

2. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

VIOLACIÓN

I. CALIFICACIÓN JURÍDICA CONCORDANTE CON PRESUPUESTOS FÁCTICOS ASENTADOS POR EL TRIBUNAL. ACCESO CARNAL CUANDO LA PERSONA SE HALLA PRIVADA DE SENTIDO. EXISTENCIA DE DOLO DIRECTO. II. DETERMINACIÓN DE LA PENA. AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL. IMPUTADO TENÍA CALIDAD DE PROFESOR JEFE AL MOMENTO DE OCURRIR EL DELITO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de violación de mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 361, N° 2, del Código Penal, en grado de ejecución consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad; la Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Concepción*

ROL: *980-2017, de 15 de diciembre de 2017*

PARTES: *Ministerio Público con Hans Salazar Díaz*

MINISTROS: *Sr. Renato Alfonso Campos G., Fiscal Judicial Sra. María Francisca Durán Vergara y Abogado Integrante Sr. Francisco Javier Santibáñez Y.*

DOCTRINA

- De la lectura de la sentencia impugnada se advierte que no existe –al contrario de lo argüido en el recurso– una falsa elección del dispositivo legal aplicable ni tampoco la inaplicación de otro, puesto que la calificación jurídica que realizan los jueces de fondo resulta plenamente concordante con los presupuestos fácticos asentados por el tribunal, el cual concluye que los hechos acreditados en el juicio configuran la modalidad del delito de violación del artículo 361, N° 2, del Código Penal, relativo al acceso carnal vía vaginal, en el caso sublite a una persona mayor de 14 años, cuando se halla privada de sentido, lo que quedó de manifiesto, por cuanto el sujeto activo (acusado), aprovechándose del estado de inconciencia de la víctima (quien se encontraba ebria, durmiendo), le imposibilitó de cual-*

quier forma manifestar su consentimiento en la relación sexual o rechazar el acometimiento sexual del que fue objeto, actuando con dolo directo, el cual se infiere de sus acciones, ya que permitió el consumo de alcohol y marihuana de los alumnos, y, hallándose la víctima privada de sentido por la ingesta excesiva de alcohol, se valió de la incapacidad de ésta para oponerse, consumando de esta manera el acceso carnal (considerando 8° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. *Respecto a la aplicación de la circunstancia especial de determinación de pena establecida en el artículo 368 del Código Penal, la doctrina ha dicho que “una interpretación contextual de la preceptiva que regula los delitos sexuales permite concluir que la circunstancia sólo será aplicable en el caso que el hechor haya abusado de la situación de privilegio en el que se encuentra respecto de la víctima [...] no siendo aplicable esta circunstancia en la hipótesis de violación del artículo 361 N° 1, de estupro del artículo 363 N° 2, de abuso sexual del artículo 366 o 366 bis, cuando el abuso consistiere en el empleo de fuerza física o moral, o en el aprovechamiento de una relación de dependencia” –Luis Rodríguez Collao–. De esta forma, no se divisa de qué manera puede existir una errónea aplicación del derecho al declarar la concurrencia de la mentada circunstancia agravante contemplada en el artículo 368 del Código Penal, pues, como ha quedado asentado, los jueces de fondo establecieron como presupuesto fáctico que el imputado tenía la calidad de profesor jefe del curso de tercero medio del colegio al momento de ocurrir los hechos, y que en tal calidad resultaba el encargado del cuidado de los alumnos. En consecuencia, dándose la hipótesis contemplada en el artículo 368 del Código Penal, y no estando en presencia de aquellos delitos sexuales exceptuados de aplicación, no se divisa violación de norma jurídica alguna, tampoco una aplicación errónea o falsa aplicación, ni una interpretación errónea de la misma, de modo que aparece ajustada a derecho la decisión del tribunal de aplicar al autor la pena asignada al delito con exclusión del grado mínimo (considerando 10° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

Cita online: CL/JUR/8030/2017

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 361, N° 2, y 368 del Código Penal.*

CUESTIONES GENERALES EN TORNO AL DELITO DE ESTUPRO

JAVIER ARÉVALO CUNICH
Universidad de Chile

I. CUESTIONES GENERALES

A partir de la entrada en vigor de la Ley N° 19.617, de 1999, se modificó drásticamente la estructura típica del delito de estupro. Así, de ser una alambicada figura que sancionaba –al menos por la vía interpretativa– el acceso carnal con una doncella de entre 12 y 18 años, interviniendo engaño, pasó a ser una figura con un claro contorno típico. A nuestro juicio, la nueva estructura típica del delito de estupro (art. 363) pretende ser una figura residual de la violación (art. 361). Ello parece desprenderse de la existencia de una conducta típica común (el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal), unos sujetos activos y pasivos comunes (con diferencias en la edad), un régimen de penalidad muy similar (levemente superior de la violación respecto del estupro) y causales (al menos algunas) de menor intensidad, pero conceptualmente similares (p. ej., art. 361, N° 3, con el art. 363, N° 1), que justifican la leve diferencia de penalidad.

Si bien estas modificaciones son en general acertadas, pensamos que subsisten algunas deficiencias típicas. En efecto:

1. La limitación de edad de la víctima, menor de 18 y mayor de 14 años, no es feliz. Así, si el hechor abusa de una relación de dependencia (art. 363, N° 2) respecto de una persona mayor de 18 años y la accede carnalmente por alguna de las vías que señala la ley, no cometerá estupro (por la edad) y tampoco violación (por la causal). Dada la construcción típica del abuso sexual que excluye las conductas de acceso carnal, la conducta descrita restará atípica y, por tanto, impune, lo que puede dejar un segmento significativo de víctimas de ataques sexuales en la indefensión. Piénsese solamente en los casos de abuso de una relación laboral, que normalmente se verificará respecto de personas mayores de 18 años. Sobre el origen de esta deficiencia, todo indica que en lo relativo a la edad de la víctima se siguió la lógica del original delito de estupro, sin reparar en que la estructura típica mutó radicalmente y en que la limitación de edad amplió significativamente el ámbito de la atipicidad objetiva. Bajo la normativa previa a la modificación del año 1999, el abuso laboral perfectamente podría haber cabido en una interpretación amplia de intimidación como causal de la violación; hoy, sin embargo, ello no es posible, pues la ley diferencia típicamente la intimidación (art. 361, N° 1) y el abuso de una relación de dependencia (art. 363, N° 2).

2. La causal del art. 363, N° 4 (abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual, mediando engaño), no es sino una reminiscencia de la estructura típica del delito

de estupro original. Esta causal supone –a nuestro juicio, equivocadamente– que una persona mayor de 14 años y menor de 18 años puede no conocer la naturaleza y efectos del acto sexual al punto de poder ser carnalmente accedida mediante engaño. Aquí ha concurrido un error legislativo importante. Nuevamente se desatendió la nueva estructura típica del delito y se mantuvo (ahora como causal) la lógica del original delito de estupro, que partía del supuesto de la existencia de una víctima marcada por la doncellez.

En suma, existió la voluntad de cambiar radicalmente la estructura típica del delito de estupro, convirtiéndolo –en nuestra opinión– en una figura residual de la violación; sin embargo, esta voluntad quedó a medio camino por la mantención de un régimen de edad muy acotado y una causal (art. 363, N° 4) que nos recuerdan la antigua estructura típica del delito de estupro.

II. SOBRE EL FALLO OBJETO DE ANÁLISIS

A nuestro juicio, el fallo que comentamos se ajusta a derecho y parece acertada la determinación ordenada a rechazar del recurso de nulidad intentado por la defensa. En efecto:

1. Yerra el recurrente cuando afirma que el estado de ebriedad de la víctima, asentado como hecho probado por los jueces de fondo, pueda ser equiparado típicamente a una “... *anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima...*”. Es claro que la causal en comentario (art. 363, N° 1) hace alusión a la existencia de una deficiencia de orden mental, permanente o transitoria. La ingesta de alcohol –u otras sustancias– no da cuenta de una alteración mental de la víctima, sino de una situación de hecho, como la privación de sentido (art. 361, N° 2) que sí puede tener su origen en el consumo de sustancias que alteran la capacidad de percepción y reacción de la víctima. Confirma este planteamiento la parte final del art. 363, N° 1, al señalar que la anomalía o perturbación mental a que alude la causal debe ser de menor intensidad a una situación de enajenación o trastorno *mentales*. El punto alude a la necesaria existencia de una alteración mental, no a un *mero estado* provocado por agentes externos. Se trata de algo menos intenso a una enajenación o trastorno; sin embargo, debe existir una deficiencia de orden mental. En suma, acreditado el estado de ebriedad de la víctima, estamos en presencia de una privación de sentido, y no frente a una anomalía o perturbación mental. Si la víctima se encuentra en estado de ebriedad y dormida y es accedida carnalmente, hay violación (art. 361, N° 2), no estupro (art. 363, N° 1).

2. Hecha la determinación del correcto encuadre típico de la conducta en análisis, la precisión de si concurre a no la situación de agravación contemplada en el art. 368, inc. 1°, no ofrece mayores dificultades. En efecto, acreditado como hecho de la causa que el agente estaba al cuidado de la menor afectada, sólo resta determinar si la concreta situación cabe o no dentro de las excepciones contempla-

das por la ley, esto es, delitos cometidos con fuerza o intimidación, abuso de una relación de dependencia de la víctima o abuso de autoridad o confianza. Ninguna de estas excepciones hace alusión a la situación de privación de sentido a que se refiere el art. 361, N° 2, razón por la cual su aplicación debió ser rechazada, como efectivamente ocurrió.

3. Dicho lo anterior respecto de lo resolutivo del fallo, nos detendremos en una afirmación contenida en el fallo que venimos comentando que, a nuestro juicio, no es correcta. De acuerdo a lo señalado en el acápite octavo del fallo, se expresó que el acusado actuó con dolo directo, “... *el cual se infiere de sus acciones, ya que permitió el consumo de alcohol y marihuana de los alumnos, y hallándose la víctima privada de sentido por la ingesta excesiva de alcohol, se valió de la incapacidad de ésta para oponerse, consumando de esta manera el acceso carnal*”. Concordamos con el fallo en el sentido de que el querer, propio del dolo directo, como posición anímica frente a la realización del tipo objetivo, puede ser inferido de hechos anteriores, coetáneos y aun posteriores al hecho delictivo. Sin embargo, en el caso en concreto, no aparecen elementos de juicio que permitan inferir la presencia de dolo de violación (directo) a partir del hecho que el sujeto activo permitiera la ingesta de alcohol de parte de los jóvenes a su cargo. Esta conducta puede ser calificada como impertinente, irresponsable o inadecuada, mas no como un elemento en el que, sin más, pueda afincarse la concurrencia de dolo directo. El dolo directo supone el conocimiento de los elementos del tipo objetivo acompañado de un propósito de realización. Que el agente haya permitido la ingesta de sustancias nocivas nada tiene que ver con el dolo de violación, a menos de acreditarse –lo que no ocurre– que el agente haya visualizado que permitir esta ingesta sería el medio para facilitar su designio criminal, materializado en una agresión sexual. Es decir, que este permiso de consumo formara parte de su plan de ejecución. Ello no aparece de manifiesto a partir de la narración de los hechos. El dolo en este caso no corresponde sino al conocimiento de parte del agente del tipo de prohibición y a su propósito de realización. Si ello se acredita, se satisfacen los requerimientos del tipo subjetivo. Una actividad anterior al hecho –inadecuada–, como permitir la ingesta de alcohol a menores de edad, no puede ser prueba del dolo sino en tanto se acredite que tal permiso formaba parte del plan delictivo. Del tenor de lo resuelto, ello no se visualiza.

CORTE DE APELACIONES:

Concepción, quince de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO:

En esta causa Ruc N° 1301231281-9, Rit N° O-146-2017 del ingreso del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los

Ángeles, rol corte N° 9802017, se ha interpuesto recurso de nulidad por el abogado Renato Zegpi Jiménez en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal antes señalado el 16 de octubre de 2017, por medio de la cual –en voto unánime– se condenó a su representado,

don Hans Segundo Salazar Díaz, como autor del delito de violación de mayor de 14 años, previsto y sancionado en el artículo 361, N° 2, del Código Penal, en grado de ejecución consumado, hecho cometido en perjuicio de la víctima de iniciales M.C.M.B., a objeto de que esta Corte de Apelaciones, conociendo del presente recurso, lo acoja y declare, en consecuencia, la nulidad de la sentencia definitiva y del juicio oral.

El recurso se fundamenta en que el tribunal, al dictar la sentencia definitiva, habría incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra b), del Código Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

El recurso fue declarado admisible y se procedió a su vista el 27 de noviembre recién pasado. La causa quedó en acuerdo, fijándose para la lectura de fallo la audiencia del día de hoy.

CONSIDERANDO:

1.- Que el abogado don Renato Zepi Jiménez ha deducido recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, fundado en la causal prevista en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal.

Para fundamentar la causal invocada, en el recurso se afirma que los sentenciadores del grado incurrieron en una errada aplicación del derecho que influye en lo dispositivo del fallo, al calificar los hechos sentados en la sentencia como constitutivos del delito de violación propia, en grado de consu-

mado, en lugar de calificarlos correctamente como constitutivos de delito de estupro, según el artículo 363, N° 1, en grado de consumado.

La errada calificación jurídica alegada por el recurrente se sustenta en la circunstancia de que –en este caso– estamos en presencia de una anomalía o perturbación mental de la víctima no constitutiva de una incapacidad de autodeterminación, como lo exige la hipótesis prevista en el artículo 361, N° 2, del Código Penal, por lo que se trataría de un supuesto menos grave que la circunstancia correlativa del delito de violación por el que se terminó condenando a su representado. Añade que, para estos efectos, debemos entender por perturbación mental la alteración de las facultades mentales, respecto de cuyas deficiencias, el tipo exige que –como mínimo– sean transitorias, es decir, pasajeras o temporales, pero en este caso nos encontraríamos –al momento de ocurrir los hechos– ante la existencia de condiciones mentales en las cuales las facultades de entendimiento y dominio de sus actos por parte de la víctima no aparecen enteramente ausentes, ni siquiera temporalmente, a lo más disminuidas, lo que se corrobora con el hecho que la propia víctima en su relato hace una completa descripción de imágenes detalladas, sensaciones e incluso respecto de quien la acompañaba en la carpa –al ser interrogada por el Ministerio Público– refiere una serie de detalles bastante específicos para una persona supuestamente inconsciente y privada de sus sentidos, pues recuerda horarios estimativos, describe rasgos

anatómicos e incluso efectúa razonamientos lógicos. Añade que de los distintos testimonios –incluyendo el de la víctima– se acredita una ingesta de alcohol, pues el testigo que la acompaña a la carpa declara en juicio que “ella estaba consciente de ir a la carpa, pero luego vomitaba y llamaba Nico al profesor”, lo que da cuenta de que ella no estaba dormida ni inconsciente, sino que con sus capacidades cognitivas de percepción solamente alteradas.

Se consigna en el recurso, además, que no existió corroboración probatoria de la ingesta alcohólica de la víctima, pues no fue rendida en juicio ninguna prueba técnica al respecto, ni tampoco fue incorporado durante la audiencia de juicio el registro del examen correspondiente de alcoholemia, por el cual el Ministerio Público debía acreditar –más allá de la propia declaración de la víctima y testigos– la circunstancia de inconsciencia, pues los testigos pueden dar cuenta de las facultades transitorias alteradas, pero en ningún caso podría el tribunal haber llegado a la convicción, como asevera, que esas facultades estaban más que alteradas, sin que existan pruebas irrefutables del estado mental de la víctima al momento de ocurrencia de los hechos. Precisa que se debe tener presente el hecho de que la víctima durmió seis horas aproximadamente, lo que demuestra que tuvo tiempo más que suficiente para recuperar cualquier tipo de disminución en sus facultades de percepción, circunstancia que es corroborada por la declaración de su amiga de nombre Valeria, quien sostuvo

en estrado que la víctima no bebió en exceso.

Agrega que la circunstancia de no haberse corroborado de manera idónea la inconsciencia de la víctima por el Ministerio Público, impide que se genere la convicción de la falta de consentimiento de la misma, convicción a la que –erradamente, según el recurrente– se arriba en el considerando undécimo de la sentencia, donde se da por acreditada la versión de la víctima, al estar corroborada por la declaración del perito Wlafganq Alexis Schmith Díaz, y por la del perito sicólogo Alejandro Espinoza Díaz, razonamiento que no se condice con la circunstancia de que la víctima se negó a relatar los hechos al médico legista, pues fue la madre quien le informa a dicho profesional que su hija había sido violada. La conclusión del tribunal resulta aún más errada –de acuerdo al recurrente– si se tiene presente que el informe del médico legista señala que la víctima no presentaba lesiones, lo que permitiría inferir que la relación sexual fue consentida, versión que su representado mantuvo desde el primer momento, sin dejar de hacer presente que en el informe médico se incurriría también en una contradicción, pues constata, en una primera parte, que del examen genital se desprende una desfloración reciente, compatible con agresión sexual reciente, pero luego constata también que no hubo marcas de dicha violación, pues no existe constancia de rasguños, moretones en las piernas o muslos.

Sin perjuicio de lo anterior, el recurrente alega que el error más evidente en

el que incurre el tribunal al efectuar la calificación jurídica de los hechos es que ignora absolutamente las referencias que la propia víctima hace de un joven llamado Nicolás Martínez, quien participaba del paseo, y con quien la propia víctima se vincula sentimentalmente, de modo que es perfectamente posible que con el sopor del despertar luego de una noche de alcohol haya consentido en la relación sexual, pero confundiendo de quién tenía a su lado, y en ese contexto el profesor —es decir, su representado— aprovechó la circunstancia para intimar con la menor.

De esta manera, cuando el tribunal concluye que existió por parte del imputado un “aprovechamiento del estado de inconsciencia de la víctima por el consumo de alcohol y del sueño [...]”, yerra en la calificación jurídica de tales hechos, dado que, no habiendo certeza probatoria respecto al grado de alcohol en la sangre de la joven al momento en que se perpetraron los hechos, y siendo de tal relevancia dicha circunstancia para determinar la calificación jurídica del tipo penal, ante la duda debe primar el principio de presunción de inocencia de su defendido, por lo que debe ser absuelto del delito de violación, debiendo ser castigado por el delito de estupro.

Concluye en esta parte el recurrente sosteniendo que, de no haberse producido la infracción por errónea aplicación del derecho, es decir, de haberse aplicado correctamente la ley en la forma que se ha señalado precedentemente, necesariamente se habría tenido que concluir, por parte del tribunal, que

los hechos descritos en la acusación del Ministerio Público no son constitutivos del delito de violación, previsto y sancionado en el artículo 361, N° 2, del Código Penal, en grado de consumado, sino que el delito de estupro previsto y sancionado en el artículo 363, N° 1, en grado de consumado.

2.- Que, en segundo lugar, el recurrente hace consistir la causal de nulidad invocada de errada aplicación del derecho, en cuanto se ha aplicado por el tribunal la agravante especial contenida en el artículo 368 del Código Penal, aplicación que se concreta en el considerando vigésimo octavo de la sentencia, donde se deja constancia de que concurre tal circunstancia especial de determinación de la pena por cuanto el delito fue cometido por quien se desempeñaba como profesor jefe del curso de tercero medio del colegio Liceo Miguel Ángel Cerda Leiva, y en tal calidad resultaba el encargado del cuidado de los alumnos durante el paseo de tal curso.

Sostiene el recurrente que la sentencia impugnada incurriría en una contradicción, pues señala —en su considerando vigésimo sexto— que, a pesar de que la víctima se encontraba bajo la custodia del agresor por ser su profesor, dicha circunstancia no fue la determinante en la ejecución del acto de connotación sexual por parte del acusado, y, sin embargo, luego —en el considerando vigésimo octavo— termina aplicando dicha circunstancia sin dar razones de su decisión, y sin salvar la contradicción de considerar irrelevante en la ejecución del delito su calidad de supuesto docente, y sin respaldo en

ninguna prueba que pudiera acreditar la calidad de profesor y licenciado en educación, y tampoco la circunstancia de que los alumnos estaban a su cargo durante el ya referido paseo de fin de año.

Por el contrario, a juicio del recurrente, la agravante especial del artículo 368 del Código Penal no sería procedente en la especie, ya que no se cumplen las exigencias de dicha norma, en cuanto ella señala que se aplican a las personas que allí se indican siempre que tengan a su cargo la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, lo que en la especie no ocurre, puesto que el acusado estuvo temporalmente a cargo de la víctima –adolescente de 17 años–, atendida la ausencia por permiso de la docente titular.

De haberse aplicado correctamente la ley en la valoración de la procedencia de la agravante en cuestión, en la forma que razona el recurrente, necesariamente se habría tenido que concluir por parte del tribunal que, respecto de los hechos descritos en la acusación del Ministerio Público, aunque hubieran sido constitutivos del delito de violación propia, no les resultaba aplicables la circunstancia agravante ya referida, debiendo en consecuencia modificarse el punto de partida de la penalidad, de manera que se ha causado un agravio a su representado, pues le fue aplicada a una pena considerablemente más gravosa de aquella que en derecho correspondía, impidiéndole de esta forma la posibilidad de optar a alguna de las penas sustitutiva establecidas en la Ley N° 18.216.

3.- Que, como se ha señalado por la doctrina, la causal de nulidad invocada en el presente recurso, esto es, la causal genérica contemplada en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, a través de ella “únicamente pueden denunciarse errores *in indicando*, es decir, vicios cometidos en el juicio jurídico del juzgador en la sentencia, sea en la interpretación de la ley, en la subsunción jurídica o en la determinación de los hechos”, agregándose por la misma doctrina que el citado artículo 373, letra b), establece que procederá la declaración de nulidad de la sentencia cuando, “en el pronunciamiento de ésta, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo” (Cortez, Gonzalo; “El recurso de nulidad”, pp. 170-171).

4.- Que, precisando el ámbito de aplicación de esta causal, la jurisprudencia ha expuesto que hay tres maneras de infringir la norma jurídica: por violación, por aplicación errónea o falsa aplicación, y por interpretación errónea. En cuanto a la contravención traducida en la violación, que es la invocada en el recurso, ésta es una figura genérica que abarca un aspecto positivo, violación propiamente dicha, es decir, falsa elección del dispositivo legal aplicable, y otro negativo, su inaplicación. Por otro lado, y respecto de la aplicación errónea, ella ocurre cuando –pese haber elegido bien la norma– se la utiliza mal y por consiguiente se extrae de ella una conclusión falsa, y en lo relativo a la interpretación errónea, se produce cuando, no obstante haberse elegido

la norma adecuada, se le da un sentido equivocado, haciendo derivar de ella consecuencias que no resultan de su contenido, es decir, hay un déficit sobre su contenido.

5.- Que, asimismo, es necesario recordar que el recurso de nulidad, en materia criminal, entre otras características, presenta la de ser de derecho estricto, en virtud de lo cual no se permite alterar los hechos determinados soberanamente por los jueces del fondo, de modo que no se torna posible desconocer los elementos fácticos y los hechos que tales sentenciadores han dado por establecidos en el fallo que se impugna. Bajo este prisma, la revisión de la sentencia por parte de enjuiciadores que no han asistido al juicio, y que toman conocimiento de él a través de actas o audios, debe centrarse en comprobar que los sentenciadores han realizado la precisa actividad probatoria para justificar las afirmaciones que se contienen en el fallo, debiendo examinar que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitieron la respectiva ponderación de las pruebas, con los cuales los hechos asentados pasan a ser inamovibles.

6.- Que, así las cosas, respecto de la primera alegación de la defensa, en cuanto a que ha existido una errónea aplicación de la hipótesis contemplada en artículo 361, N° 2, del Código Penal, al no haberse acreditado la ausencia de voluntad la víctima producto de un supuesto estado de inconsciencia, incurriéndose con ello en una errada apreciación de los hechos por parte del Tribunal Oral en lo Penal de Los Án-

geles, corresponde desestimarla, como se dirá, puesto que escapan del alcance de la causal invocada de acuerdo a los hechos inamovibles establecidos en la sentencia del grado.

7.- Que, en efecto, el Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, después de ponderar las pruebas rendidas por los intervinientes con arreglo a las normas contenidas en el artículo 297 del Código antes citado, y previa deliberación, estableció como presupuesto fáctico el estado de inconsciencia de la víctima, el cual lo entiende acreditado con la declaración de la víctima, corroborada con la declaración de los testigos y peritos. En efecto, en su considerando séptimo, la sentencia fija como hechos probados que el día 15 de diciembre de 2013, en horas de la mañana en una carpa que se encontraba ubicada en un sitio del *camping* Roccajoma, ubicado en el sector Salto del Laja de la comuna de Cabrero, Hans Segundo Salazar Díaz, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima, en su calidad de profesor y encargado del cuidado de la menor de iniciales M.C.M.B., fecha de nacimiento 8 de agosto de 1996, procedió a realizar actos de relevancia y significación sexual en contra de esta víctima, actos consistentes en tocar con sus manos a la menor para luego proceder a accederla carnalmente introduciendo su pene en la vagina de la menor". El mismo razonamiento se contiene en el considerando décimo séptimo de la sentencia impugnada, donde se deja establecido —nuevamente como un hecho de la causa— que Hans Segundo Salazar Díaz, aprovechando

el estado de inconciencia de la víctima, en su calidad de profesor y encargado del cuidado de la menor de iniciales M.C.M.B., realizó actos de relevancia y significación sexual.

Que, en este punto, debe también descartarse la denuncia que se contiene en el recurso, en orden a que respecto de un mismo hecho se acusó por dos delitos distintos, pues tal como lo deja establecido la sentencia impugnada – en su considerando vigésimo sexto– tal circunstancia fue aclarada por el Ministerio Público, aclaró tal circunstancia, indicando que la petición de condena por el delito de estupro era subsidiaria de la petición principal, por lo que la sentencia efectúa la calificación jurídica de un solo hecho.

8.- Que, de la forma expuesta, estos hechos son inamovibles para este tribunal de nulidad, de manera que la pretensión del recurrente, en orden a que se deje establecido en esta instancia un presupuesto fáctico distinto, esto es, que al momento de ocurrir el acceso carnal no existía un estado de inconciencia en la víctima, claramente escapa del ámbito de aplicación de la causal invocada, la que, como ya dijimos, tiene por objeto controlar la debida aplicación de la norma jurídica a los hechos fijados soberanamente por los jueces del fondo. En la perspectiva anterior, se debe dejar establecido que de la lectura de la sentencia impugnada se advierte que no existe –al contrario de lo argüido en el recurso– una falsa elección del dispositivo legal aplicable ni tampoco la inaplicación de otro, puesto que la calificación jurídica que realizan

los jueces de fondo resulta plenamente concordante con los presupuestos fácticos asentados por el tribunal, el cual, en los considerando vigésimo primero y vigésimo séptimo de la sentencia impugnada, concluye que los hechos acreditados en el juicio configuran la modalidad del delito de violación del artículo 361, N° 2, del Código Penal, relativo al acceso carnal vía vaginal, en el caso *sub lite* a una persona mayor de 14 años, cuando se halla privada de sentido, lo que quedó de manifiesto, por cuanto el sujeto activo (acusado), aprovechándose del estado de inconciencia de la víctima (quien se encontraba ebria, durmiendo), le imposibilitó de cualquier forma manifestar su consentimiento en la relación sexual o rechazar el acometimiento sexual del que fue objeto, actuando con dolo directo, el cual se infiere de sus acciones, ya que permitió el consumo de alcohol y marihuana de los alumnos, y, hallándose la víctima privada de sentido por la ingesta excesiva de alcohol, se valió de la incapacidad de ésta para oponerse, consumando de esta manera el acceso carnal.

9.- Que, en cuanto a la segunda alegación formulada en el recurso, en orden a que se incurre en una errónea aplicación del derecho en la sentencia, al aplicar la circunstancia especial de determinación de pena establecida en el artículo 368 del Código Penal, lo que sería jurídicamente improcedente a juicio del recurrente, puesto que no se habría acreditado en juicio la calidad de profesor jefe de su representado y de la circunstancia de encontrarse éste a cargo de los alumnos, siendo incluso

contradictoria en este punto la sentencia impugnada, ya que en un primer momento descarta tal circunstancia para configurar el delito, pero luego la aplica para los efectos de la determinación de la pena, lo que resulta gravoso para su defendido.

10.- Que se debe dejar asentado, tal como lo ha dicho la doctrina, que “una interpretación contextual de la preceptiva que regula los delitos sexuales permite concluir que la circunstancia sólo será aplicable en el caso que el hechor haya abusado de la situación de privilegio en el que se encuentra respecto de la víctima [...] no siendo aplicable esta circunstancia en la hipótesis de violación del artículo 361 N° 1, de estupro del artículo 363 N° 2, de abuso sexual de los artículos 366 o 366 bis cuando el abuso consistiere en el empleo de fuerza física o moral, o en el aprovechamiento de una relación de dependencia” (Luis Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*, p. 282). Por otra parte, debe tenerse presente que la pena asignada al delito de violación, conforme lo dispuesto en el artículo 361, N° 2, del Código Penal, es la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, considerando que el grado de ejecución del delito es consumado, todo ello conforme lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal, tal como se deja constancia en el considerando vigésimo noveno de la sentencia.

De esta forma, no se divisa de qué manera puede existir una errónea aplicación del derecho al declarar la concurrencia de la mentada circunstancia

agravante contemplada en el artículo 368 del Código Penal, pues, como ha quedado ya asentado, los jueces de fondo establecieron como presupuesto fáctico que el imputado tenía la calidad de profesor jefe del curso de tercero medio del colegio Liceo Miguel Ángel Cerda Leiva al momento de ocurrir los hechos, y que en tal calidad resultaba el encargado del cuidado de los alumnos, presupuesto que, tal como se razonó respecto de la alegación anterior, no puede ser modificado o alterado por este tribunal de nulidad.

En consecuencia, dándose la hipótesis contemplada en el artículo 368 del Código Penal, y no estando en presencia de aquellos delitos sexuales exceptuados de aplicación, no se divisa violación de norma jurídica alguna, tampoco una aplicación errónea o falsa aplicación, ni una interpretación errónea de la misma, de modo que aparece ajustada a derecho la decisión del tribunal de aplicar al autor la pena asignada al delito con exclusión del grado mínimo.

11.- Que, de acuerdo a lo expresado y lo relacionado, se concluye que la sentencia recurrida de nulidad no adolece del vicio de ilegalidad de haber incurrido en errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual no se acogerá el recurso deducido por la defensa de Hans Salazar Díaz.

Por estas consideraciones, normas legales citadas y en conformidad con lo dispuesto en los artículos 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto en

contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles de dieciséis de octubre del año en curso, la que, en consecuencia, no es nula.

Léase en la audiencia del día de hoy e insértese en el acta correspondiente.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Abogado Integrante Francisco Santibáñez Yáñez.

No firma la Fiscal Judicial Sra. María Francisca Durán Vergara, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse con feriado legal.

Pronunciado por la Tercera Sala de la C. A. de Concepción integrada por Ministro Renato Alfonso Campos G. y Abogado Integrante Francisco Javier Santibáñez Y.

Rol N° 980-2017.