionada por la defensa, quien no realizó alegaciones acerca de ello ni en sus alegatos de apertura ni de clausura, indicando en ambas oportunidades estar de acuerdo con todos los hechos de la causa como asimismo lamentarlos, no discutiendo la calificación jurídica de los mismos y limitando su defensa solamente al cuestionamiento acerca de la participación de su representado en ellos, es así que, el artículo 365 Bis señala que si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, en este caso concreto fue por vía vaginal al introducir sus dedos y manos al interior de la vagina de la víctima, a quien el sujeto ya la había despojado de su falda y calzón, aplicándose la pena establecida en el numeral primero de dicha norma, al darse la circunstancia establecida en el artículo 361 N° 1 por haberse hecho uso de la fuerza, tal como quedó establecido por cuanto el sujeto la tomó del brazo, la insultándola para luego darle un golpe con una botella de cerveza en su cabeza, cayendo ella al suelo inconsciente, que en cuanto al concepto de introducción de objetos de cualquier índole nos encontramos con interpretaciones distintas ya sea tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es así que la discusión se basa en si dentro del concepto objeto se deben comprender los dedos o las manos de la persona.

Que, en cuanto a la participación del acusado en los hechos, quedó establecida con los testimonio en primer lugar de la víctima K.P.S.G. quien en forma muy clara y

detallada y dando razón de sus dichos indicó a éste Tribunal como pudo reconocer al acusado, lo que logró por haberlo podido observar en tres oportunidades diferentes la primera cuando lo vio frente a frente mientras caminaba por la misma vereda en que venía ella en sentido contrario y le dice hola como a un metro de distancia, luego cuando recobra la conciencia y está encima de ella lo puede ver a unos centímetros de ella y por último cuando lo identifica para su detención cuando iba en compañía de carabineros en el furgón.

Que, los hechos descritos en el considerando anterior configuran el delito Abuso sexual agravado, previsto y sancionado en el artículo 365 bis N° 1 en relación con el artículo 361 N° 1 del Código Penal, el que ha sido ejecutado en grado de consumado, correspondiéndole al imputado una participación en calidad de autor, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su ejecución.

CAPÍTULO 3: El abuso sexual como delito continuado

Luego de habernos referido latamente en los capítulos precedentes a la descripción primero, de la figura de delitos continuados, y segundo, a la figura del delito de abuso sexual, corresponde en este apartado plasmar la mezcla de ambos, es decir, el abuso sexual como un delito continuado, lo cual se desarrollará desde una doble perspectiva: primero, los alcances teóricos político criminales entorno a visualizar el delito de abuso sexual como delito continuado y en segundo lugar, cómo nuestra jurisprudencia ha recogido el delito de abuso sexual desde la perspectiva del delito continuado; para tal cometido estructuraremos este capítulo sobre la base de dos acápites, el primero referido a conceptualizar la “política criminal” para, a través de dicho prisma, analizar los delitos de abuso sexual como delitos continuados, y el segundo acápite reservado para la inserción de jurisprudencia nacional entorno a los delitos sexuales como delitos continuados.

3.1 Análisis político criminal

Franz Von Liszt creó la política criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito. Su punto de partida era una concepción determinista del hombre, una visión del delito como reflejo de la peligrosidad del mismo (social e individualmente determinada) y una fe positivista en la posibilidad de corregir los factores individuales (por la psiquiatría o la instrucción) y las estructuras sociales (por la política social)

que conducen al delito.¹⁰⁵ Ahora bien, esta fórmula determinista plasmada en los orígenes de la política criminal nos permite entender el enfoque actual de la misma que se traduce en que su legitimidad se funda en, a lo menos, los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que significa poder dilucidar los criterios de valoración para decidir que una intervención punitiva es preferible de otra y proporcionada a la consecución de un determinado objetivo.¹⁰⁶ Sobre este punto se debe indicar que, considerando el contexto de la realidad social actual, es perentorio adoptar métodos relativistas (por oposición a medidas absolutistas) en virtud de las cuales el valor relativo de los bienes que se manifiestan en la interacción social sería una cuestión que decidirían los propios integrantes del grupo social sobre la base de un criterio procedimental comunicativo, que se entiende de modo diverso según una determinada tradición cultural, que según el autor español Jesús María Silva Sánchez se privilegiaría un aspecto funcionalista relativo a la autoconservación del grupo social.¹⁰⁷ Todo lo cual se plasma al momento de plantear estrategias legislativas: primero, las influencias de los medios de comunicación y los intereses políticos en el Derecho Penal, puesto que responden a la satisfacción de determinados grupos sociales con la finalidad de usar determinada clase de información como una forma de poner sobre el tapete el estado de la delincuencia en el país; segundo, la teoría del delito aplicable en un determinado contexto social, puesto que ella es indispensable si se quiere decidir la necesidad o merecimiento de sanción penal de cierta clase de actos, es decir, el delito es un “modo de ser”, o un

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política Criminal y Persona*. Argentina, Buenos Aires, Editorial Adhoc S.R.L., 2000, pp. 15-16.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p 25.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, p. 26 y 27.

síntoma, o un estado o, por el contrario, un hecho. Y, a partir de esta última constatación, cuáles deben ser los elementos integrantes de ese hecho. Obsérvese que, desde el punto de vista adoptado, la teoría del delito no deja de ser un eslabón más de toda la política criminal. Lo que pone de relieve hasta qué punto es cierta la afirmación que la ciencia del Derecho penal, y también la propia dogmática de la teoría jurídica del delito, realiza política criminal.¹⁰⁸ Así, es por ello que veremos a continuación el papel que juegan estos dos elementos al momento de hacer política criminal en nuestro país en lo que respecta a este trabajo, esto es la viabilidad y conveniencia de considerar el delito de abuso sexual como delito continuado.

Para tal cometido, debemos partir por considerar la circunstancia que con la finalidad de plantear una estrategia político criminal cercana a la realidad social, hay una herramienta que se debe tener muy presente: esta es, los denominados estudios de victimización, los cuales surgieron como una herramienta indispensable en la detección de los problemas fundamentales a que da lugar el fenómeno delictual. Ellos pretendían ser un aporte para esclarecer la cifra negra que existe entre los delitos denunciados y los delitos cometidos, ya que no todos los delitos llegan a conocimiento de las autoridades estatales.¹⁰⁹ Sin embargo, y lamentablemente, ellas no están exentas de sendos problemas metodológicos, por ejemplo, al emplearse generalmente encuestas telefónicas, se puede cuestionar hasta qué punto la falta de un contacto personal con los entrevistados influye en los resultados. Tampoco se

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 24

¹⁰⁹ STIPPEL, Jörg. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal.* Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2006, p.117.

puede controlar si los delitos denunciados de veras ocurrieron o si tan solo corresponden a una minimización o exageración de la realidad. También caben dudas en cuanto a las posibilidades de controlar la correcta apreciación jurídica de los términos empleados por parte de las personas encuestadas. Diferencias en el nivel educacional y socioeconómico influyen en la percepción correcta de la criminalidad y en la confianza en cuanto al anonimato del instrumento. Las respuestas dependen también de la posición que asume el entrevistado frente al fenómeno delincencial.¹¹⁰ Todo lo cual revela un importante grado de ineficacia de dicho instrumento en relación a los fines con los que fue creado.

Asimismo, otra fórmula utilizada por el gobierno para definir políticas públicas en materia de delincuencia son las estadísticas elaboradas por el Ministerio del Interior en relación a los denominados “delitos de mayor connotación social”, como el robo con violencia, el hurto, el daño corporal, el homicidio y la violación. Pero lamentablemente la expresión antes señalada en sí misma es limitadora de una determinada categoría de conductas, porque un gran número de los denominados “delitos de mayor connotación social” se acercan más al sector de la criminalidad clásica, excluyendo conductas que posiblemente estarían vinculadas con la nueva criminalidad, o la criminalidad organizada, como es el caso de los delitos que afectan la confianza en la institucionalidad estatal y los denominados delitos de “cuello y corbata”.¹¹¹

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 119.

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 121.

En consecuencia, teniendo a la vista la circunstancia que la finalidad de plantear una estrategia político criminal cercana a la realidad social, su resultado es de pronóstico incierto, no resulta difícil entender que la función política del derecho penal en el día de hoy, ha dejado de utilizar la potestad punitiva del Estado conforme a Derecho o al “contrato social” existente entre pueblo y Estado: la ley penal ha adquirido una función básicamente preventiva, y con ello, la pena ha comenzado a constituir un medio para la obtención de fines útiles. Es decir, el derecho penal es un instrumento político que sirve para garantizar la seguridad ciudadana.¹¹² Y para garantizar la seguridad ciudadana, todo vale. La excesiva muestra de violencia en los noticiarios (robos, hurtos y homicidios), junto con el énfasis de que se valen los demás medios de comunicación para exaltar dichas situaciones, genera un ambiente de inseguridad ciudadana que, ratificado por las cifras de los estudios de victimización, ha generado un fenómeno sin precedentes: la opinión pública tiende a valorar negativamente las medidas que con las miras puestas en la reinserción social flexibilizan la ejecución penal, como un conjunto de favores inmerecidos que se hace a los delincuentes, para satisfacer a la opinión pública (influida altamente por los medios de comunicación), los delincuentes deben ser castigados fuertemente, y nada mejor para ello que hacer más gravosas para éste las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, lo que en otros países es conocido como el fenómeno de la revalorización del componente aflictivo de la pena.¹¹³

Creemos que en este contexto debe examinarse en el escenario político

¹¹² STIPPEL, Jörg, ob. cit., p. 124.

¹¹³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. [En línea] Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, nº 06-03, pp. 03:12-14. <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>> [Fecha de consulta: 21.03.16]

criminal, la conveniencia y beneficios, desde dicha perspectiva, de entender al abuso sexual como un delito continuado. Y en este sentido, consideramos que, desde el prisma de la percepción de la criminalidad en aquellas situaciones de pluralidad de acciones en que no existen elementos suficientes para individualizar cada uno de los hechos punibles de modo que sean castigados, cada uno como distinto del otro, si existe una unidad de lesión jurídica, esto es, unidad del bien jurídico afectado, igual naturaleza del objeto material, unidad temporal y de propósitos y conexión entre las acciones ejecutadas; dada la imposibilidad procesal de pesquisar y acreditar en detalle cada acto que compone en su conjunto el ilícito, parece razonable aplicar esta figura, entendiendo que el delito solo será reiterado en el contexto de lo dispuesto en el artículo 351 del Código Procesal Penal¹¹⁴, si se han acreditado cada una de las perpetraciones delictivas. Y, como hemos podido vislumbrar en este trabajo, la indeterminación del número de delitos no constituye un obstáculo para estimar que diversas acciones en contra de la indemnidad sexual de la víctima revisten caracteres de delito continuado.

¹¹⁴ Art. 351 Código Procesal Penal Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie. En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico.

3.2 Tratamiento jurisprudencial en Chile del delito de abuso sexual como delito continuado

3.2.1 Rol Interno: O-234-2015 / Rol Único: 1300254097-K / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.

3.2.1.1 Hechos y calificación jurídica en que se funda acusación del Ministerio Público.

Durante fechas no precisadas del año 2011 y 2012, en circunstancias que los menores de iniciales K.T.B, I.CH.B, M.CH.B y C.CH.B se encontraban en el domicilio ubicado en pasaje 8 casa # 93 población Capricornio de Graneros en diversas visitas temporales en la casa de doña Gladys Bravo, lugar donde vivía también el imputado quien aprovechándose de la edad de las víctimas procedía en diferentes lugares de la casa habitación a realizarles conductas de significación sexual las cuales consistían principalmente en tocamientos en la vagina y ano de las niñas y tocamiento del pene de los niños, incluso en algunas oportunidades procedió a masturbarse frente a las niñas eyaculando sobre su cuerpo. A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos son constitutivos del delito de abuso sexual reiterado del art. 366 bis del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado en calidad de autor por el acusado, de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 de ese cuerpo legal. En concepto de la Fiscal concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el art. 11 N° 6 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior. No se invocan agravantes. Respecto de la pena solicitada: conforme al art. 366 Bis del Código Penal en relación al art. 351 del

Código Procesal Penal, el Ministerio Público solicita se aplique acusado la pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio y las penas accesorias del art. 372 del Código Penal, y las costas de la causa.

3.2.1.2 *Medios de prueba.*

Para acreditar el delito de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, que requiere un acto de significación sexual de relevancia, realizado mediante contacto corporal con una persona menor de 14 años de edad, como la autoría del acusado, el Ministerio Público rindió las siguientes probanzas:

En primer lugar, se contó con el testimonio de los cuatro ofendidos; así, se escuchó a la menor de iniciales I.CH.B, de 8 años de edad, quien sostuvo que cursa segundo año básico, vive con su madre Iris, su pololo y sus hermanos Marcelo y Cristóbal. Agregó que antes vivía al frente de la casa de su abuela donde también lo hacía “el tata”, a quien ahora no ve ya que lo echaron. No se acuerda mucho pero a ella le pasó algo malo (piensa), recuerda que la llevaron donde su abuelita la revisaron y ésta lloró y echo al Tata, lo que le gustó, después no pasó nada más. Recordó que encontrándose en la casa de su abuela en el segundo piso viendo monitos en la televisión, llegó el Tata quien la tocó con sus manos en sus partes íntimas (señala su vagina y trasero), por encima de la ropa, se sintió mal cuando le pasó eso,-una vez-, situación que le contó a su madre, ahora se siente mejor porque no ve a dicha persona. Por su parte el niño de iniciales C.CH.B., manifestó que tiene 8 años de edad, vive con su madre, padrastro y hermanos Marcelo e Isidora, sabe que viene a decir las cosas malas que le pasó cuando vivía en una casa celeste al

frente de su abuela, también estaba allí una persona que le decía Tata, no se acuerda lo que pasó con él, no lo ha visto más, era malo y prefiere no verlo. A su turno M.CH.B, de 13 años, dice que está nervioso, vive con su padrastro sus hermanos Cristóbal e Isidora. Señaló que su abuela Rosa vivía con una persona que para él era como su abuelo, ya no viven juntos porque hizo cosas que no debía hacer, tanto a él como a sus hermanos y prima. El primer acto incorrecto que le realizó fue un día que le acompañó a ver televisión, se acostó a su lado y de pronto le tocó con la mano por debajo de su ropa el pene diciéndole “se siente rico”. Posteriormente cuando lo fue a ver a su casa y estaba jugando, lo tomó por la espalda y comenzó hacer cosas raras, de tal situación nada le dijo a su abuela que los pilló y le preguntó lo que pasaba, por miedo dijo que nada,- se sintió raro-, no recuerda otras veces. Refirió que contó lo sucedido porque su prima Karol lo hizo, es decir lo que le hacía el Tata, y pensó que también tenía que decir lo que le había hecho a él, después se sintió un poco mejor y nunca más lo vio, no le gustaría verlo y le cuesta hablar del tema. Finalmente la menor de iniciales K.T.B., actualmente de 15 años, expresó que es prima de los otros menores, que vive con sus padres y hermanos. Indicó que desde que tenía 6 años el conviviente de su abuela materna, comenzó a jugar tocándole sus partes íntimas, vagina, trasero, pechos, esto ocurría en la casa de ellos cuando los iba a visitar en el invierno y también en el verano. Agregó, que el sujeto la llevaba a la pieza se colocaba encima de ella y efectuaba movimientos como una especie de relación con ropas, la toqueteaba y la tocaba con su pene por debajo de la ropa, esto ocurrió hasta que tuvo 11 años. Contó lo que le había ocurrido por temor ya que no quería que le sucediera algo malo a sus primos. Un día se juntó con unos amigos y contaron cosas secretas, ella como secreto silenciaba las

cosas que le hacía el conviviente de su abuela, cuando lo contó a sus amigos instaron para que revelara la ocurrencia de estos hechos a su madre, lo que hizo al día siguiente. Agregó que al agresor le decía Toño, después de contar lo que le pasaba se siente mejor no lo ha vuelto a ver.

Estos asertos, a juicio del Tribunal, resultaron suficientemente creíbles para establecer la efectividad de la existencia del delito, por cuanto, todos los niños refieren situaciones de abuso, el contexto en que se verifica cada evento no es diverso, casi todos acontecen en el mismo lugar físico, esto es, en la casa de la abuela materna cuando los dejaban al cuidado de ésta por parte de sus hijas, domicilio en el cual vivía el acusado. La interacción que cada uno de los menores describe difiere según su género, es así como en el caso de las niñas Karol e Isidora las tocaciones incluyeron pechos y vagina bajo la ropa, en los casos de Marcelo y Cristóbal las tocaciones eran en sus partes íntimas, pene con movimientos ascendentes y descendentes, tales acciones configuraron el delito materia de la acusación, por cuanto ello significó un contacto corporal con una zona claramente erógena y por tanto de relevancia sexual.

Además, los dichos de los menores en lo sustancial y pese a lo escueto de sus declaraciones en el tribunal, estas se han mantenido en el tiempo desde el día de la develación, lo que se comprobó con los dichos de los diversos testigos que depusieron en la audiencia que dieron cuenta del relato que recibieron de los menores, el que resultó semejante, en lo esencial, al que vertieron en estrados.

En efecto, se escuchó el relato de la madre de los niños Marcelo, Cristóbal e Isidora de iniciales I.B.B., quien señaló que tomó conocimiento de los hechos ocurridos en el año 2012, cuando la llamó su hermana Riola para decirle que su hija Karol le había contado algo, esto es, que la pareja de su madre le hacía tocaciones, y que había decidido develar los hechos por sus primos, tenía miedo que les pasara algo, ante tal situación fueron a ver a su madre quien dudo de los hechos, ella inquieta quiso saber si podría haberle sucedido algo a sus hijos, específicamente a Isidora porque era una niña, al preguntarle a ella por el Tata, le contó que además de hacerle cariño le tocaba la vagina y el poto y hacia movimientos ascendentes y descendentes y que le salía una cosa como crema, relato al que se unió su hijo Marcelo quien dijo que le pasaba lo mismo especificándole que lo había metido en una pieza para que sacara el pene y que así se hacía porque era rico. Explicó, que estos hechos ocurrían en la casa de su madre, en el año 2011 y 2012 cuando dejaba a los niños a su cuidado porque ella durante ese tiempo estudiaba, primeramente de día y posteriormente en la noche. Agregó, que no notó cambios conductuales en los niños, Marcelo estaba raro pensó que era por su personalidad, después creyó que era por lo que pasaba. Los niños no hablan del tema y ella tampoco lo hace. En cuanto a la familia no es igual, perdió la confianza puesto que llevaba a sus hijos al lugar donde vivía su madre que consideraba el más seguro, además creía en el cariño del acusado quien la vio cuando estaba embarazada de los niños. Por su parte R.B.B., hermana de la testigo anterior, tía de Marcelo, Cristóbal e Isidora y madre de Karol, señaló que un día al llegar a su casa su hija le dijo que quería contarle algo serio un secreto, y que sus amigos le habían señalado que debía decírselo a ella, le dijo que Toño pareja de su madre, le tocaba el cuerpo y le

mostraba el pene, lo que ocurría en la época de verano cuando la dejaba al cuidado de su madre, desde hacía tiempo y muchas veces. Le manifestó además que los hechos sucedían desde que tenía 6 años la usaba para masturbarse, le hablaba de los fluidos del sujeto, ante tal revelación, llamó a sus hermanas concurriendo con Iris a la casa de su madre quien se negó a aceptar lo ocurrido, su hermana Iris fue a ver a sus hijos y regresó llorando diciendo que a Isidora le había hecho lo mismo, delante de su abuela Isidora expresó con movimientos como le tocaba la vagina. Señaló que no quiso indagar más detalles de lo ocurrido, le daba pena porque aconteció en la casa de su madre, quien se negó a creer lo que le contaban.

También los relatos fueron escuchados por las psicólogas que periciaron a los niños Macarena Arias a Cristóbal, Macarena Duarte a Marcelo, Loreto Staplefield a Karol y Verónica Aliaga a Isidora, quienes a través de las metodologías que explicaron y los relatos escuchados a los niños, establecieron que estos eran creíbles, no fantaseados vivenciados, que ocurrieron en varias oportunidades, en la casa de su abuela materna cuando ésta los cuidaba, en los años 2011 y 2012, destacando como la persona del hechor a la pareja de la abuela nombrado como Tata y Toño. Además dieron cuenta del daño ocasionados por los actos que irrumpieron la esfera de la sexualidad de los niños.

Otro antecedente que robusteció la credibilidad del relato de las víctimas es la forma accidental en que se produce la delación de los hechos, pues según se escuchó a las madres de las víctimas y a la menor Karol, fue motivada por amigos de dicha niña para que contara lo acontecido con el acusado a su madre, determinando

hacerlo para que no le ocurriera algo malo a sus primos puesto que la agresión fue desde que tenía 6 años hasta los 11, oportunidad en que ya podía negarse a ir de visita donde su abuela, al conocer tal develación su tía Iris, consultó a sus hijos si habían sufridos situaciones parecidas constatando por sus relatos que sí había ocurrido.

Asimismo, el acusado renunció a su derecho a guardar silencio y manifestó que efectivamente era pareja de Gladys Bravo, abuelita de los niños y reconoce que entre el año 2011 y 2012, vivía en la población Capricornio y tuvo contacto con los niños a quienes tocaba en todas sus partes para jugar con ellos, especificando que a las niñas le tocaba la vagina y a los niños el pene y daba palmadas en el trasero.

3.2.1.3 Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.

Para el Ministerio público resulta evidente que los referidos elementos probatorios permitieron dar por ciertos los cargos imputados al acusado, particularmente con la declaración de las menores, las que según los peritos psicólogos resultaron ser relatos vivenciados y no fantaseados, por las características de éstos, lo que confirmó la veracidad de las imputaciones, descripciones fácticas que, como lo explicaron los mismos profesionales, resultaron compatibles con los daños emocionales que presentaron los afectados.

Asimismo, la defensa no cuestionó los hechos de la acusación como tampoco la participación que en ellos le correspondió al acusado. Instó para que se le reconocieran las atenuantes de los numerales 6,7 y 9 del artículo 11 del Código Penal, y en tal consideración se rebaje la pena en dos grados y en definitiva se aplique la sanción de 5 años, con pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, puesto que se cumplen todos y cada uno de los requisitos para su concurrencia aportando dos informes periciales, contratos de trabajo y liquidaciones de sueldo.

3.2.1.4 Razonamiento del Tribunal: sentencia.

Según la apreciación del Tribunal, con la prueba rendida por el Ministerio Público, se demostró, más allá de toda duda razonable, que el acusado realizó actos de relevancia y connotación sexual, consistentes en tocar las zonas íntimas, pechos-trasero, vagina y pene de los menores víctimas de iniciales K.T.B., I.CH.B., M.CH.B., C.CH.B., en circunstancias que los niños se encontraban al cuidado de su abuela materna quien vivía con su pareja,-acusado-, a raíz de lo cual, los menores de 14 años de edad a esa fecha, no estuvieron en condiciones de oponer resistencia a ellas, debido a la significación de la figura agresora pues lo trataban como el abuelo, a quien además le tenían mucho afecto, hechos constitutivos del delito de abuso sexual previstos y sancionados en el artículo 366 bis del Código Penal.

A su vez, la ilicitud en perjuicio de los menores tuvo el carácter de continuada, por cuanto si bien se demostró la ocurrencia de una serie de acciones ilícitas realizadas por el imputado contra estos, y afectaron un mismo bien jurídico, en el

periodo de tiempo señalado, la prueba de cargo no alcanzó a demostrar tales conductas de modo que pudieran sancionarse de manera independiente, se estableció una conexión objetiva entre las mismas, consistente en el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de los niños. Asimismo las conductas descritas anteriormente, deben calificarse como cuatro delitos reiterados de abuso sexual, ilícito previsto y sancionado en los artículos 366 bis, con relación al 366 ter, ambos del Código Penal. No obsta a tal calificación la circunstancia de que no se haya podido determinar con precisión las fechas en que ocurrieron las acciones descritas, puesto que sí se instituyeron dentro de un tiempo y espacio determinado, en un contexto claramente establecido. En definitiva, se probaron delitos separados realizados a cada menor que ocurrieron en fechas distintas, y aunque no se tuvo la precisión para establecer los días exactos de ocurrencia, quedó claro que se conoció la época de la comisión dentro de parámetros aproximados, y que cada acción era necesariamente distinta a la otra agresión. Cabe señalar que la jurisprudencia indica que la reiteración se caracteriza porque el sujeto activo ha asumido dos o más conductas del todo independientes una de otra, con conciencia dolosa y concurriendo en cada una de ellas elementos necesarios para soportar el juicio de reproche, por lo que cada conducta tiene existencia propia sin que interese la pretérita, como así fue acreditado en el juicio. Por otra parte, si bien los abusos sexuales sufridos por los menores se calificaron como un delito continuado respecto de cada uno de ellos, la presencia de cuatro ofendidos, es decir, de cuatro sujetos pasivos diversos, impide estimar todos los hechos comprendidos en la acusación como un solo hecho punible y en consecuencia, necesariamente concurre la reiteración de delitos de la misma especie, cuya penalidad regula el artículo 351 del

Código Procesal Penal. Así, se concluye, se acreditó suficientemente la participación del acusado como autor material del delito, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal.

3.2.2 Rol Interno: O-443-2015 / Rol Único: 1500563442-0 / Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena.

3.2.2.1 Hechos y calificación jurídica en que se funda acusación del Ministerio Público.

Funda su acusación el Ministerio Público en los siguientes hechos: desde el mes de abril del año 2015 al mes de junio del año 2015, en distintas dependencias del Edificio Marina de Peñuelas, ubicado en Canto del Agua N° 6495, Coquimbo, el imputado Kevin Eduardo Pizarro Núñez, quien se desempeñaba como conserje, besó en la boca, tocó con sus manos los senos y la vagina de la menor de iniciales D.S.C.O., nacida el día 08 de septiembre del año 2002, quien residía en dicho lugar. A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos precedentemente son constitutivos del delito continuado de abuso sexual, previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal, en grado de consumado y en el que le atribuye al acusado Kevin Eduardo Pizarro Núñez participación en calidad de autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del mismo texto legal ya mencionado. De igual modo, señala el persecutor que beneficia al acusado la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y que le perjudicaría la agravante

de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N°7 del Código Penal, es decir, cometer el delito con abuso de confianza.

3.2.2.2 *Medios de prueba.*

Que con la prueba de cargo consistente en las declaraciones de la víctima de los hechos, Dhyleiia Stephanie Campos Olivares, de actuales 13 años de edad, en cuanto relató que el acusado en la conserjería del edificio donde vivió a contar de abril de este año, en calle Canto del Agua, el conserje de nombre Kevin la obligaba a darle besos en la boca, y que en una oportunidad le tocó la vagina por sobre la ropa, lo que habría ocurrido detrás del mesón, el 08 de junio de este año, preguntándole si le gustaba, lo que contó a una compañera de curso, quien a su vez se lo dijo a su mamá, quien denunció los hechos; el relato de Jocelyn Olivares Ramírez, quien refirió que se enteró de los episodios de abuso a su hija Dhyleiia cuando la fue a buscar al colegio y una compañera de ésta le dijo que Dhyleiia estaba siendo abusada sexualmente, por lo que fue con su hija a tomarse un helado y ésta le contó que efectivamente Kevin, el conserje, había abusado, y que la última vez éste le habría introducido los dedos en la vagina, lo que le provocó dolor, y que como estaba muy asustada, le contó lo ocurrido a una compañera. Preciso que Kevin Pizarro, ingresó a su departamento sólo en una oportunidad, a arreglar un televisor, y que en otras ocasiones le pedía que le lavara el auto o arreglara su bicicleta, precisando la deponente que por dichas actividades le pagaba; la documental que asentó la fecha de nacimiento de la víctima, doce años a la época de los hechos; la pericial psicológica que incorporó el persecutor por lectura con acuerdo de los intervinientes y la aquiescencia del tribunal, en la cual la perito sicólogo Menares Núñez concluyó

que el testimonio de la menor Dhyleiia Campos Olivares es un relato indeterminado, por cuanto no cumple con tres criterios básicos necesarios para acreditar su credibilidad, pero que si bien los dichos de la ofendida no tiene la extensión ni la cantidad de especificaciones necesarias para cumplir el estándar de un testimonio fuerte y robusto, en ningún caso se puede descartar que el limitado relato entregado no se base en una experiencia vivida, añadiendo que pese a la limitada extensión del relato de la menor, cuenta con seis criterios de realidad, que detalla, entregando descripción de actos que se ajustan a una ofensa sexual, y que si bien la menor ha cambiado ciertos detalles, las razones de ellos posiblemente se encuentran en la presencia de tristeza y vergüenza y a la percepción de haber sido partícipe de los hechos en el momento que ella actúa de forma pasiva y continua exponiéndose después de las primeras aproximaciones sexuales.

Asimismo, el acusado, Kevin Eduardo Pizarro Núñez, advertido de sus derechos, hizo uso del que le permitía declarar y refirió que era conserje en el edificio Marina de Peñuelas, en Canto del Agua N° 6495 de Avda. del Mar, señalando que en el mes de Abril de 2015 llegó al dpto. 705 la señorita Jocelyn, desde Copiapó, quien a veces le pedía que le lavara el auto, y/o que le reparase la bicicleta, trabajos por los cuales le pagaba, narrando que así conoció a sus hijas menores, y se fue dando una relación normal pero con el paso del tiempo, la menor Dhyleiia le empezó a tocar las manos, le hacía caricias, masajes en el pelo, le decía que a sus compañeros le gustaba eso; que en una oportunidad estaba sentado en una silla y esta se situó sobre él, diciéndole que esa era su silla; que le tocó el trasero y le decía que él tenía menos trasero que ella. Relató que los hechos que se señalan en la acusación son ciertos,

haciendo presente que él jamás la obligó, que no sabía su edad, pero que sí sabía que era menor, porque usaba uniforme. Reconoció que en varias oportunidades le dio besos en la boca, y que la oportunidad que le metió los dedos en la vagina a la víctima fue dos días antes que lo detuviesen, detención que ocurrió un lunes 11 de junio de este año, detrás del mesón. Preciso que los besos se los daba en la boca, detrás de la recepción, y en la lavandería, lo que empezó a darse unas siete a diez veces, añadiendo que nadie sabía de eso, explicando que la madre se ponía dormir, y mandaba a las hijas a jugar afuera, agregando que las niñas recorrían todos los lugares del edificio.

3.2.2.3 Alegaciones, conclusiones y alegatos de clausura.

El Ministerio Público confirmó su acusación, empero, ofreciendo acreditar todos los presupuestos fácticos de un delito continuado de abuso sexual.

La defensa, por su parte, sin contradecir los hechos, coincide en la calificación jurídica de los mismos, por cuanto su falta de determinación en cuanto a la época y a sus circunstancias, solo permitiría encuadrarlos en un delito continuado de abuso sexual, solicitando, además, el reconocimiento de la atenuante 9ª del artículo 11 del Código Penal y el rechazo de la agravante de abuso de confianza.

3.2.2.4 Razonamiento del Tribunal: sentencia.

A juicio del Tribunal la prueba rendida dio convicción suficiente para tener por establecido que, en distintas ocasiones, durante abril y junio de 2015, en dependencias del edificio de departamentos ubicado en Canto del Agua 6495,

Coquimbo, Kevin Eduardo Pizarro Núñez, besó en los labios y efectuó tocamientos por sobre la ropa en la vagina de la menor Dhyleiia Stephania Campos Olivares, nacida el 8 de septiembre de 2002. Tales hechos conforman un delito continuado de abuso sexual de una persona menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 366 bis en relación con el artículo 366 ter, ambas normas del Código Penal. Que, para la consideración de estos hechos como un delito continuado, se ha tenido en cuenta la imposibilidad de encuadrarlos en fechas precisas, existiendo, por ende, falta absoluta de determinación fáctica respecto de cada uno de ellos, hipótesis, por lo demás, compartida por el propio persecutor en la audiencia, a la cual adhirió la querellante. En efecto, se ha tenido en cuenta la indeterminación sobre las datas precisas de los hechos abusivos y demás condiciones fácticas en que tuvieron lugar los diferentes ataques del agente, pero estimando que todos ellos han sido guiados por una misma resolución criminal del autor, destinado a afectar un mismo bien jurídico de la víctima y siempre de la misma manera, el tribunal ha razonado en base a los mismos elementos que conforman lo que la doctrina ha denominado el delito continuado. Así, no se probó que estas conductas ilícitas hayan ocurrido durante alguna fecha precisa del año 2015, Y, tratándose de conductas que escapan al régimen concursal común y que concurren en presencia como se dijo de, unidad de autor, identidad del tipo penal, que tengan lugar en un lapso prolongado y por último, que exista unidad de propósito en el agente, todo lo cual concurre en la especie. A lo anterior, cabe agregar lo sostenido por los tratadistas Mezger y Beling, señalando el primero que queda siempre un margen al arbitrio del juez para apreciar la continuación y el segundo, estima que el delito continuado es un concepto de valor, que debe dejarse entregado a la ponderación judicial.(Citados por Etcheberry Alfredo,

Ob. Cit, Tomo II pág., 113). Quedando, de este modo, meridianamente establecido que un sujeto imputable, actuando de manera contraria a derecho, y en forma culpable, vale decir, con conciencia de la ilicitud de su conducta, en diversas ocasiones y en fechas no precisadas, pero entre los meses de abril y junio del año en curso, ejecutó las acciones típicas en orden a realizar una acción distinta del acceso carnal con una persona de menos de catorce años de edad, ocasiones que se tradujeron en besos en la boca de la menor y tocamientos en la vagina, por sobre su ropa, actos todos de evidente significancia y relevancia sexual. Asimismo, la significación sexual y la relevancia de los actos del agente, entendiendo por tales que éstos sean de aquellos que los seres humanos (o una porción de éstos) generalmente realizan motivados por el instinto sexual (significación sexual) y que efectivamente importen un atentado contra la indemnidad sexual de la víctima (actos relevantes), siguiendo a Rodríguez Collao, Luis en Delitos Sexuales, Ed. Jur., 2000, p.200-2002, resulta inconcuso que los besos en la boca de la menor y los tocamientos que ejecutó el agente en la vagina de la víctima, cumplieron con las citadas exigencias típicas. En suma, las acciones delictivas constitutivas de la figura de abuso resultaron consumadas, desde que los mismos elementos precedentemente analizados también no dejan dudas acerca de que el agente realizó definitivamente en varias ocasiones diferentes una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, esto es, un acto de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal con la víctima, conforme a la definición que entrega el artículo 366 ter del Código Penal.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos visto que en la jurisprudencia existen algunos casos en que se han unificado varios hechos en la figura del delito continuado, principalmente por la falta de acreditación de los hechos de manera independiente y clara, sancionándolos como un solo delito. Solución que si bien, parte de una base dudosa, al condenarse por hechos que no se sabe con exactitud cuando ocurrieron, al menos se traduce en una pena proporcionada a la actividad probatoria desplegada por el acusador que al reconocer la pluralidad, es posible sancionar como un solo delito. Sin embargo, al relacionar el delito continuado con el tipo penal de Abuso Sexual, pudimos constatar que esta unión no es tan sencilla de abordar.

Al respecto, podemos establecer que existen múltiples consideraciones que se pueden esbozar para argumentar entorno a la factibilidad y conveniencia de concebir, cuando se cumpla con los requisitos, al delito de abuso sexual como una manifestación de los delitos continuados, no obstante hay dos consideraciones que nos parecen determinantes, en primer lugar, la consideración que, en su esencia, el delito continuado se reconoce como una creación jurídica encaminada a solucionar punitivamente aquellos casos en que la pluralidad de acciones u omisiones típicas, no resulta correctamente aprehendidas penalmente a través del concurso real de delitos, por lo cual el motivo era claro; rebajar la pena en aquellos casos en los cuales el concurso de delitos se traducían en penas extremadamente altas,

entendiéndose así como una elaboración de protección al autor del delito, en este sentido se atribuye un fin humanitario a la figura del delito continuado, para impedir con ello que el tenor literal conduzca a una falsa apreciación de la realidad, evitando de este modo la pena propia del concurso, regularmente menos benigna que la del delito continuado, ahora bien, con el tiempo se le utilizó como una solución para aquellos casos en los cuales no resultaba debidamente acreditados los distintos hechos punibles, desde esa perspectiva nos parece desafortunado, sobretodo si pensamos en aquellos principios constitucionales que aseguran el debido proceso, donde la carga de la prueba corresponde al órgano acusador, claramente resulta anacrónico utilizar esta figura para fundar una condena donde no pudo acreditarse una reiteración de delitos. Y en segundo lugar, la circunstancia de que en el delito de abuso sexual, con cada ilícito se atenta contra lo más profundo de la dignidad de la víctima, a lo largo de este trabajo hemos revisado sentencias con relatos ciertamente estremecedores que dan fe del contexto humano y del sufrimiento de las víctimas de este tipo de delitos.

Ahora bien, insistimos en que se concluye que conceptualmente, no existe inconveniente para admitir la aplicabilidad del delito continuado respecto de los delitos sexuales, y en lo que nos concierne, respecto del delito de abuso sexual, pues el sustento de dicha figura se basa en la unidad jurídica de la acción penada sobre una construcción jurídica.

Asimismo, se puede indicar que su aplicación hace más expedita la administración de justicia en tales supuestos, impidiendo que el proceso se desvíe o

frustre en la búsqueda o concreción espacio-temporal de fracciones innecesarias frente a la comprobación de la totalidad, con esto, se puede argumentar que desde un prisma práctico, el delito continuado, en principio, hace concordar la pena con la justicia material, esto, desde el punto de vista de dolo total, es decir, cuando se ha decidido cometer un solo hecho de modo fragmentado. Así, creemos que junto a esta idea de justicia material se incorpora un antecedente de política criminal en el sentido de hacer parecer mayor eficiencia en el derecho penal si se asume que los delitos sexuales se puedan concebir como delitos continuados.

A nuestro juicio, siguiendo en este punto a Jesús María Silva Sánchez, cuando se habla de eficiencia en Derecho Penal, entendemos que se piensa en aquella conducta cuyos beneficios globales (sociales) superan a los costes con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen. Pero dicha eficiencia no está exenta de componentes disuasorios o intimidatorios de la pena: para lograr aquella conducta, debe comunicarse un determinado valor en la norma, que desde el punto de vista jurídico penal, se traduce en una declaración de gravedad de un determinado hecho, y creemos que se incurre en este error en el ámbito de los delitos sexuales, por cuanto se entiende que se transmite mayor reproche entorno al delito en cuestión, no obstante, lo hallamos errado. A modo de colofón somos reticentes al momento de considerar conveniente aplicar el delito continuado al tipo del abuso sexual y esto es así por cuanto creemos que los delitos sexuales, y no pensando necesariamente y exclusivamente en su ejecución material sino que entendidos en su contexto, son delitos instantáneos por cuanto se consuman en el momento en que se da

cumplimiento a los requisitos del tipo, por ende, por la vía de una creación jurídica se integran distintas acciones a objeto de imponer una pena por ellas. Creemos que el análisis del bien jurídico protegido: la integridad sexual, por su naturaleza no admite ser afectado en grados o etapas por lo que, en abstracto, el delito de abuso sexual no podría tener un sustrato de continuado porque creemos, su esencia no es fraccionable. Además, la falta de tratamiento legal y dogmático del delito continuado ha permitido que, aun aceptando que se puede aplicar, en la práctica es excepcional y constituye un retroceso en la tarea dogmática penal por contribuir no solo a humanizar el derecho penal, sino que a perfeccionarlo.

Asimismo, concluimos que aun cuando las conductas ilícitas realizadas en distintos momentos, que consideradas de modo autónomo cumplan las exigencias del tipo, en este caso abuso sexual, no obstante, se ignore el número de veces que se efectuaron y asimismo, las fechas de su comisión, ello no es suficiente para tener por configurado el delito continuado por cuanto faltaría, a nuestro juicio, la unidad de conciencia, toda vez que somos partidarios de entender que nunca hubo un propósito o determinación única, sino que por el contrario, la intención siempre fue afectar el bien jurídico tutelado, en este caso la integridad sexual de las víctimas en cada hecho.

Referencias Bibliográficas

ALONSO PÉREZ, FRANCISCO. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, perspectiva jurídica y criminológica, Dykinson, Madrid, 2001.

ARTEAGA VAVA, Elisur. Diccionario jurídico temático, México, Ed. Harla, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. Manual de Derecho Penal, Parte especial, tomo iii, Editorial Centro de Estudios Ramón Araces. S.A. Madrid, 3era edición, 1995.

CÁMARA DE DIPUTADOS, Boletín N° 1048-07-1

CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO. Observaciones sobre el delito. S.E. Buenos Aires, Argentina, 1979.

Coanil, Prevención en Maltrato y Abuso Sexual. Disponible en línea:

http://www.coanil.cl/info_articulos_resumidos/maltrato_y_abuso_sexual.pdf

Chile, Artículo: Abuso sexual: claves, cifras e indicadores. Disponible en línea en:

<http://www.educarchile.cl/ech/pro/app/detalle?id=106967>

CURI URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, parte general, tomo ii. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión segunda edición, 1997.

CURY, ENRIQUE. Derecho Penal Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUÍS. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en Comentarios al Código Penal Parte Especial, tomo ii, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ESTEVEZ, JOSÉ LUIS. Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica. En: Anuario de Filosofía del Derecho N° 4, 1956, (En línea):

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>

FREIRE GAVILÁN. PABLO ANDRÉS. “El delito continuado” Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. (En línea):

<http://master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf>

GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal Tomo II, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

GONZÁLEZ, M. Derecho a la Defensa en la Legislación Chilena. Memoria de Licenciatura. Escuela de Derecho, Universidad Arturo Pratt. 2005.

GUZMÁN, K. “Indeterminación temporal fáctica de la acusación. Derecho a la defensa y hallazgos científicos en la investigación de los procesos de memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales”. En Revista Jurídica del Ministerio Público N° 56. Septiembre 2013.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. PPU, Barcelona, 1999.

MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal, Parte General (Barcelona, Editorial Reppertor). Santiago, 2005.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal, en El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muniz. Quintero Olivares, Morales Prats (coords.), Arazadi, 2001.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 5º Edición. Barcelona. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LÓPEZ, D., & BERTOT, M. (2012). “El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N°3.

OXMAN VILCHES, NICOLÁS. Libertad sexual y estado de derecho en Chile. Edición Librotecnia.

POLITOF, S., MATUS, J., RAMÍREZ, M. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

POSADA MAYA, RICARDO. "El delito continuado" Revista digital de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N° 3, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. Derecho penal español. Parte especial. Cuarta edición, revisada y puesta al día. España, Ediciones Atelier, 2002.

REPÚBLICA DE CHILE. Código Penal.

REPÚBLICA DE CHILE. Código Procesal Penal.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal. En: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho. Delito, Pena y Proceso, Homenaje a Tito Solari, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

RODRÍGUEZ COLLAO, LUÍS. Delitos Sexuales. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del concepto de abuso sexual. En: EL PENALISTA LIBERAL, Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, propiedad penal y criminología; Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba; FIGUEREIDO DÍAS, Jorge; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ZAFFARONI, Eugenio; GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004.

SANZ MORÁN, ÁNGEL J. (2004): "El concurso de delitos en la reforma penal", en: Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política Criminal y Persona. Argentina, Buenos Aires, Editorial Adhoc S.R.L., 2000.

STIPPEL, Jörg. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal. Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2006.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: El delito continuado en el Código Penal peruano [fecha de consulta: 26 junio 2010]. Disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_16.pdf

WELZEL, HANS. Derecho Penal. Parte General. Traducc. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.