

Santiago, diecisiete de enero de dos mil siete.

Vistos:

Por sentencia de trece de noviembre de dos mil seis, pronunciada en los antecedentes Rol Interno N° 273-2006 y Rol Único N° 00600170079-9, del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrado por las Juezas señoras Marcela Urrutia Cornejo, Doris Ocampo Méndez y Olga Fernández Berardi, se absolvió a **JORGE ALBERTO TOCORNAL BABRA**, 44 años, soltero, Sub Gerente de banco, cédula de identidad N° 9.085.645-6, de la acusación formulada en su contra de ser autor de los delitos reiterados de abuso sexual en la persona de sus hijos menores Jorge y Joaquín ATP, ocurridos entre julio y noviembre de 2005 en la comuna de Vitacura de esta ciudad.

Asimismo se resolvió **condenarlo**, como **autor** de los siguientes ilícitos:

1.- Delito continuado de **violación**, en grado **consumado**, perpetrado entre Julio y Noviembre de 2005 en la persona de su hijo Joaquín ATP, previsto en el artículo 362 del Código Penal, a la pena de **SIETE AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena

2.- Delito continuado de **abuso sexual**, en grado **consumado**, cometido en la persona de sus hijos menores Jorge y Joaquín ATP, (ambos menores de 14 años), ocurridos entre julio y noviembre de 2005 en la comuna de Vitacura de esta ciudad, previstos en el artículo 366 quater del Código Penal, a la pena de **CUATRO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Se impone al condenado además, el pago de las costas de la causa, se le priva de la patria potestad o del derecho a obtenerla, se decreta su interdicción para ejercer la guarda y ser oído como pariente y se dispone su vigilancia por parte de la autoridad por los diez años siguientes al cumplimiento de la condena, sin concederle ninguno de los beneficios alternativos que contemplada la Ley N° 18.216/1.983, de 14 de Mayo.

En contra de esta resolución, la Defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad por las siguientes causales y con el carácter que a continuación se indica:

A) **Causal principal**, contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, por *infracción de Garantías*, específicamente del *principio de inocencia*, lo que ocurre, en criterio del recurrente, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, específicamente con la acreditación de la data de los hechos imputados, de elementos incriminatorios contra terceros sospechosos y del incidente formulado con ocasión de la liberación por el Ministerio Público de la Testigo Cecilia Pesce Ortega.

B) **Causal conjunta** con la que antecede, y que se funda en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, invocada como *vulneración del Debido Proceso*, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, la que se habría producido con motivo de la investigación de los hechos por parte del Ministerio Público, acusada como imperfecta y con omisión de diligencias relevantes relacionadas con la indagación en torno a la participación de terceros.

C) **Causal Subsidiaria**, por infracción del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, lo que habría acontecido por omisión en la sentencia del requisito del artículo 342 letra c), en relación con el artículo 297, del mismo cuerpo de ley..

D) **Causal Subsidiaria**, sustentada en la vulneración del artículo 374 letra a) del Código Procesal Penal, a cuyos efectos se estima que la sentencia ha sido dictada por tribunal incompetente, lo que ocurre considerando lo dispuesto en el artículo 484 del Código Procesal Penal y la disposición octava transitoria de la Constitución Política de la República en cuanto a que, la fecha inicial de los supuestos delitos es anterior al 16 de junio de 2005 fecha de inicio de la reforma procesal penal en Santiago.

Declarado *admisible* el señalado recurso, por las causales precitadas, se fijó día y hora para la audiencia de rigor, la que tuvo lugar el 28 de Diciembre de 2.006, con la asistencia de los señores Fiscal, Querellante y Defensor, fijándose fecha para la comunicación de la sentencia el 17 de Enero de 2.007, a las 13:00 horas.

Considerando:

A) Causal principal. 373 letra a) del Código Procesal Penal. Infracción de Garantías. Principio de Inocencia. Inversión de la carga de la prueba.

Primero: Que, la primera causal en que se funda el presente arbitrio, encuentra, a criterio del recurrente, sustento en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, en razón de la vulneración del principio de inocencia que ampara al acusado y que se pretende infringido en este caso.

Segundo: Que, tal razonamiento se construye en base de la tesis según el cual el tribunal pone de cargo de la defensa acreditar la data de las lesiones sufridas por uno de los menores víctima, lo que importa en su concepto alterar el peso de la prueba, en términos que la falta de acreditación originó la condena de su representado. Asimismo, sostiene que la deficiente investigación del Ministerio Público -apartada de las normas legales y con omisión de diligencias importantes, especialmente en relación con la incriminación de hechos respecto de terceros no indagados- afectó la garantía señalada, la que asimismo resulta vulnerada como consecuencia del rechazo del incidente formulado por su parte con ocasión de la liberación por el Ministerio Público de una testigo de relevancia. Todo lo anterior, estima, incide en el estándar de convicción que deben adquirir los sentenciadores, desde que este principio de inocencia es el que hace operativo el límite de convicción que está dado por la duda razonable.

Tercero: Que, al respecto, cabe acotar que el reconocimiento expreso -como principio estructural de todo sistema de enjuiciamiento criminal moderno, y que determina su funcionalidad tanto en lo formal como en aspectos sustantivos, como asimismo su adecuada inserción y aceptación en el marco jurídico general de respeto a las garantías y derechos de las personas- está dado por admitir y velar por la eficaz y efectiva aplicación del mismo en el caso concreto, lo que importa aceptar que nadie -y en tanto no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada en su contra, con los resguardos jurídicos de un debido proceso- puede ser estimado culpable de un delito, ni tratado como tal.

Que, sólo con dicho proceder, y en mérito de tal acto jurisdiccional, como es la sentencia, es posible asegurar las garantías de un debido proceso.

Cuarto: Que, en lo substantivo, la necesaria acreditación por parte del Ministerio Público de todos los presupuestos fácticos que sirven de fundamento a su acusación, tanto los que dicen relación con el hecho punible materia de ella, sus circunstancias y las que determinan la participación culpable del imputado, en un justo y racional procedimiento, deberán emanar necesaria e ineludiblemente de la prueba producida en la audiencia del juicio oral, la que en su formulación ha de ajustarse a los principios de publicidad, contradicción e inmediación, conforme a la cual los sentenciadores deberán formar su convicción, en los términos exigidos por el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Quinto: Que, en tal desarrollo, sin perjuicio de lo señalado, y atendido que la necesidad probatoria se plantea como un proceso dinámico, resultante de las diversas formas que pueda asumir la defensa, y que determinarán o impondrán según el caso el despliegue de alguna actividad en tal sentido, particularmente cuando frente a los reproches del Ministerio Público se formule alguna tesis o teoría alternativa de aquélla, caso en el cual será de su cargo acreditarla, sin que por ello se pueda sostener que se afecte el debido proceso o el carácter de inocente del acusado, ya que como se ha venido diciendo la convicción de los jueces, ya para acoger la acusación, ya para desestimarla, ya para admitir los planteamientos alternativos de la defensa, deberá ser consecuencia de la acreditación de los mismo mediante la prueba producida en la audiencia.

Sexto: Que, así las cosas, y en relación con el motivo de nulidad que nos convoca, no puede sostenerse que los argumentos que ha planteado el recurrente -ya en relación con el establecimiento de la data de las lesiones sufridas por el menor Joaquín ATP, cuya precisión o fecha no fue establecida sino entre dos rangos de tiempo, entre los cuales se habría producido la agresión sexual a dicho menor, situación que por lo demás llevó a los jueces a calificar el delito como continuado considerando la ocurrencia de las conductas imputadas, ni aquello que no resulta ser materia de la acusación fiscal como es la intervención de terceros en los hechos, cuestión introducida al proceso por la defensa, como lo relacionado con el rechazo de una incidencia durante la audiencia relativa a la liberación de un testigo por parte de la fiscalía- como lo pretende el señor defensor, importen o conlleven alterar la carga de la prueba y con ello concluir que se lesiona el principio de inocencia. Cabe tener presente al efecto, que tal acontecer no ha importado liberar al órgano persecutor de acreditar sus pretensiones, como tampoco imponer a la defensa la prueba de cargos, ya que el establecimiento de los presupuestos que introdujo esta última al juicio, y que pudieren haber sido de mérito para generar alguna duda razonable en los sentenciadores en términos que los determinara a resolver de una manera diferente a como lo han hecho, no importan la vulneración que por esta causal ha sido formulada, considerando que la valoración emana, por cierto, de la prueba aportada al juicio.

Séptimo: Que, por lo expuesto, consecuencialmente no se acogerá la presente causal.

B) Causal principal conjunta. 373 letra a) del Código Procesal Penal por vulneración del Debido Proceso.

Octavo: Que, el segundo motivo en que se funda este arbitrio y que se ha formulado conjuntamente con el principal, se sustenta en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, cuya transgresión se habría producido por vulneración de la Garantía del Debido Proceso,

establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, como consecuencia de la deficiente investigación desarrollada por el órgano persecutor en cuanto imperfecta y no ajustada al estándar legalmente exigible.

Noveno: Que, de lo expuesto es claro que el vicio que sirve de soporte al presente recurso, se relaciona con la “calidad” de la investigación del Ministerio Público, órgano a quien por imperativo del artículo 83 de la Constitución Política de la República le corresponde de manera exclusiva la investigación y el ejercicio de la acción penal, actividad que ha sido reglamentada en el Código Procesal Penal, y sujeta a los controles que la misma ley establece, como son aquellos dados al Juez de Garantía, al imputado y demás intervinientes. De tal manera que, aún hipotética o especulativamente, para el caso de ser efectiva la afirmación de la Defensa, en cuanto a las deficiencias, infracciones y omisiones que ha señalado, ellas debieron ser materia de reclamación en la oportunidad correspondiente, es decir durante el curso de dicha investigación y aún en la etapa de preparación de juicio oral, por vía de exclusión de prueba, por lo que, al no hacerlo, los reproches en que busca asilo, resultan improcedentes, y no pueden servir de fundamento al presente recurso.

Que en todo caso, lo sostenido es sin perjuicio de la valoración que de los antecedentes de prueba aportados al juicio en cuestión y en su caso, pudieron hacer los jueces del tribunal de Juicio Oral, ya para dar mérito a las pruebas aportadas, o bien para desmerecerlas en razón de su génesis contraria a las normas legales o constitucionales que reglan la labor del Ministerio Público, única fórmula que resulta procedente en dicho estadio procesal y que se comprenden en las facultades de los Jueces de este último Tribunal.

Décimo: Que, acorde a lo razonado, no se hará lugar al acogimiento del recurso interpuesto por este motivo.

C) Causal subsidiaria. Infracción del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos de este mismo cuerpo de ley.

Undécimo: Que la tercera causal, planteada como subsidiaria de las precedentemente referidas, encuentra anclaje en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, la que al decir del recurrente, se ha configurado por omisión en la sentencia del requisito del artículo 342 letra c), en relación con el artículo 297, del mismo cuerpo legal, en razón de sobrepasar dicha resolución los límites de la libre valoración de la prueba, al no contener una exposición clara, lógica y completa, no sólo de los hechos y circunstancias de la causa, sino también de aquellos que dicen relación con la valoración de los medios de prueba en que se fundamentan sus conclusiones, lo que determina en definitiva que el fallo recurrido arribara a juicios parciales y equivocados.

Duodécimo: Que, es menester dejar sentado que el régimen probatorio adoptado en el nuevo sistema y que comprende por una parte la libertad de prueba y por la otra, la libre valoración de la misma -dos aspectos indispensables para su adecuada funcionalidad- no puede sino tener otros límites que los expresamente dados por el legislador, cuales lo son, *la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*, todo lo cual ha de materializarse en la fundamentación de las decisiones judiciales, de tal forma que estas guarden la correspondiente armonía con los extremos señalados, en términos de satisfacer los fines del proceso, manera en

que se legitiman las resoluciones judiciales, particularmente aquellas contenidas en una sentencia definitiva, en el contexto de la seguridad jurídica y de la paz social.

Décimo Tercero: Que, en dicho mérito, y del tenor del extenso fallo que ha precedido a la decisión de los sentenciadores, quienes incluso, como plus han transcrito las diversas actuaciones llevadas a efecto en la audiencia, sin que ello sea una exigencia de las estrictamente necesarias que señala el artículo 342 del Código Procesal Penal -es sólo a partir de la motivación decimotercera, donde se da inicio al análisis de la prueba que han percibido por sus sentidos y que en dicho contexto les corresponde exclusivamente ponderar- arriban a la conclusión que en relación con la acusación Fiscal relativa a los delitos de violación del menor Jorge ATP y de abuso sexual de los menores Jorge y Joaquín ATP, se habrían acreditado tanto aquellos como estos, así como la participación que en calidad de autor ha correspondido en ellos al imputado.

Décimo Cuarto: Que, sin embargo, tales consideraciones no se ajustan al raciocinio propio del marco legal a la hora de arribar a la decisión condenatoria, ya que está afectado el mecanismo de la lógica con que se ha debido obrar en relación a los tópicos que se han planteado en el recurso por esta causal, ya para acoger la prueba de la fiscalía, ya para desestimar aquella aportada por la defensa, como al referirse a los hechos no probados de la causa en relación con tales ilícitos.

Décimo Quinto: Que, en efecto y como se ha advertido en el libelo, la existencia de aparentes discrepancias entre los informes periciales producidos en la causa, en cuanto a la fecha y naturaleza de las lesiones que han sido advertidas en el menor, no han sido obstáculo para tener por sentada su naturaleza y origen, lo que sin embargo, ha ocurrido sin que los jueces expliquen o den razón de tal proceder, omisión que importa transgredir el precepto del artículo 342 letra c) del Código procesal Penal, sin que pueda sostenerse como lo pretende Fiscalía, que por tratarse de una cuestión accesoria o inexistente, sea suficiente para subsanarla y despejar las dudas que al respecto se plantean, más aun cuando tales afirmaciones deben provenir precisamente del Tribunal y no de las partes del juicio.

Décimo Sexto: Que, del mismo modo y para cumplir los fines de fundamentación del fallo, particularmente aquel que permita reproducir de forma clara y precisar el razonamiento de los sentenciadores, no concurre, a la hora de decidir, cual es la data de las lesiones, las razones por las cuales no fue posible determinar le fecha en que ocurrieron, ya sean estas positivas o negativas, y las consecuencias, si alguna tuviere, en la decisión definitiva y en relación con los planteamientos de la defensa. Más aún cuando en base a dicha indeterminación se llegó a concluir que los delitos acreditados tenían el carácter de continuados, sin que, y por las mismas razones, se satisfagan las exigencias doctrinarias dadas para tal figura, de lo que resulta que el lógico encadenamiento de pruebas, valoración de la misma, hechos probados o no probados, y conclusiones, en la especie no resulta de una secuencia correlativa de etapas, o procesos ya materiales, ya intelectuales, lo que impide, como se ha anticipado, satisfacer los requerimientos perentorios de la norma del artículo 342 letra c) y en relación con el artículo 297, ambas del Código Procesal Penal.

Décimo Séptimo: Que, las anteriores reflexiones son igualmente aplicables al planteamiento que formula el recurrente en relación con las conclusiones inconsultas que se han

derivado de las exposiciones de los peritos Marlene Martínez y Digadiel Rojas, en cuanto a ciertas características del imputado, por lo que las mismas, sin el idóneo sustento, impide a los jueces arribar a ellas, ya sea por carecer de tales conocimientos, ya por no existir antecedentes de tal naturaleza que la determinen.

Décimo Octavo: Que, por lo demás y a mayor abundamiento, cabe señalar que la forma general como el Tribunal ha procedido para rechazar la prueba documental producida en la causa, sin perjuicio de la nominación que en cada caso y respecto de los instrumentos en cuestión se ha dado, resulta del todo insuficiente ya para atribuirle mérito o bien restárselo sin siquiera ilustrar o precisar el porqué ellos no son significativos o no aportan elementos de juicio a la hora de su ponderación.

Décimo Noveno: Que, conforme lo dicho, el presente recurso será acogido por esta causal en análisis, resultando por consiguiente innecesario pronunciarse por el motivo cuarto de nulidad, esto es la causal subsidiaria que se funda en el artículo 374 letra A) del Código Procesal Penal.

Y visto lo dispuesto en los artículos 297, 342, 372, 374 letra e), 376, 383, 384, 386 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso, de nulidad deducido por la Defensa del imputado Jorge Alberto Tocornal Babra, por la causal tercera subsidiaria, esto es, la del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, declarándose por consiguiente la nulidad del juicio y de la sentencia de tres de noviembre de dos mil seis, dictada en estos antecedentes por la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, debiendo procederse a realizar un nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado.

Acordada con el voto en contra de abogado integrante Sr. Domingo Hernández E., quien estuvo por rechazar el recurso en estudio por todas las causales formuladas, en atención a las siguientes consideraciones:

1.- Que en lo que dice relación con los dos primeros motivos de invalidación que se han esgrimido, comparte los fundamentos dados en la presente sentencia y los hace suyos.

2.- Que en lo concerniente a la causal tercera subsidiaria y que dice relación con la infracción al artículo 342 letra c) en relación al artículo 297 del Código Procesal Penal, la que se fundamenta en el motivo de nulidad que contempla el artículo 374 letra e) del señalado cuerpo legal, estima que los planteamientos del recurrente sólo dice relación con una diversa valoración de la prueba aportada al proceso, cuya ponderación, por ser de la esencia de la potestad jurisdiccional, compete de manera exclusiva a los jueces de la causa, toda vez que, y en razón de los principios de la inmediación, contradicción y oralidad, sólo estos se encuentran en situación de aquilatarla.

3.- Que, en tal contexto, la diversa apreciación que de la prueba rendida tuviere el recurrente, no puede servir de fundamento a un recurso de carácter extraordinario y estricto como el que se analiza, más aún cuando de su exposición no aparece que se hubiere incurrido en los vicios que se denuncian.

En efecto, del examen del fallo impugnado se desprende que los jueces se han hecho cargo de la prueba rendida, dando en cada caso los fundamentos que permiten claramente comprender las razones por las cuales fue admitida o rechazada, exponiendo igualmente y de

manera lógica, las consideraciones que en virtud de ella les fue posible arribar para el establecimiento de los hechos que tuvieron por sentados, los que por reunir en su caso las exigencias típicas, pudieron ser calificados acorde con los delitos que establecen y sancionan los artículos 362 y 366 quarter del Código Penal, de tal suerte que no surge ninguna duda en cuanto a que la sentencia en cuestión cumple a cabalidad con los requisitos del artículo 342, letra c), sin que los extremos probatorios dados por el artículo 297 del Código Procesal Penal, hubieren sido sobrepasados, desde que no se advierte, más aún ni el recurrente lo señala, cuál es el principio de la lógica contrariado, ni los conocimientos científicos transgredidos, menos aún se refiere el recurso a las máximas de la experiencia, sin que la sola mención genérica de estos elementos inherentes a la sana crítica, sin la debida especificación en cada caso, pueda revestir mérito suficiente para configurar un vicio de nulidad, con las consecuencias que de ello deriva, particularmente en el caso de autos, desde que la anulación del fallo conlleva la realización de un nuevo juicio y por consiguiente, una nueva exposición de las víctimas de corta edad, a los trámites y tensiones que eso significa, por lo que el rigor en el análisis de la causal invocada y el imperativo de no desvirtuar el sentido y alcance de este arbitrio, llevan a este disidente a rechazar la presente causal de invalidación.

4.- Que, por último, y en relación con la causal del artículo 374 letra A del Código Procesal Penal, y dado que es un hecho de la causa que los sucesos acontecieron entre julio y noviembre de dos mil cinco, fechas en la que se encontraba plenamente vigente en la región metropolitana la novel justicia penal, el conocimiento de estos antecedentes ha sido sometido y resuelto por el tribunal que conforme a la ley, naturalmente era llamado a ello, por lo que en la especie no se configure el vicio que por esta causal se ha reclamado.

5.- Que, por lo expuesto, estuvo por rechazar el recurso en todas sus partes y, en consecuencia, declarar que el juicio oral de autos, así como la sentencia de trece de noviembre de dos mil seis, pronunciada por la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, no son nulos.

Redacción del Abogado Integrante señor Juan Carlos Cárcamo Olmos y del voto disidente su autor.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 6112-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y los abogados integrantes Sres. Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández E.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.