

**Talca, dieciocho de mayo de dos mil veintiuno.**

**VISTO, OÍDO LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el abogado defensor penal público don Francisco Javier Flores Whipple, en representación del imputado don Julio Andrés Araya Miranda, en proceso seguido por los delitos de Homicidio calificado y Abuso Sexual agravado, interpone recurso de nulidad en contra sentencia definitiva dictada con fecha veintiocho de marzo de dos mil veintiuno, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, en causa rit 40-2020 que condenó a su representado a las penas de Veinte años de Presidio Mayor en su grado Máximo, más las accesorias que se indican, como autor del delito consumado de homicidio calificado, descrito y sancionado en el artículo 391 circunstancia cuarta del Código Penal, cometido en la persona de Nancy de las Mercedes Muñoz Villalobos el día 17 de noviembre del año 2018 y, a la pena de Diez años y un día de Presidio Mayor en su grado Mínimo, más las accesorias que se indican, como autor del delito consumado de abuso sexual agravado tipificado y castigado en el artículo 365 bis N° 1 en relación con el artículo 361, ambos del Código Penal, cometido en la persona de Nancy de las Mercedes Muñoz Villalobos el día 17 de noviembre del año 2018; ambos delitos ocurridos en el sector de Semillero de la comuna de Yerbos Buenas, invocando como causal de invalidación la contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

**SEGUNDO:** Que inicia su recurso, reproduciendo los hechos que los jueces dieron por probado, como se lee en el motivo noveno de la sentencia, argumentando que los sentenciadores yerran en el momento de aplicar el derecho a los hechos, en el sentido que la conducta desplegada por el agente es coincidente con la figura típica del delito establecido en el artículo 391 número cuarto del Código Penal, en el plano fáctico, precisamente en lo que dice con la relación de causalidad, elemento del tipo objetivo de todo delito de resultado, como es en el caso de marras hay una relación de causalidad inherente en la conducta desplegada por el agente sobre la víctima con el resultado final, ya que en este caso la introducción reiterada de un madero de 84 centímetros de largo, de 4 centímetros de diámetro en su parte más delgada y de 8 centímetros de diámetro en su parte más ancha vía anal y vaginal, generando un politraumatismo grave en su zona anal y genital, es condición necesaria para la generación del resultado posterior fatal de la víctima; agrega que si se suprimiera hipotéticamente el ataque sexual sobre la víctima, desaparecería el resultado, a lo menos de homicidio calificado por ensañamiento, aduciendo que ese punto es donde los sentenciadores yerran en la aplicación del derecho, siendo el eje central del vicio del artículo 373 letra B, 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”.



Continúa diciendo que el error derecho ocurre al considerar que la conducta desplegada por el agente es constitutiva de dos delitos, expresando que la sola introducción de un objeto de grandes dimensiones vía anal y vaginalmente, no satisface por sí mismo la tipicidad requerida para la configuración del delito de abuso sexual agravado previsto en el artículo 365 Bis N°1 del Código Penal, remitiéndose a la opinión de los autores Politoff/Matus/Ramírez, “cuando la norma se refiere a objetos no puede comprenderse las partes o miembros del cuerpo, sino que debe ser un elemento externo que debe introducirse por cualquiera de las vías que se señalan en el artículo 365 bis. También es necesario que la introducción de dichos objetos contenga la significación sexual de relevancia que se exige para todos los abusos sexuales, acompañada del correspondiente ánimo libidinoso por parte del agente” (Balmaceda, Gustavo; “Manual Derecho Penal Parte Especial”; Primera Edición; 2014; Editorial Librotecnia; pp. 2010 y 2011).”.

**TERCERO:** Que la defensa difiere del razonamiento de los sentenciadores, al dar por acreditado el delito de abuso sexual agravado, precisamente por el espíritu que se contempla en el precepto, no cualquier introducción de un objeto, por sí mismo configura el tipo, también se requiere, un elemento subjetivo especial como es el ánimo libidinoso, del cual prescinden los sentenciadores en cuanto a los presupuestos fácticos que tiene por acreditado, lo que es contrario a las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados ante la conducta desplegada: “el agente repitió con violencia esa maniobra de introducción y provocó con ello a la víctima un acentuadísimo e incapacitante dolor y un traumatismo genital y anal que le generó una anemia aguda y, a causa de ello, la muerte”, recordando que la médico legista señora Bustos Baquerizo, señaló, entre otras cosas, “que a nivel genital y anal había en el cadáver un trauma con múltiples desgarros, profundos todos ellos, con compromiso de la estructura regional, incluso de musculatura, con grandes hematomas; que la penetración del elemento debió ser cercana o a lo menos de 10 centímetros, porque el cuello uterino que se ve en las fotografías de la autopsia, tiene hemorragia también, por lo que también fue alcanzado por este elemento que se introdujo repetidamente en esa cavidad; que, a su juicio, las introducciones debieron ser efectuadas de manera repetida, sucesiva, y seguramente con extracción parcial y luego reincorporación del elemento”, agregando que la conducta descrita por la perito Vivian Bustos, excede cualquier subsunción que se pueda realizar respecto de la figura típica, no logrando advertir por parte de los sentenciadores como el tipo subjetivo requerido por el artículo 365 Bis del Código Penal se ve satisfecho, cuando a la luz de la prueba de los hechos acreditados, de la forma comisiva del hecho, utilizando un madero de 84 centímetros de largo de 8 centímetros de diámetro en su parte más ancha, pudiera tener un ánimo libidinoso, diciendo que bajo el prisma de las máximas experiencias



y los conocimientos científicamente afianzados, solo se logra desprender un dolo distinto del requerido por el artículo 365 Bis, el cual es coincidente con un dolo homicida, compartiendo la prevención del magistrado Mauricio Leyton Salas, cuando sostiene que “sin perjuicio de entender que las lesiones provocadas por el autor durante la mañana de ese día 17 de noviembre que afectaron el ano y vagina de la víctima pudieran completar típicamente el delito de abuso sexual agravado, fue de opinión de que en el caso analizado fueron actos desplegados por el acusado encaminados exclusivamente a provocar dolor y sufrimiento en la consumación de un delito de homicidio calificado por ensañamiento. En consecuencia, estaba sólo por condenarlo por este último delito”.

**CUARTO:** Que insistiendo en sus predicamentos argumenta que se infringe uno de los principios rectores del derecho penal el "non bis in idem", ya que precisamente por los mismos hechos en cuanto a la introducción de un objeto contundente reiteradamente vía anal y vaginalmente en el cuerpo de la víctima, fundan la calificante de ensañamiento inherente al delito de homicidio calificado, así como también fundan la existencia del delito de abuso sexual agravado, y como ya lo advirtió, la acción descrita no es constitutiva del artículo 365 Bis N°1, más bien es concordante con lo ya indicado en cuanto a la definición de ensañamiento, por tanto los hechos consignados solo son subsumibles en la figura del homicidio calificado por ensañamiento del artículo 391 N°4, y como lo ha dicho la doctrina sobre el ensañamiento, “autorizadamente se ha considerado como “el aumento del dolor al que se refiere esta calificante requiere de, como indica la doctrina, condiciones tanto objetivas como subjetivas. En primer lugar, el dolor debe aumentarse de tal forma que alcance, de forma objetiva, la calidad de inhumano, suponiendo así un nivel de crueldad en la comisión que aumenta considerablemente la reprochabilidad de la conducta homicida del agente. Dicha valoración, de orden socio-cultural, deberá ser realizada por el juez, tomando en consideración las circunstancias concretas en las que se produjo el hecho. En segundo lugar, el segundo aspecto —de orden subjetivo— se manifiesta en el empleo de la palabra “deliberada”. Dicho término implica que no basta con la sola ocurrencia fortuita de una condición que aumente el dolor en forma extrema, o que ésta se deba a la impericia del autor al momento de ejecutar el acto. El aumento del dolor, por tanto, debe ser pretendido por el sujeto activo, sabiendo y queriéndolo, cuando ejecuta la acción homicida” (Balmaceda, Gustavo; “Manual Derecho Penal Parte Especial”; Primera Edición; 2014; Editorial Librotecnia; pp. 34 y 35)”.

Prosigue señalando, que entre ambos delitos existe una relación de medio a



fin, donde la figura del artículo 365 Bis N°1 fue el medio por el cual se tuvo como resultado la muerte de la víctima por la figura típica del homicidio calificado en su calificante número cuarta, es decir, por el ensañamiento, aduciendo que en la práctica existió un verdadero concurso aparente de leyes penales, citando al profesor y supremo Cury: "Hay un concurso aparente de leyes penales cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas" (Cury, Derecho Penal parte general, editorial Universidad Católica de Chile, página 667), luego acota que hay concurso aparente de leyes penales, cuando un hecho parece captar dos o más tipos penales, pero, sólo será sancionado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados y que la resolución de los concursos aparentes no es una cuestión en si misma de concursos, es de hermenéutica, no siendo pacífica la doctrina en establecer cuáles o cuántos son los principios de interpretación para resolver un concurso aparente de leyes penales, pudiendo determinarse en este caso, que el concurso aparente entre el homicidio calificado por ensañamiento y el delito de abuso sexual agravado, debe ser resuelto bajo el prisma del principio de consunción, en virtud del cual un hecho parece ser captado por dos o más tipos penales, pero el disvalor de acción que implica en este caso la ejecución del delito de homicidio calificado por ensañamiento, contiene el de la acción del delito de abuso sexual agravado, en este caso el primero consume o absorbe a éste, desplazando la figura de este segundo delito. Arguye que en este caso particular, solo se le debió aplicar la pena por el delito de homicidio calificado, imponiéndose una pena mayor a la que en derecho correspondía.

En relación al perjuicio que le genera la sentencia a su defendido, radica en que se le castigó por dos delitos, cuando solo debió sancionarse por el delito de Homicidio calificado por ensañamiento del artículo 391 N°4 del Código Penal, debiendo ser absuelto por el delito de Abuso sexual agravado previsto y sancionado en el artículo 365 Bis N°1 del mismo cuerpo legal, recabando que en la sentencia de reemplazo se condena a Araya Miranda a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de homicidio calificado.

**QUINTO:** Que cuestiona el recurrente, el razonamiento utilizado en el apartado undécimo, por los jueces de mayoría, que se tradujo en condenar al acusado, por dos delitos cuando debió sancionarse solo por el delito de homicidio



calificado, al haber subsumido éste al delito de abuso sexual del artículo 365 bis del código punitivo.

En la mencionada reflexión, que tiene como correlato los dos motivos que le preceden, se expresa que los presupuestos fácticos consignados en el considerando noveno son constitutivos de los delitos consumados de homicidio calificado por el ensañamiento, descrito y sancionado en el artículo 391 N° 1 circunstancia cuarta, y de abuso sexual agravado, tipificado y castigado en el artículo 365 bis N° 1 en relación con el artículo 361, todas normas del Código Penal, al establecerse “legalmente que un hombre inició una relación amorosa con una mujer y, tras invitarla al efecto, ambos acordaron reunirse en el domicilio del primero, lugar en que agredió y golpeó a la mujer, quien en ese momento se encontraba consciente, causándole múltiples lesiones en la cabeza, extremidades y tórax, logrando así generar dolor en la ofendida y disminuir sus posibilidades de defensa, contexto en que el agresor introdujo en la vagina y ano de la víctima un trozo de madera de 84 centímetros de largo, 4 centímetros de ancho en su parte central y 8 centímetros de ancho en su extremo más voluminoso. A continuación, el atacante procedió a reiterar con violencia dicho ataque, provocando con ello a la víctima un acentuadísimo e incapacitante dolor y un traumatismo genital y anal que le generó una anemia aguda, misma que comprometió su conciencia y que, minutos después, le causó la muerte.”.

Los jueces dividen la dinámica delictiva acreditada jurídicamente en tres partes. “En la primera, el agente, por la fuerza, agrede y golpea a la víctima, generándole dolor y disminuyendo sus posibilidades de defensa”, destacando lo que expone la legista Bustos Baquerizo: (...) las fracturas costales vitales que verificó en la occisa, que situó temporalmente, por la importante infiltración sanguínea que constató a causa de ellas, antes de la lesión génito anal masiva, limitan la actividad respiratoria, generan restricción ventilatoria ya que limitan, por ejemplo, una inhalación intensa y también gritar.” Luego sostienen que “Estando la ofendida en esas condiciones menoscabadas a raíz de la fuerza que se le aplicó, el hechor procede a introducir en su vagina y ano un madero de 84 centímetros de largo, 4 centímetros de ancho en su parte central y 8 centímetros de ancho en su extremo más voluminoso”, lo que para los sentenciadores constituye, una acción sexual en los términos del artículo 366 ter del Código Penal, al introducirle “(...) en la vagina y ano de un elemento contundente de forma cilíndrica (se le describió como un mango de herramienta) y de importantes dimensiones relativas, a lo que debe sumarse el contexto en que ello ocurrió (...) se materializó en un dormitorio de la residencia del agresor y principalmente sobre una cama”, agregando que lo exigible (...) no es que el autor del delito haya actuado efectivamente bajo el impulso de esta motivación [deshonesta o inmoral], o con la intención de que la víctima experimente algún grado de satisfacción o desahogo sexual, lo que



realmente interesa es que el acto sea de aquellos que los seres humanos (o una porción de éstos) generalmente realizan motivados por el instinto sexual” , estimando su relevancia al vulnerar radicalmente la indemnidad sexual de la afectada.

A continuación dicen que se estableció que el hechor “ repitió con violencia esa maniobra de introducción y provocó con ello a la víctima un acentuadísimo e incapacitante dolor y un traumatismo genital y anal que le generó una anemia aguda y, a causa de ello, la muerte”, recordando que la médico legista señora Bustos Baquerizo, señaló “(...) que a nivel genital y anal había en el cadáver un trauma con múltiples desgarros, profundos todos ellos, con compromiso de la estructura regional, incluso de musculatura, con grandes hematomas; que la penetración del elemento debió ser cercana o a lo menos de 10 centímetros, porque el cuello uterino que se ve en las fotografías de la autopsia, tiene hemorragia también, por lo que también fue alcanzado por este elemento que se introdujo repetidamente en esa cavidad; que a su juicio, las introducciones debieron ser efectuadas de manera repetida, sucesiva, y seguramente con extracción parcial y luego reincorporación del elemento, porque en la piel que rodea el área hay sólo dos marcas exteriores de que la punta de elemento chocó con el muslo sin alcanzar la zona genital y anal; que se trata de introducciones separadas a la vagina y el ano porque se visualiza que el tabique entre el ano y vagina está conservado, por ello se introdujo el elemento más de una vez en la zona vaginal y en el ano ya que, por la cantidad de desgarros, permite considera que también se le introdujo el elemento más de una vez; y que el sangrado que se produjo por ello en la zona fue evidente desde la producción de las lesiones.(...)”, concluyendo que el agente, al comenzar a repetir aquella primera introducción vaginal y anal del elemento contundente y generar con ello las evidentes y brutales lesiones recién descritas, así como un profuso y visible sangrado, no pudo sino saber que causaba lesiones mortales a la afectada y querer lograr dicho objetivo, diciendo que obró con dolo directo de matar, configurándose así objetiva y subjetivamente el delito de homicidio, mismo que en definitiva se consumó al provocar el deceso de la víctima a causa, como se acreditó legalmente, precisamente de esas lesiones génito anales que infligió en ella”., pasando a referirse al ensañamiento y a los requisitos que se exigen para considerarla, apoyándose en literatura jurídica que mencionan.

En el razonamiento décimo segundo, los jueces acreditan la participación del acusado “más allá de toda duda razonable, debido a que con ese estándar se probaron múltiples, graves y precisos indicios de esa participación punible, (...) que mantenía bajo su poder, aún al momento de ser encontrado junto al cadáver de la ofendida, el elemento que se utilizó para acceder vaginal y analmente a la víctima y luego para matarla (...)”.

En el décimo tercero, razonan para no considerar respecto al homicidio, la



agravante de alevosía y de la premeditación conocida; en el décimo cuarto lo hacen respecto al rechazo de las alegaciones de la defensa.; en el considerando décimo sexto reflexionan sobre la pena a imponer bajo el prisma del artículo 69 del Código Penal.

**SEXTO:** Que el recurrente sostiene que en la especie debe aplicarse el principio de la consunción o regla de la preferencia, por lo que al respecto la pregunta que debe hacerse el tribunal es si el disvalor delictivo que implica el homicidio contiene la realización del abuso sexual, al efecto los sentenciadores, ya que en ese caso no hay subordinación.

La doctrina ha sostenido que “(...) Solo nos interesa acá constatar que la pérdida de significación delictiva autónoma de uno de los tipos concurrentes en relación de interferencia puede estar justificada en razón de que la relación entre ambos, para el caso concreto, sea de inherencia debido a que, en primer lugar, uno de estos solo pueda ser comprendido como una consecuencia inevitable de la realización de otro. En segundo lugar, se debe advertir que la relación de inherencia que interesa para la aplicación de tal regla solo puede extraerse del hecho de que uno de los tipos pierda su significación delictiva autónoma, por lo que del contexto normativo -esto la comparación entre tipos penales- se debe poder concluir que la penalidad asignada a uno de los tipos concurrentes consume el desvalor del otro. Por lo mismo, la mera constatación de que uno resulta una consecuencia inevitable no permitiría aplicar la regla de preferencia, sin consideración a la verificación de que esta conclusión resulta permitida debido a una decisión interpretativa previa: que uno de los tipos comprende en forma completa o global el desvalor del hecho (...).” (La consunción como regla de preferencia en el marco del concurso aparente de leyes. Osvaldo Artaza , Ricardo Mendoza y Luciano Rojas Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.53 Valparaíso dic. 2019).

**SÉPTIMO:** Que, previo a decidir lo conveniente a este arbitrio, es dable señalar en el considerando 16° los sentenciadores reflexionan que tratándose de un caso de reiteración de delitos, deben decidir qué sistema de acumulación de sanciones es el procedente, señalando que la propuesta de los intervinientes fue una, la aplicación de la regla del artículo 75 del Código Penal, pero con consecuencias distintas, señalando que el Ministerio Público solicitó la pena única de presidio perpetuo, justificándola en la gran extensión del mal causado, que la querellante recabo el presidio perpetuo calificado y que la defensa manifestó “que no se opone al concurso ideal, porque es la interpretación más adecuada para los fines de la pena, y que por ella solicitaba que se imponga la pena de 15 años y 1



día considerando que la mayor o menor extensión del mal causado está contenida en el homicidio calificado, al igual que la dañosidad social.”, continúan su argumentación diciendo que de acuerdo al inciso final del artículo 75 ya mencionado, debe imponerse sólo la pena mayor asignada al delito más grave, en este caso, el presidio perpetuo simple, no advirtiendo cómo la defensa llega a la pena de 15 años y 1 día de presidio que propone, obviando que la pena mayor asignada al delito más grave de los en juego (el homicidio calificado) es el presidio perpetuo. En definitiva los jueces a quo optan por aplicar el artículo 74 del código punitivo por serle más beneficiosa, apoyándose en la doctrina “es dudoso lo que ha de hacerse cuando, como sucede en algunos casos, para el autor puede resultar más beneficioso el sistema de acumulación material (art. 74 del C.P.) que el de la absorción. [...] Sin embargo, ésta es una situación en la cual, en mi concepto, el telos de la ley debe conducir a una solución analógica en beneficio del reo, determinando que los hechos se castiguen con arreglo a lo preceptuado en el art. 74 del C.P. Pues si lo que se persigue por la norma del art. 75 es conceder al autor un tratamiento más benévolo, resulta absurdo perseverar en darle aplicación aunque en la situación concreta lo perjudique” (Cury Urzúa, Enrique; “Derecho Penal Parte General”; Octava Edición; 2005; Ediciones Universidad Católica de Chile; p.662).

**OCTAVO:** Que retomando lo señalado en el apartado sexto de este fallo, la decisión de los jueces de no proceder a la consunción, no significa un error de derecho ya que asumieron o interpretaron la institución conforme al mérito del proceso, siguiendo parte de la doctrina y jurisprudencia, por lo que se desestimará el recurso de nulidad.

Pero, además, hay otra razón que impide acceder a lo pretendido, el disvalor del abuso sexual no queda incorporado en el disvalor del homicidio, toda vez que el delito de abuso a esta víctima en particular, hay que resolverlo con perspectiva de género, entendiéndolo como la protección de los intereses esenciales de esta precisa mujer, exigencia que la impone la función de protección de bienes jurídicos que se atribuye a la ley penal. En este caso la víctima, una mujer viuda de 63 años, estuvo toda una noche en una situación de desigualdad y desventaja respecto del hombre, que la invitó a su casa en un sector rural y le infringió un castigo sexual con similitudes a una tortura, como se desprende la sentencia que se revisa. Durante el desarrollo de los hechos, la mujer estuvo en un plano de relaciones de poder asimétricas, ya que el hechor abusó de la situación de desvalimiento en la relación sentimental iniciada con la víctima.

En este caso, no se protege a la mujer por el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad en que se encontró, cuando el hombre con el que estaba vinculada sentimentalmente, ejerció violencia sobre ella





aprovechando no solo la superioridad física y de edad, sino que el encontrarse solos en una casa del sector rural de Yervas Buenas.

**NOVENO:** Que, sin embargo, si accediéramos a la interpretación del recurrente, anulando la sentencia y dictando la correspondiente de reemplazo, pudiera resultar una pena mayor a la que se impone en el fallo recurrido, toda vez que ante la carencia de circunstancias modificatorias, el tribunal está facultado para recorrer toda la extensión de la pena. En ese escenario y en consonancia a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, resulta factible castigar a su representado con la pena de presidio perpetuo.

Por consiguiente no se ve perjuicio para el condenado, mantener la validez de esta sentencia. Constituyendo la existencia del perjuicio un requisito consustancial a este recurso, lo que transita por –prácticamente- todo el sistema recursivo, resulta pertinente su rechazo.

Conforme a lo razonado, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360 y 382 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor penal público don Francisco Javier Flores Whipple, en representación del imputado don Julio Andrés Araya Miranda, sin costas del recurso.

Consecuencialmente la sentencia dictada con fecha veintiocho de marzo de dos mil veintiuno, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, en causa rit 40-2020, no es nula.

Redacción del presidente de la Primera Sala, ministro don Rodrigo Biel Melgarejo.

Regístrese y devuélvase.

Rol 333-2021 penal.





XPLSJXFXR

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Talca integrada por los Ministros (as) Rodrigo Biel M., Olga Morales M. y Abogado Integrante Abel Bravo B. Talca, dieciocho de mayo de dos mil veintiuno.

En Talca, a dieciocho de mayo de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

