

C.A. de Santiago

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintiuno.

VISTO:

En esta causa RUC N° 1600377848-0, RIT N° 18-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de siete de junio último, se condenó a **Michael Andrés Herrera Menares** a las penas de:

a) doce años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor de los delitos consumados de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 bis, en relación con el artículo 366 ter, y de violación impropia, previsto y sancionado en el artículo 362, todos del Código Penal, en carácter de reiterados, perpetrados en la persona de Magdalena A.A.M, en días no determinados entre el mes de marzo del año 2009 y el mes de diciembre del año 2014 en la comuna de Lampa;

b) cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más accesorias especiales e inhabilitación perpetua, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 372 del Código Punitivo, como autor del delito consumado de violación propia, previsto y sancionado en el artículo 361 N° 2 del mismo código, cometido en la persona de Magdalena A.A.M, en el período comprendido entre marzo de 2015 y junio de 2015, en la comuna de Lampa.

En contra de esa decisión la defensa del condenado interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública del pasado 20 de julio, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

CONSIDERANDO:



1°.- Que se esgrime por la defensa del condenado la causal de nulidad que contempla el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación a lo dispuesto en los artículos 1°, 14, 15, y 361 N° 2 del Código Penal y 341 del primer cuerpo de leyes citado, afirmando que la sentencia no consideró las alegaciones relativas a que en la especie no se configura la acción típica del delito previsto y sancionado en el aludido artículo 361 N° 2. En efecto, después de referirse al hecho punible asentado por los jueces y transcribir la declaración de la víctima, sostiene que esta última debe relacionarse con la prueba documental N° 5 presentada por la fiscalía, que corresponde a un informe pericial psiquiátrico practicado el 11 de enero de 2017 por la médico psiquiatra Nancy Andrea Torrejón Silva, que declaró en estrados sobre la entrevista personal que mantuvo con la víctima y que para despejar dudas acerca de la verosimilitud de su relato, refiere que aquella le indicó que los hechos ocurrieron cuando tenía entre 9 y 14 años, aseverando que “fue lo último que le paso”, igual como lo sostuvo en su declaración ante el tribunal. En consecuencia, el último abuso ocurrió en el año 2014, antes de que el victimario se fuera de la casa. Respecto de esa declaración y el informe pericial “viene en solicitar se considere a los hechos 2 y 3 de la acusación, y reconducidos por el sentenciador y sobre los que se funda la sentencia, como no ocurridos nunca” (sic), en atención a que los mismos dicen relación con haber acaecido entre los meses de marzo y junio del año 2015. Empero, la declaración de la víctima en el mes de enero del 2017, esto es, pasado tres años de la ocurrencia de los hechos y sin la inminencia de las supuestas amenazas de muerte, revela con “honestidad” (sic) que aquellos contenidos en la acusación con los números 2, 3 y 4 no son reales, simplemente porque la víctima en su declaración los ha descartado cronológicamente. A mayor abundamiento, cabe señalar lo razonado por los jueces al absolver al acusado respecto del hecho 4, en que argumentaron que no se pudo acreditar a la luz de lo declarado por la ofendida, sin embargo mantiene los hechos 2 y 3 que adolecen de los mismos elementos ambiguos en su constitución respecto de aquel por el cual fue absuelto,



en tanto no existe referencia concreta sobre los días, horas y lugares en que pudieron ocurrir los abusos señalados, teniendo presente que M.A.A.M. se encontraba en plena posesión de sus facultades mentales al momento de ser peritada, a lo que añade que en el proceso se rindieron diversas declaraciones de testigos de oídas y no presenciales.

Explica que la denuncia fue impetrada una vez que se tomó conocimiento sobre el avanzado estado de gravidez de M.A.A.M. en el mes de abril de 2016, la que al ser consultada señaló que fue víctima de abusos y violación por parte del acusado, sin precisar algún antecedente sobre el embarazo y el nombre del progenitor del niño. Su parte no cuestiona la “conducta sexual de la víctima o si tuvo ésta relaciones consentidas con el padre de su hijo, en circunstancias de que él era mayor de edad y ella contaba con apenas 14 años” (sic), puesto que pretende únicamente controvertir la verosimilitud de los hechos posteriores agregados a la acusación (2, 3 y 4) que habrían ocurrido entre los meses de marzo y agosto del año 2015, siendo el último de ellos desestimado en la sentencia y los otros dos reconducidos sin haber mediado prueba pertinente para asentar su verdad; por el contrario, lo concerniente al relato de esos hechos posteriores a la acusación principal no tienen la consistencia ni la solidez para ser admitidos por los juzgadores como ocurridos y probados, pues conforme al relato de M.A.A.M. concordante con la pericia siquiátrica aludida, se puede concluir que las conductas delictuales imputadas a Herrera Menares cesaron en el mes de diciembre del año 2014, sin que exista prueba incuestionable para aseverar lo contrario. Luego, solo resta asentar que los hechos 2 y 3 de la acusación no sucedieron, por lo que la sentencia “ha hecho una mala aplicación del derecho por medio de su ponderación a la prueba rendida”.

A su turno, el delito previsto y sancionado en el artículo 361 N° 2 del Código Penal, en lo pertinente, prescribe “Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de 14 años, en alguno de los siguientes casos: 2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para



oponerse”. Luego, en la descripción fáctica de la sentencia no se precisa en qué consistió la conducta constitutiva de delito, pues de los hechos acreditados y del resultado del juicio, se desprende que dicha circunstancia no se estableció por el a quo. Asimismo, no se atribuyeron al encartado conductas precisas y determinadas que puedan encuadrarse en el tipo penal sancionado, sino que se hace un análisis de imputación vago, ambiguo y general, que no permite advertir la tipicidad necesaria de la acción respecto del delito de violación propia.

De este modo, asevera, las falencias u omisiones fácticas en los hechos acreditados respecto de todos los elementos que describe el artículo 361 N° 2 del Código Penal para estimar concurrente el delito de violación propia, impide satisfacer la tipicidad de la conducta de la norma, no concurriendo los supuestos fácticos para el delito.

Termina solicitando que se acoja el recurso y se anule la sentencia, dictándose la correspondiente de remplazo que corrija las infracciones de derecho denunciadas, absolviendo a Michael Andrés Herrera Menares, con costas.

2°.- Que la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Es decir, reitera en materia penal lo que de antiguo se ha sostenido en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil a propósito del recurso de casación en el fondo. Sobre esta base teórica, ha de tenerse en consideración que la causal en comento supone, sin lugar a dudas, que el recurrente acepta los hechos tal y como han sido fijados en el fallo, esto es, el sustrato fáctico que el tribunal ha tenido por acreditado luego de la valoración de la prueba rendida es inamovible: Nulidad en materia penal y casación en el fondo en materia civil.

Al respecto, se ha señalado que este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y, en particular, con las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo



para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea al fijar la naturaleza y el grado de la pena.

En resumen, el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. Por ello, frente a la causal invocada, resultan indispensables los hechos asentados en carácter de inmodificables.

3°.- Que, según se adelantó, la naturaleza de la causal invocada, a la luz de lo precedentemente razonado, implica que quien recurre acepta los hechos tal cual fueron asentados por el tribunal del grado, cuestionando únicamente la aplicación del derecho a los mismos.

Incardinado con lo dicho, el fallo objeto del recurso, en lo que ahora interesa, fijó como hechos de la causa al tenor de los tópicos que el mismo tribunal circunscribe como litigiosos y de relevancia jurídica para estos efectos, los que siguen:

HECHO N° 1: “En días no determinados entre el mes de marzo de 2009 y el mes de diciembre del año 2014, en el interior del domicilio ubicado en Calle El Pellín N° 077, Comuna de Lampa, MICHAEL ANDRÉS HERRERA MENARES en forma reiterada procedió a efectuar actos de significación y relevancia sexual en contra de M.A.A.M., nacida el 26 de marzo de 2001, desde los 9 y hasta los 13 años de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos, consistentes en besar la boca y cuello de la niña, tocarle con sus manos la zona mamaria, genital y anal, tocar con su pene la zona genital y anal, y en forma reiterada acceder carnalmente con su pene en la vagina y en la boca de la niña.”

HECHO N° 2: “En un día no determinado entre el mes de marzo y junio de 2015, en el interior del domicilio ubicado en Calle San Martín N° 127, Comuna de Lampa, MICHAEL ANDRÉS HERRERA MENARES procedió a lo menos en una oportunidad procedió a acceder



carnalmente con su pene la boca de M.A.A.M., nacida el 26 de marzo de 2001, de 14 años a la fecha de ocurrencia de los hechos.”

4°.- Que como se observa del tenor del arbitrio, el escrutinio que se propugna de la sentencia se construye sobre la base de dos imputaciones dirigidas únicamente respecto del hecho N° 2. La primera, apunta a que la prueba rendida resulta insuficiente para configurar el delito por el que fue condenado Michael Andrés Herrera Menares y, la segunda, que en descripción fáctica de la sentencia no se precisó en qué consistió la conducta constitutiva del delito contemplado en el artículo 361 N° 2 del Código Penal.

5°.- Que en este entendido, no existe en el recurso escrito y mucho menos en la exposición oral del mismo en estrados, ningún pasaje que permita siquiera presumir cómo se configura la infracción de ley que se acusa, que no pase simplemente por aseverar, sin fundamentación jurídica de ninguna especie, que no concurren los presupuestos del numeral 2° del artículo 361 del Código Penal.

En este punto, cabe preguntarse cómo entiende inconcurrente el delito en cuestión, si los hechos son claros: edad de la víctima (M.A.A.M. mayor de catorce años); acceso carnal por parte del sujeto activo (introducción del pene por la boca de la niña) y; privación de sentido por parte de la ofendida o aprovechamiento de su incapacidad para oponer resistencia (imposibilidad tanto de negarse a asistir al domicilio del condenado, por el vínculo que su madre quería mantener con el sujeto que se presentaba como la figura paterna de la niña, como por los años de abusos y violaciones de las que fue víctima e incluso, por la imposición física del sujeto activo para inmovilizarla y obligarla a cumplir sus órdenes sexuales).

Se advierte con facilidad que el alegato de nulidad no se estructura contravirtiendo que los hechos asentados no logran encuadrarse en el presupuesto normativo, sino que apunta a una fase previa, cual es el afincamiento del sustrato fáctico del fallo, mediante la aseveración que aquello que fijó tribunal no se encuentra demostrado. Ergo, esta sola razón impone la inviabilidad del arbitrio, pues se aparta del presupuesto



básico para la interposición de la causal en estudio, según latamente se razonó, que supone justamente el respeto irrestricto a los hechos, centrando la discusión únicamente en la errónea aplicación del derecho, lo que como se ha visto, no ocurre en la especie.

6°.- Que como corolario de lo que se viene diciendo, solo resta desestimar la petición de nulidad del fallo en todos sus extremos.

Y visto, también, lo dispuesto en los artículos **372, 373 letra b), 376 y 385** del Código Procesal Penal, se **rechaza sin costas** el recurso de nulidad impetrado por el defensor penal del condenado Michael Andrés Herrera Menares, contra la sentencia de siete de junio último, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Colina, en la causa RUC N° 1600377848-0, RIT N° 18-2021, la que, por ende, no es nula.

Acordada la decisión de eximir a la defensa del pago de las costas, con el voto en contra de la ministra Leyton Varela, quien fue de opinión de imponer a la defensa esa carga, teniendo en especial consideración que el recurso no aparece deducido sobre premisas que hicieran plausibles su interposición, de manera que no concurre en la especie, de conformidad a los artículos 47 inciso 3° y 52 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 145 del Código Procedimiento Civil, ninguna causal que permita su exoneración.

Regístrese y comuníquese.

Redactó la ministra Lilian Leyton Varela.

N°Penal-2620-2021.

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Mireya López Miranda e integrada por la Ministra señora Lilian Leyton Varela y por el Abogado Integrante señor Jorge Norambuena Hernández. No firma la Ministra señora López por encontrarse ausente.





VYBXKEXPXV

Pronunciado por la Séptima Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Lilian A. Leyton V. y Abogado Integrante Jorge Norambuena H. Santiago, nueve de agosto de dos mil veintiuno.

En Santiago, a nueve de agosto de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>