

Santiago, veintinueve de febrero de dos mil doce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, por sentencia de ocho de enero del presente año, condenó al acusado RICHARD JOEY A. AGUINALDO a sufrir la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad como autor del delito de abuso sexual impropio cometido en la persona del menor de iniciales V.J.I.S., entre marzo y septiembre de 2009. Se le condenó, asimismo, como autor del delito de abuso sexual impropio al menor de iniciales M.S.S., en grado de tentativa, cometido dentro del periodo marzo a octubre de 2009, a cumplir una sanción de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo y a la accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el mismo tiempo.

Se le impusieron, igualmente, las accesorias del artículo 372 del Código Penal y se le concedió el beneficio de la libertad vigilada, fijándose en cinco años el plazo de vigilancia de la autoridad al que debe quedar sometido.

La defensa del acusado mencionado dedujo recurso de nulidad contra la sentencia condenatoria, el que se ordenó conocer por resolución de dos de febrero pasado, escrita a fs. 119, incorporándose a fs.126 el acta que da cuenta de la audiencia realizada.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que como causal principal del recurso se ha esgrimido la contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, aduciendo el reclamante que se ha infringido el derecho a defensa por haberse otorgado

valor a diligencias viciadas. Al respecto, explica que dentro del derecho a defensa se encuentra el de presentar pruebas de descargo y el de examinar y objetar la prueba contraria, para cuyo efecto existe entre otros un principio que tiende a evitar que surjan elementos probatorios "sorpresivos" y es por ello que se controla la prueba en la audiencia de preparación del juicio oral y se restringe la prueba nueva, así como existe la posibilidad de contrastar a los testigos con sus declaraciones prestadas durante la investigación y la obligación de registro de las actuaciones investigativas que pesa sobre el Ministerio Público, de acuerdo a lo expresado en los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal. Ambas disposiciones garantizan a la defensa que todo lo que se haga durante la investigación quedará registrado en la carpeta respectiva, para asegurar la fidelidad e integridad de la información y el acceso de todos quienes tuvieran derecho a exigirlo.

En el caso concreto, se dio valor fundamental a antecedentes probatorios emanados de diligencias acerca de las cuales, tanto el fiscal como el funcionario policial, violaron la obligación de registro antes mencionada, con lo cual se produjo una prueba de cargo sorpresiva y desconocida para la defensa, hecho reconocido en el mismo fallo (motivo 34°), donde se explicó: *"...este estrado consideró como una falta de forma grave, tanto por parte del oficial a cargo de la diligencia de reconstitución de escena, como por parte del fiscal de la causa, su omisión de la obligación legal de confeccionar un registro de la diligencia antes citada, tal como disponen los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal.."* Más adelante el tribunal sostiene que ello ocasionó en la defensa que *"tomara conocimiento de la misma al momento de la declaración del funcionario Bórquez y de los peritos que concurrieron a prestar*

...ores en ésta", pero agregan "sin perjuicio de ello, este estrado se encuentra obligado legalmente a valorar toda la prueba producida en juicio y a formar convicción sobre dicha información, razón por la cual ésta fue considerada como antecedente para tales efectos".

Explica el recurrente que uno de los aspectos fácticos centrales en torno al cual giraban las acusaciones era el lugar donde supuestamente habían ocurrido los hechos. La defensa nunca supo, dice, ni remotamente, la manera en que la investigación concluyó que ello habría ocurrido en los baños del primer ciclo del Liceo Alemán, lo que recién se supo cuando comenzó a declarar el funcionario Bórquez.

El conocimiento oportuno de esa diligencia le habría permitido el ejercicio en plenitud del derecho a defensa técnica. "De este derecho emana una serie de posibilidades de acción de la defensa, como por ejemplo, solicitar diligencias durante la investigación, preparar conainterrogatorios durante el juicio oral, presentar prueba tendiente a desvirtuar prueba de cargo, etc."

"Sin embargo", expone el recurrente "lo que se impugna mediante el presente recurso respecto a este proceder irregular del Ministerio Público y de los funcionarios policiales, no son directamente sus actuaciones, sino el reconocimiento y valor probatorio que US le otorgó en la sentencia a los antecedentes que surgieron de dicha diligencia, pese a haber tenido por establecidas las graves irregularidades denunciadas y, además de darle valor, por el hecho de haber formado su convicción condenatoria a base de todos los elementos probatorios que surgieron de ella."

Al respecto, el recurrente (citando a María Inés Hörvitz y Julián López) sostiene que el Tribunal Oral debe evitar valorar la prueba ilícita rendida en juicio.

La infracción denunciada tiene influencia sustancial en lo resuelto, en opinión de la defensa, primero por aplicación del artículo 160 del Código Procesal -que establece una presunción del perjuicio-; y, segundo, porque fue el único antecedente que sirvió para determinar el lugar donde ocurrieron los hechos, según se advierte de los motivos 15°, 17° y 21° del fallo que se impugna.

Sobre la preparación del recurso, aduce que las disposiciones de los artículos 227 y 228 no son de procedimiento, de modo que el recurso instaurado no requiere preparación; y, de estimarse que lo son, sólo se tuvo conocimiento de ellos en la audiencia de juicio, de modo que no era posible reclamar de ello, a pesar de que sí lo alegó en su clausura.

Además, alega que el vicio denunciado es asignar valor a la prueba cuando el mismo tribunal la calificó de irregular y ello se produjo en la sentencia, por lo tanto, no requiere tampoco preparación.

Termina su libelo solicitando se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia.

**SEGUNDO:** Que, en forma subsidiaria, quien recurre esgrime la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297, ambos del mismo código.

En este caso, la infracción consistiría en la falta de exposición clara, lógica y completa de los hechos que se tienen por acreditados (artículo 342 letra c); y en haberse violentado los principios de la lógica, las máximas de

experiencia y los conocimientos científicamente afianzados al valorar los medios de prueba (artículo 297).

Este reproche se dirige específicamente a la agresión al menor de iniciales V.J.I.S. y a las contradicciones existentes en relación a las circunstancias en que surgió el nombre del acusado como presunto responsable del hecho, puesto que es posible que haya existido una inducción (consciente o inconsciente) por la madre, a propósito de la intervención de una clarividente, hecho que el mismo tribunal reconoce. (Considerando 34° párrafo 6).

La sola existencia de la posibilidad cierta de una inducción por parte de la madre es contraria al estándar de convicción condenatoria más allá de toda duda razonable.

Añade que la psicóloga Margarita Rojo aseveró que el menor dijo que su agresor era el “curita malo”, pero cuando se preguntó al menor “¿Qué es un cura?”, éste dijo no saber.

Por otro lado, apareció en los interrogatorios que la misma psicóloga exhibió al menor una fotografía de cuerpo entero del imputado antes de hacerse el reconocimiento fotográfico policial.

El tribunal “salvó” estas posibles inducciones –que reconoce en el fallo– por el solo hecho que la otra víctima reconoció sin dudas y sin que exista inducción previa al imputado; y porque no le parece que los niños se hayan concertado para acusarlo, argumento que en opinión del recurrente viola los conocimientos científicamente afianzados, porque sobre la persona de ese menor declararon tres peritos y uno de ellos sostuvo que existían inconsistencias en su relato, pero que su imputación parecía apuntar al “Tío

ok”; en tanto las otras dos peritos dijeron que el menor estaba solo cuando se produce la agresión.

**TERCERO:** Que en relación a la causal principal, una cuestión previa de carácter formal que es preciso dejar establecida es que el procedimiento comienza con *“...cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”*, en los términos que lo contempla el artículo 7 del Código Procesal Penal, de modo que las disposiciones sobre el registro de las diligencias y actuaciones de la investigación, contenidas en los artículos 227 y 228 de ese mismo código, son disposiciones de procedimiento propiamente tales, razón por la cual y contrariamente a lo sostenido por la defensa, es necesaria la preparación de la causal de nulidad principal planteada en estos antecedentes cuando se reclama una infracción a dichas normas.

Por otra parte, y como ya lo ha resuelto esta Corte con anterioridad, la preparación no dice relación únicamente con la interposición de recursos, desde que estos se encuentran muy limitados en este proceso, el que se desarrolla naturalmente en audiencias y a través de las proposiciones de las mismas partes, de modo tal que la preparación consiste en la oposición tanto antes de la materialización del acto de que se trata, como antes de que este produzca sus efectos; y sea ello a través de la impugnación formal o de la simple protesta u objeción ante el juez.

**CUARTO:** Que, en este escenario, ocurre que de ser efectivo que la defensa sólo tomó conocimiento de la existencia de una supuesta diligencia de

reconstitución de escena en el mismo juicio oral, a través de la declaración de un testigo, fue en ese preciso momento cuando el defensor debió objetar esa declaración y requerir que no se explayase sobre una diligencia de prueba que no constaba en la investigación y que no había sido ofrecida al juicio y, además, era menester que pidiera al tribunal que tal declaración –en caso de haberse desechado su protesta- no fuera tomada en consideración por los juzgadores.

Sin embargo, al margen de no haber antecedente alguno que demuestre haberse objetado la declaración del testigo Bórquez, en cuanto ella comenzó a extenderse a una prueba no conocida por la defensa, se advierte de lo manifestado por los intervinientes en estrados y reconocido por la misma recurrente que, por el contrario, no fue rechazado su testimonio en dicha parte en ese mismo momento.

Luego, de la simple lectura de la sentencia, a fs. 60 vuelta de este legajo, consta que en el alegato de clausura la defensa sólo se limitó a “hacer presente un hecho grave para la defensa...”, relatando lo sucedido, pero sin formular petición alguna acerca de esto, de modo que tampoco se impugnó entonces la falta de registro y la supuesta consecuencia gravosa que de ello se seguía, sin que aparezca comprobado que se haya solicitado al tribunal, efectivamente, que no se considerasen los dichos de Bórquez sobre una supuesta diligencia de reconstitución de escena.

En este caso es a la parte recurrente a la que ha correspondido demostrar cada circunstancia de la causal esgrimida, sin que haya ofrecido ninguna probanza al efecto y apareciendo de los antecedentes con que cuenta este tribunal precisamente lo contrario a lo reclamado por ese interviniente.

**QUINTO:** Que lo expresado resulta suficiente para rechazar el recurso en cuanto a la causal deducida en forma principal, puesto que ha faltado cumplir con la exigencia de preparación, necesaria cuando se trata de la denuncia de infracción de una norma de procedimiento.

**SEXTO:** Que, sin embargo, es posible agregar aún que la invalidación de una sentencia por concurrir la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal es posible únicamente si hubiere existido infracción sustancial de los derechos y garantías que allí se mencionan, lo que en el caso concreto tampoco se verifica, desde que no es cierto que los jueces hayan tenido como único elemento de cargo para comprobar el lugar donde se produjo la agresión a los niños la supuesta diligencia de reconstitución de escena que no habría sido informada a la defensa.

En efecto, de la sola lectura de la sentencia se advierte que el tribunal arribó a la convicción de haberse cometido dos hechos diferentes, en cuanto afectaron a dos víctimas distintas y, acto seguido, dejó constancia en distintos considerandos de cada uno de los presupuestos de esos hechos. Tal es así que en el motivo 15° anota cómo se tuvo por demostrado que el sitio del suceso corresponde a las dependencias del Liceo Alemán del Verbo Divino de Chicureo, el que se encuentra ubicado en Avenida Chicureo 12.500. Dentro de ese mismo motivo, contempla un acápite donde se explica que *“el lugar específico de ocurrencia de los hechos, corresponde al baño de niños del primer ciclo básico del establecimiento y que es el que queda más cerca del patio del sector preescolar, lugar al que los niños del ciclo preescolar podían acceder solos, sin vigilancia de un adulto”*.

El mismo fallo explica que ese punto en particular quedó determinado con la declaración de las víctimas V.J.I.S. y M.S.S.; de las sicólogas Aída Leiva Chacana y Carmen Luz Escala; de la sicóloga del CAVAS, Tamara Levi Dor; de las sicólogas Lucía Valenzuela Barrios y Sandra Molina Sáez; de Margarita Rojo Caquisane; de los padres de los menores, Alejandro Inzunza, Ana María Soto, Claudia Sanz García y Germán Steffens; de los peritos Andrés Quintulén Correa, Natalia Rodríguez y María Soledad Antonucci, quienes realizaron peritajes fotográficos y un croquis del lugar (sobre el peritaje de Antonucci se explica algo más adelante); los dichos de María Cecilia Alonso y Alessandro Pesce Reyes; de la apoderada del colegio Sylvana Albornoz Acosta; de los inspectores Erick Benítez Rivera y Margarita Valdés; y, finalmente, con las fotografías tanto ofrecidas por la parte acusadora como por la defensa. A estos elementos de juicio se suma la controvertida reconstitución de escena a la que aludió el funcionario César Bórquez, cuya declaración también fue considerada por el tribunal en el establecimiento del lugar del suceso.

Como se advierte, la declaración de Bórquez no fue el único antecedente tenido en consideración por los juzgadores para tener por justificado que el hecho ocurrió en los baños, sino que se contó con otros 21 elementos de cargo, entre testigos y documentos.

El peritaje fotográfico de María Soledad Antonucci merece una precisión aparte, puesto que se habría practicado en la supuesta reconstitución de escena, la que se dice "supuesta" dado que en estrados se cuestionó que tal fuera su naturaleza ya que se dijo que sólo se trataba de unos informes planimétrico y fotográfico y que el oficial Bórquez repitió aquello que los niños natural y espontáneamente dijeron en esa ocasión, pero que no se habría

tratado de una real reconstitución de escena en realidad; e incluso, se puso en discusión que la defensa desconociera su cometido, desde que se habría notificado con anticipación su realización a través del apoderado Carlos Cortés, lo que en ese momento no fue objeto de controversia. Sin perjuicio de lo expresado, el peritaje fotográfico mismo de María Soledad Antonucci no fue impugnado.

**SÉPTIMO:** Que, en consecuencia, atendida la circunstancia que la ubicación del lugar del hecho como los baños de niños del primer ciclo básico se tuvo por comprobado con muchos más elementos de convicción que el único que se impugna por la defensa, ocurre que la infracción que se reclama, aun en el evento de ser efectiva, carece de la sustancialidad que exige la disposición legal que señala la causal invocada, razón ésta que sumada a la anterior, de falta de preparación, conducen inexorablemente al rechazo de la causal hecha valer como principal.

En esta parte, valga sólo precisar que la cita del artículo 160 del Código Procesal Penal no es correcta, ya que ese precepto está ubicado en el título de las nulidades procesales durante la tramitación del proceso, esto es, cuando se está en la etapa de preparación del vicio con miras al recurso de nulidad y, en esa fase, el legislador señaló una norma mucho más exigente, con presunción de perjuicio cuando la infracción impide *el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República*, en tanto, al término del proceso, cuando ya se ha hecho uso de todos los medios de impugnación –que es lo que garantiza la exigencia de preparación– el requisito para la invalidación de un proceso es menos exigente, precisamente porque el interviniente afectado tuvo todas las oportunidades

para corregirlo, de modo tal que en el artículo 373 letra a) del código del ramo ya no se exige una infracción que haya afectado el "pleno ejercicio", sino sólo que se hubieren infringido "sustancialmente" los derechos o garantías de que se trata.

**OCTAVO:** Que, en relación a la causal subsidiaria, de la lectura de los fundamentos del recurso en esta parte se advierte que no se está reclamando por la omisión de la exposición clara, lógica y completa del hecho o circunstancias relacionada con la forma en que se tuvo por demostrada la participación del acusado en el delito que afectó al menor de iniciales V.J.I.S., como tampoco del ejercicio en tal forma de la valoración de los medios de prueba que fundamentan esas conclusiones, sino que derechamente lo que se está haciendo es impugnar la ponderación que el tribunal hizo de los medios de prueba, lo que constituye una facultad privativa de esos sentenciadores y que escapa a la revisión por esta vía de este tribunal, que en relación a esta causal hace un examen de tipo formal.

En efecto, de la lectura del razonamiento 34° de la sentencia impugnada se advierte que los jueces del Tribunal Oral se hicieron cargo de toda la prueba y que fueron exponiendo de manera clara, lógica y completa cada uno de los hechos que dieron por asentados y de los elementos de cargo que valoraron en cada caso para arribar a su convicción. En esta parte, el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal ordena a los jueces que su valoración se arregle a lo previsto en el artículo 297 del mismo cuerpo legal, que por su parte les indica libertad de apreciación, pero les impide "...contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados", que fue precisamente lo que aparece guiar las conclusiones

extraídas de sus análisis y sin que el recurrente levante protesta fundada donde afirme que lo concluido por ellos violente alguno de los tres parámetros antes mencionados, sino que se afirma que lo razonado pugna con la posibilidad de convicción más allá de toda duda razonable, lo que no pasa de ser una simple aseveración de ese interviniente, desprovista de fundamento concreto.

En el análisis formal, la sentencia cumple con las exigencias que las disposiciones legales esgrimidas como infringidas señalan según los motivos ya expuestos, razón por la cual en esta parte el recurso de nulidad tampoco puede prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Richard Joey A. Aguinaldo contra la sentencia de ocho de enero de dos mil doce, cuya copia está escrita a fs. 2 y siguientes de este legajo, y contra el juicio oral que le sirvió de antecedente en el proceso Rit O-73-2011 y RUC 090893323-2 los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del Ministro Sr. Guillermo Silva G.

Rol N°978-12

Pronunciado por la Sala de Verano integrada por los Ministros Sres. Sergio Muñoz G., Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., Guillermo Silva G. y Sra. María Eugenia Sandoval G. No firma el Ministro Sr. Muñoz no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de febrero de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.