

## 12. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### ABUSO SEXUAL

I. IMPROCEDENCIA DE INCORPORAR MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD PRESUPUESTOS FÁCTICOS NO ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA. INSUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR LA COMISIÓN DEL HECHO DE APROVECHARSE DE LA IMPOSIBILIDAD DE LA VÍCTIMA PARA Oponerse AL ABUSO SEXUAL. II. VOTO DISIDENTE: INCAPACIDAD DE LA VÍCTIMA PARA Oponerse DEBE NECESARIAMENTE CONSIDERAR LA INCAPACIDAD PSICOLÓGICA QUE IMPIDIÓ Oponerse A LA ACCIÓN SEXUAL.

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia absolutoria respecto de cinco delitos de abuso sexual. La parte querellante interpone recurso de nulidad penal, la Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido, con voto de disidencia.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *9470-2015, de 1 de septiembre de 2015*

PARTES: *“Centro de Apoyo a Víctimas del Ministerio del Interior con G.O.C.G”.*

MINISTROS: *Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., y Abogados Integrantes Sr. Jean Pierre Matus A., Sr. Arturo Prado P.*

### DOCTRINA

- 1. El pronunciamiento de derecho que la recurrente pretende debe encontrar sustento en los hechos del fallo. En este orden de ideas, entonces, el sustrato fáctico de este caso que debiese permitir la determinación de la concurrencia del tipo penal de abuso sexual cometido a persona mayor de 18 años aprovechándose de su incapacidad para oponerse, además de que, en una oportunidad estando al interior de la oficina del juez, como lo dice la sentencia, este tocó con sus manos directamente los senos de la funcionaria, debería contar con una manifestación acerca de las condiciones anímicas o físicas en que se encontraba la supuesta víctima que importan la tesis del recurso, como también la explicación de la forma en que el acusado aborda a la funcionaria, o las condiciones ambientales en el lugar en que ocurren los*

*hechos o particulares de la relación entre ambas personas. En las anotadas circunstancias, no resulta posible, aún si la Corte Suprema compartiese la tesis planteada por la querellante, dar cabida a la pretensión del recurso, puesto que ello implicaría necesariamente la incorporación de presupuestos fácticos no establecidos en la sentencia que permitan configurar la circunstancia de comisión del hecho de aprovecharse de la imposibilidad de la víctima para oponerse, cuestión que, como ya se dijo, no forma parte de la competencia que confiere la causal de nulidad invocada (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*II. (Voto disidente) Los disidentes consideran que al exigir la sentencia que la incapacidad para oponerse de la víctima necesariamente debe consistir en una respuesta física, ha omitido el análisis de la incapacidad psicológica que impidió oponerse a la acción sexual y a inaplicar, con influencia en lo dispositivo del fallo, el artículo 361 N° 2 del Código Penal que previene la conducta ilícita, motivo por el cual, a juicio de los disidentes, es procedente acoger el recurso de nulidad fundado en la causal del apartado b) del artículo 373 del Código Procesal Penal (considerando 4° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CI/JUR/4985/2015*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 361 N° 2 del Código Penal; 297 del Código Procesal Penal.*

#### ALCANCE DEL ART. 362 N° 2 CP.

#### “APROVECHAMIENTO DEL AUTOR DE LA IMPOSIBILIDAD DE LA VÍCTIMA PARA Oponerse”

FRANCISCO GÓMEZ MUÑOZ  
*Abogado Universidad de Chile*

#### INTRODUCCIÓN

Con fecha 1 de septiembre de 2015, la Corte Suprema resolvió el recurso de nulidad presentado por la querellante en contra de la sentencia de fecha quince de julio de 2015, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Melipilla, que absolvió al imputado de iniciales G.O.C.G. de la acusación formulada en su contra por la supuesta comisión de cinco delitos de abuso sexual presuntamente ocurridos entre el año 2009 y el mes de marzo de 2013 en la comuna de Curacaví.

El eje del recurso interpuesto por el recurrente, radicó en que el Tribunal de Juicio Oral de Melipilla habría incurrido en un error de derecho, en virtud de la

causal b) del art. 373 CPP, al no razonar correctamente acerca de lo que implicaría efectivamente el medio comisivo del art. 361 N° 2 CP, esto es, el “*aprovechamiento del autor de la imposibilidad de la víctima para oponerse*” al abuso. Paralelamente, el recurrente consideró que la resolución de esta problemática debía ser de conocimiento de la Excelentísima Corte, esgrimiendo para dichos efectos el art. 376 inciso 2°, a raíz de que el alcance de la expresión señalada ha dado lugar a distintas soluciones por parte de los tribunales superiores del país, competencia que fue efectivamente aceptada por la más alta magistratura.

Como se observará, el fallo en comento posee dos líneas argumentativas claramente definidas y divididas en votos de mayoría y minoría, las cuales serán analizadas a la luz de la reciente reforma al artículo aplicable al fallo para finalmente proponer una resolución al conflicto jurídico presentado.

## II. INTERPRETACIÓN DEL ART. 361 N° 2 CP ANTES DE LA REFORMA LEGAL

El art. 366 inciso 1° CP, que contiene en nuestra legislación la figura del abuso sexual propio, castiga a quien “*abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, [...] cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 361*”. Dicha remisión nos lleva a analizar de manera genérica las circunstancias del delito de violación, también aplicables al abuso sexual, y específicamente a atender al objeto de protección que subyace tras ellas.

En efecto, como se observa en el art. 361 CP, el uso de fuerza o intimidación, el hallarse la víctima privada de sentido, el aprovecharse de la incapacidad de la víctima para oponerse o abusar de la enajenación o trastorno mental que padece, son todas situaciones que en principio engloban hechos realizados *contra la voluntad de otro*, configurando atentados contra la libertad específicamente vinculada al ámbito sexual<sup>1</sup>. En la misma línea, por ende, debemos señalar que, si la acción cuenta con la anuencia del individuo que la padece, la conducta resulta atípica.

Con este marco de análisis debemos entender la problemática interpretativa de la segunda hipótesis del art. 361 N° 2 CP, esto es, “*cuando (el autor) se aprovecha de su incapacidad (de la víctima) para oponerse*”, ya que implicará, en primer lugar, contestar la pregunta acerca de qué quiere decir el legislador con el concepto de incapacidad tras la modificación realizada por la Ley N° 20.480, para luego determinar cómo debe manifestarse dicha incapacidad en la víctima para que el autor se encuentre en esta hipótesis delictiva.

<sup>1</sup> BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, número especial (1997), pp. 73-94, pp. 75 y ss.

Antes de la modificación, la doctrina mayoritaria<sup>2</sup> se encontraba conteste en señalar que la hipótesis en comento hacía referencia a aquellos casos en que la víctima no puede oponer *resistencia física* al ataque, como resultan las hipótesis de un individuo tetrapléjico o la del sujeto que se encuentra amarrado a un árbol. Esto lo desprendían de la redacción del antiguo art. 361 N° 2 CP que expresaba “(...) 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: 2° *Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia*” con lo cual se exigía, para quienes no se encontrasen en los casos ya descritos, al menos un intento físico o resistencia por repeler el ataque.

En la línea de lo anterior el fallo en comento de la Corte Suprema, recogiendo estas consideraciones, expresó que “*respecto de MM (...) la incapacidad para oponerse debe entenderse como de orden físico, cuestión no acreditada, ya que ella es una mujer que puede desenvolverse y trasladarse normalmente, que no padece de ninguna enfermedad o discapacidad que le imposibilite oponerse a alguna acción (...)*” con lo cual negó lugar a la pretensión de nulidad del recurrente en razón de no haber acreditado dicha resistencia y como veremos, desconociendo con ello la intención del legislador al modificar el tipo penal en comento.

### III. NUEVO ALCANCE DEL ART. 362 N° 2 CP TRAS LA REFORMA LEGAL

La nueva redacción del art. 362 N° 2 CP dejó el artículo de la siguiente manera: “(...) 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: 2° *Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse*”. Frente a esta descripción N. Oxman<sup>3</sup> ha hecho una interpretación restrictiva, centrada en el factor incapacidad, concepto que ha definido como una de *las condiciones físicas y psíquicas que disminuyen la concreta posibilidad de autodeterminación del sujeto pasivo en la esfera sexual* y que lo han llevado a nuestro juicio a limitar en demasía el concepto señalado.

#### *1. Incapacidad en sentido restrictivo*

En efecto, el autor expuesto en base a la definición dada ha señalado que las condiciones que pueden generar incapacidad son de dos tipos: por una parte

---

<sup>2</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Derecho Penal, parte especial. (Santiago, 2004), pp. 258-259; RODRÍGUEZ Collao, Luis. Delitos sexuales. (Santiago, 2004), pp. 152-160.

<sup>3</sup> OXMAN, Nicolás. La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales. *Política criminal*. Vol. 10, N° 19 (Julio 2015), Art. 4, p.

*incapacidad física* (casos de inmovilidad permanente y de inmovilidad temporal) y por otra *incapacidad psíquica*, comprendiendo dentro de ésta solamente “los estados temporales de alteración significativa de las capacidades de conciencia, que no alcanzan a la privación total de sentido, pero que pueden ser interpretados como una indefensión expresada en la disminución de las posibilidades de autodeterminación en la esfera sexual”, para lo cual señala hipótesis como las de intoxicación por drogas o alcohol, somnolencia y sueño profundo, anomalías y perturbaciones no constitutivas de enajenación o trastornos mentales, entre otras.

Sin embargo, siendo dicha interpretación posible, consideramos que resulta demasiado restrictiva toda vez que como veremos el legislador pretende liberar de una barrera probatoria a quien se encuentra constreñido en su voluntad y que además no está en capacidad de oponerse físicamente.

## 2. Incapacidad en sentido amplio

Durante la tramitación de la Ley N° 20.480 que modificó el numeral en cuestión, el representante del SERNAM señaló que la nueva redacción —que dejó la norma como la encontramos en la actualidad— buscaba plasmar “un término más amplio que [diese] cuenta de un acto de voluntad contrario a la consumación del delito” ya que a su juicio el término anterior era “excesivo en cuanto [requería] de parte de la víctima algún modo de resistencia física, cuando en sentido estricto debe ser suficiente la sola oposición”.<sup>4</sup> De igual manera, la representante del Ministerio de Justicia adujo que “de acuerdo a redacción del tipo en el Código Penal, [se exigía] a la víctima que acredit[ase] que opuso algún grado de resistencia, frente a la violación, en circunstancias que debería bastar, como hecho inculpatario, la acreditación del aprovechamiento que hace el sujeto activo de la incapacidad en que se encontraba la víctima, sea en forma momentánea o no, de oponerse”.<sup>5</sup> Adicionalmente, el Honorable Senador Larraín expresó su opinión en el sentido de “estimar adecuada la modificación (...), en atención a que resulta suficiente el que la víctima se haya opuesto, siendo un exceso el exigir a la víctima que haya opuesto resistencia”.<sup>6</sup>

De lo expuesto se debe tener presente que, en primer término, el precepto legal conserva las hipótesis de *incapacidad física* que la doctrina y la jurisprudencia ya consideraban, puesto que los casos de inmovilidad permanente y temporal resultan

<sup>4</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley N° 20.480. Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el “Femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio*, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010, p. 119 en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1021343> [visitado el: 23.11.2015].

<sup>5</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO, ob. cit., p. 348.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

paradigmas de incapacidad de oposición. En esa línea, lo que hace la reforma, es rebajar una prueba que era requerida por los tribunales —como ocurre en el fallo en comentario— que implicaba necesariamente que, quien no se encontraba en incapacidad corporal, se opusiera físicamente al acto sexual de que era objeto. Con lo dicho, se abre la posibilidad para analizar las situaciones en que un sujeto sin impedimentos físicos se encuentra incapacitado para oponer resistencia.

Como ya analizamos, la tesis restrictiva del concepto incapacidad sólo considera como hipótesis posibles para la segunda parte del artículo las que versan sobre incapacidades psíquicas. Sin embargo, a nuestro juicio, dichas circunstancias deben ser incorporadas en la primera parte del numeral 2º que se refiere a los casos en que “*la víctima se halla privada de sentido*”, ya que en estas hipótesis se abarcan las situaciones en que no se puede oponer resistencia —como cuando hay intoxicación por alcohol o sueño profundo—, por estar temporalmente sin conciencia para prestar consentimiento.

En esa línea, si consideramos que antes de la reforma la jurisprudencia entendía que oponer resistencia implicaba repeler el acto de manera física, y fue precisamente esta consideración la que llevó al legislador a modificar el artículo para que ahora cualquier manifestación de oposición fuese válida, resulta del todo dudoso pensar que el legislador esté esperando oposición por parte de quien padece una incapacidad psíquica. En efecto, si se observan, casos como el de intoxicación por consumo de drogas o alcohol, somnolencia o sueño profundo y anomalías y perturbaciones no constitutivas de enajenación o trastornos mentales, son situaciones en que precisamente el legislador no observa resistencia, por lo que buscar incorporarlos en este apartado haría inútil la modificación por las razones ya señaladas.

Comprendiendo lo anterior, la segunda parte de dicho numeral queda llana para cumplir el rol que el legislador pretende darle al abarcar aquellos casos no de incapacidad psíquica absoluta propiamente tal, sino aquellos en que existe una imposibilidad de repeler el acto debido al contexto objetivo en que se encuentra la víctima. En este sentido, lo que el legislador ha querido hacer con esta modificación es validar una oposición, para lo cual se requiere estar en conciencia de la agresión o ataque y además tener la intención de repelerlo, aunque en los hechos dicho rechazo no se pueda materializar.

De esta manera, el concepto de incapacidad no puede quedar circunscrito a sólo su sentido estricto sino que, en razón de lo pretendido por el legislador, debe ser entendido como sinónimo de *imposibilidad*. Ante esto, el *aprovechamiento del autor de la incapacidad (imposibilidad) para oponerse* estará mediado por factores objetivos, respecto del contexto, y subjetivos, en relación a la víctima, con lo cual podremos incorporar nuevos casos. En esa línea resulta posible considerar la existencia de intimidación sin amenaza explícita, lo que a su vez obliga a observar al sujeto para poder comprender si, un individuo normal puesto en la situación de la víctima con los conocimientos que ella poseía, hubiese actuado de igual manera.

Sin duda, en primer lugar, debemos atender al contexto en que se desarrollan los hechos. En ese marco, dentro de los elementos objetivos, encontramos en la especie el marco de subordinación o dependencia que encuentra a un superior jerárquico, en este caso además el jefe principal, que además inviste una magistratura y que junto con lo anterior, tiene poder de decisión respecto de la víctima, y a ésta última, inferior en jerarquía y sometida a la estructura laboral. Por su parte, como elementos subjetivos, debemos observar que la voluntad de la víctima, producto del contexto, resulta mermada e incapacitada, toda vez que M.M. al ser encerrada en una oficina de su superior jerárquico y al ser acosada intempestivamente por el agresor, no pudo manifestar su voluntad o rechazo por causa del poder de sometimiento que se encontraba en virtud de su relación laboral, tal y como lo señala el voto minoritario.

**CORTE SUPREMA:**

Santiago, a uno de septiembre de dos mil quince.

**VISTOS:**

En esta causa Ruc N° 1300266248-K y Rit N° 43-2015, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Melipilla, por sentencia de quince de julio del año en curso, absolvió a G.O.C.G. de la acusación formulada como autor de cinco delitos de abuso sexual, supuestamente ocurridos entre el año 2009 y el mes de marzo de 2013, en la comuna de Curacaví, con costas.

La parte querellante, el Centro de Apoyo a Víctimas del Ministerio del Interior, interpuso recurso de nulidad, cuya copia rola a fojas 97 y siguientes, que fue admitido a tramitación por resolución de fojas 131, fijándose a fs. 132 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 138 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

**CONSIDERANDO:**

*Primero:* Que el recurso esgrime únicamente la causal de nulidad con-

templada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, relacionada con la decisión absolutoria en el caso de la víctima M.M., ya que si bien se tuvo por acreditada una tocación directa a sus senos, constitutiva de una acción de significación sexual de relevancia, igualmente se tuvo por no demostrado el delito, resolución que emana, en su concepto, de un error de derecho. Explica que el fallo sostiene que si bien objetivamente se trata de una acción sexual relevante, no se acreditó el medio comisivo exigido por la ley, ya que por tratarse la víctima de una mujer mayor de 18 años, debe concurrir alguna de las modalidades del artículo 361 del Código Penal, ya se trate de la concurrencia de intimidación o de la incapacidad de oponerse, estimando insuficiente para entender por configurada alguna de ellas el sólo hecho de ser el acusado su superior jerárquico.

Agrega que dicha sentencia determinó que la incapacidad para oponerse se entiende como una de naturaleza física, y en ese sentido la víctima no padece

ninguna enfermedad o discapacidad que le imposibilite oponerse a alguna acción. Esa argumentación, señala el recurso, es la que encierra una errónea aplicación del derecho puesto que entender que el modo comisivo de la hipótesis segunda del artículo 361 N° 2 del Código Penal implica necesariamente una oposición física, hace caso omiso de la modificación efectuada por la Ley N° 20.480 a dicha norma, que suprime la expresión “resistencia” con la intención de eliminar el aspecto físico que antiguamente implicaba su redacción, abriendo el espacio para que también se trate de una incapacidad psicológica, cuestión que colige de la historia de la ley, en cuanto la pretensión del legislador consistía en requerir la sola oposición, dando cuenta de un acto de voluntad contrario a la consumación del delito. Asevera que esta última inteligencia es la que debió darse a la norma invocada.

Indica que este error de derecho tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ya que respecto de la víctima mencionada, si bien se reconoce que el acusado ejecutó un acto de significación sexual y relevancia, se omite la condena aludiendo a la falta de prueba del medio comisivo, descartándose la hipótesis segunda del N° 2 del artículo 361 del Código Penal al reducirla al impedimento físico que debe afectar a la víctima, dejando fuera el aspecto psicológico, en este caso la conmoción psicológica, que fue demostrada en juicio mediante la declaración de la víctima y de peritos. Por ello, finaliza solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia, determinando

el estado en que ha de quedar el procedimiento, a fin de que un Tribunal no inhabilitado haga un nuevo juicio oral.

*Segundo:* Que la querellante invocó el motivo de nulidad previsto en el artículo 373 apartado b) del Código Procesal Penal, que es de conocimiento de esta Corte Suprema cuando sobre una cuestión los tribunales superiores han dado distintas soluciones, lo que en la especie se postuló con los pronunciamientos que se acompañan a la presentación en análisis, contenidos, por una parte, en la sentencia Rol N° 283-2015 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de dieciséis de junio de dos mil quince, que postula la tesis que la incapacidad para oponerse abarca tanto el aspecto físico como psicológico; mientras que el fallo dictado en los autos Rol N° 906-2014 de la Corte de Apelaciones de Temuco, de once de noviembre de dos mil catorce, avala la postura de que la incapacidad para oponerse abarca solo el aspecto físico.

*Tercero:* Que los hechos establecidos por el considerando décimo de la sentencia recurrida son los siguientes:

“Que en el Juzgado de Garantía de Curacaví, se desempeñó en su calidad de Juez titular don O.G.C.G., quien durante su permanencia y en especial entre diciembre del año 2009 hasta principios de marzo de 2013, acostumbraba a saludar a los funcionarios en sus respectivos puestos de trabajo, y específicamente a las funcionarias de dicho tribunal, con un beso en la mejilla y un abrazo, cuestión que realizó respecto de Francesca Quiroz Herrera, en muchas oportunidades en el período que ésta se

desempeñó en ese tribunal, a contar del mes de septiembre del año 2010.

Lo mismo acontecía con doña N.C.C., quien ingresó a dicha unidad jurisdiccional en el año 2009, a quien además en algunas oportunidades al saludarla le daba besos en la comisura de los labios y en el verano del año 2013, la saludó con un beso, la abrazó en la cintura y al momento de soltarla Gustavo Campaña le pasó a llevar el busto con sus manos.

Idéntica situación del saludo ocurría con María Carolina Fritz Labbé, a quien además en dos momentos, uno estando en la oficina del magistrado y en otra ocasión en la sala de audiencias, le rozó su trasero.

Respecto de Marcela Muñoz Molina, quien llegó al tribunal el 24 de diciembre de 2012, durante los meses de febrero y marzo del año 2013, la saludaba y despedía de la misma manera, quedando la cabeza del juez en la zona del pecho de la funcionaria y en una oportunidad estando al interior de la oficina del juez, este le tocó con sus manos directamente sus senos.

Toda esta situación fue comentada entre las funcionarias antes mencionadas, a excepción de Marcela Muñoz, hasta que finalmente el juez C.G. el día viernes 01 y lunes 04 de marzo de 2013, se despide y saluda, respectivamente, de Marcela Charpentier Espinoza con un beso en la mejilla y un abrazo, pasando a rozar con una de sus manos el costado de sus senos, razón por la que ésta le cuenta lo sucedido al administrador del tribunal don Luis Concha Mariangel, denunciando los hechos acaecidos a la

Corporación Administrativa del Poder Judicial y posteriormente al Ministerio Público”.

*Cuarto:* Que, a fin de despejar los márgenes dentro de los cuales debe transitar la decisión a que ha sido llamada esta Corte, importa dejar en claro que el error de derecho que se denuncia se relaciona exclusivamente con uno de los hechos establecidos respecto de la víctima M.M., consistentes en que en una oportunidad y al interior de la oficina del juez, el acusado le tocó con sus manos directamente sus senos. En este aspecto la decisión absolutoria sólo se basó, conforme se lee en el basamento décimo cuarto de la sentencia recurrida, en que si bien la conducta reúne los requisitos de tratarse de una acción de significación sexual y de relevancia, a juicio del tribunal no se acreditó alguno de los medios comisivos exigidos en la ley –artículo 361 del Código Penal–, cuando se trata de una mujer mayor de 18 años. Añade que el Ministerio Público indicó en la acusación que la hipótesis de la incapacidad para oponerse se produjo porque el acusado ejercía el cargo de Juez de Garantía, circunstancias en las que hizo presión psicológica basada en su posición al interior del tribunal que le llevaba a influir en terceros, impidiendo de esta manera que la funcionaria pudiera oponerse dado el actuar intempestivo que precedía a las agresiones y la posición de mayor jerarquía del hechor.

Continúa la resolución señalando que el análisis de las circunstancias comisivas debe ser casuístico, siendo improcedente referirse a todas las afec-

tadas, por lo que precisa, respecto de M.M. que la incapacidad para oponerse deber entenderse como de orden físico, cuestión no acreditada, ya que ella es una mujer que puede desenvolverse y trasladarse normalmente, que no padece de ninguna enfermedad o discapacidad que le imposibilite oponerse a alguna acción, a lo que añade que la forma en que la querellante entiende esta hipótesis, esto es, la conmoción psicológica, no permite vislumbrar la diferencia entre ésta y la intimidación, lo que sería más bien constitutivo del efecto de vis compulsiva ejercida sobre la víctima y no de la causal en estudio.

*Quinto:* Que a esta Corte le está vedado alterar los hechos declarados en la sentencia impugnada, puesto que su competencia, que deriva de la causal invocada ya referida, se circunscribe al examen del derecho aplicado en la decisión judicial.

*Sexto:* Que, en esas circunstancias, resulta claro que el pronunciamiento de derecho que la recurrente pretende debe encontrar sustento en los hechos del fallo. En este orden de ideas, entonces, el sustrato fáctico de este caso que debiese permitir la determinación de la concurrencia del tipo penal de abuso sexual cometido a persona mayor de 18 años aprovechándose su incapacidad para oponerse, además de que, en una oportunidad estando al interior de la oficina del juez, como lo dice la sentencia, este tocó con sus manos directamente los senos de la funcionaria M.M.M., debería contar con una manifestación acerca de las condiciones anímicas o físicas en que se encontraba la supuesta

víctima que importan la tesis del recurso, como también la explicación de la forma en que el acusado aborda a la funcionaria, o las condiciones ambientales en el lugar en que ocurren los hechos o particulares de la relación entre ambas personas.

En las anotadas circunstancias, no resulta posible, aún si esta Corte compartiese la tesis planteada por la querellante, dar cabida a la pretensión del recurso, puesto que ello implicaría necesariamente la incorporación de presupuestos fácticos no establecidos en la sentencia que permitan configurar la circunstancia de comisión del hecho de aprovecharse de la imposibilidad de la víctima para oponerse, cuestión que, como ya se dijo, no forma parte de la competencia que confiere la causal de nulidad invocada.

Por los motivos dados, la tesis de los fallos aportados para justificar la impugnación no puede ser aceptada, por lo que se impone el rechazo del recurso de nulidad.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que se rechaza el recurso de nulidad deducido por la querellante, el Centro de Apoyo a Víctimas del Ministerio del Interior, contra la sentencia de quince de julio de dos mil quince, cuya copia rola de fojas 18 a 95 de estos antecedentes, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso Ruc N° 1300266248-K, Rit N° 43-2015 del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Melipilla, los que en consecuencia, no son nulos.

Acordada la decisión de rechazar el recurso de nulidad con el voto en

contra del Ministro señor Brito y del Abogado Integrante Sr. Matus, quienes estuvieron por acogerlo, y declarar la nulidad de la sentencia recurrida y del juicio oral que le antecedió, para lo cual tuvieron en consideración los siguientes fundamentos:

1° Que el actual texto del ordinal segundo del artículo 361 del Código Penal, establece, entre otras circunstancias del delito de violación –a las que remite el artículo 366 que previene el ilícito de abuso sexual de persona mayor de dieciocho años–, que la conducta será sancionada: “Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse”. Esa redacción rige a partir de la entrada en vigencia de La Ley N° 20.480, de 18 de diciembre de 2010, que reemplazó las expresiones “incapacidad de resistir” contenidas en el antiguo texto.

2° Que dicha modificación fue propuesta por la Comisión de Familia durante la tramitación del proyecto de ley con el propósito de eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física, para así dar cabida a situaciones que antes no podían subsumirse en este tipo legal; superándose de este modo las hipótesis de protección basadas únicamente en el empleo de fuerza material por parte de la víctima durante la ejecución, lo que no protegía suficientemente la indemnidad sexual. Concordante con ello, la ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por “incapacidad para oponerse”, sin embargo es posible concebir que su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y

en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse. En el aspecto subjetivo, lo que se exige en el autor es el conocimiento de la situación en que se encuentra la víctima, pero no la participación en su generación o mantenimiento, pudiendo incluso ser un tercero el causante de aquella, circunstancias que sólo aprovecha quien realiza el acto abusivo.

3° Que, efectuadas las anteriores prevenciones relativas al alcance de la norma, resulta claro, a juicio de los disidentes, que de los hechos establecidos en el proceso es posible concluir que el acusado se aprovechó de la incapacidad para oponerse de la víctima, de lo que deriva responsabilidad penal. En efecto, ello ocurre porque ha quedado asentado que el autor de la conducta es un juez, y la afectada por ella una funcionaria del tribunal donde éste se desempeñaba a la época de los hechos, eso es, existía una vinculación funcionaria jerárquica que afectó las condiciones para una igualdad real y produjo una menor capacidad de reacción por la antedicha circunstancia de ser un “superior” en la relación de trabajo, lo que le generó inseguridad. A ello cabe sumar el contexto que viene dado por el comportamiento conocido del imputado, en cuanto solía demostrar una estrecha cercanía física con trabajadoras de su dependencia que incluyeron roces casuales con zonas corporales de mayor connotación sexual, tal como fue establecido en el motivo décimo del fallo en examen, que se desarrollaban con alguna frecuencia.

De este modo, las circunstancias descritas y extraídas de los hechos asentados en la sentencia tienen la entidad suficiente para configurar la incapacidad de oponerse de la funcionaria M.M., al verse impedida de manifestar su rechazo, por su posición subalterna y la investidura del hechor, a las tocamientos de que fue víctima, temiendo razonablemente que su respuesta podría provocar descrédito personal y dificultades graves en su trabajo, cuales son las representaciones usuales de las víctimas de esta clase de delitos.

4º Que consiguientemente, los disidentes consideran que al exigir la sentencia que la incapacidad para oponerse de la víctima necesariamente debe consistir en una respuesta física, ha omitido el análisis de la incapacidad

psicológica que impidió oponerse a la acción sexual y a inaplicar, con influencia en lo dispositivo del fallo, la norma citada que previene la conducta ilícita ya referida, motivo por el cual, a juicio de los disidentes, es procedente acoger el recurso de nulidad fundado en la causal del apartado b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y los Abogados Integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Arturo Prado P.

Rol N° 9470-2015.