

ABUSO SEXUAL SIMPLE Y AGRAVADO. JUICIO ORAL. INTRODUCCIÓN DE OBJETOS DE CUALQUIER ÍNDOLE

REPUDIO AL CARÁCTER INVASIVO DE LA CONDUCTA. NORMA NO ALUDE SÓLO A OBJETOS INANIMADOS O INERTES. HISTORIA FIDEDIGNA DE LA NORMA. ACCIÓN DE CONNOTACIÓN O RELEVANCIA SEXUAL. PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL. DELITO CONTINUADO. NECESIDAD QUE EXISTA UNIDAD JURÍDICA DE ACCIÓN
Doctrina

I. El delito previsto en el artículo 365 bis del Código Penal se configura mediante la acción sexual de introducir un dedo por vía vaginal, pues la norma habla de la "introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal...", debiendo entenderse incorporada en tal amplitud la mano, y, consiguientemente, al dedo, ya que la atención del legislador no está puesta en la naturaleza del objeto, no es ello lo que repudia, sino el carácter invasivo de la conducta desplegada, siendo este elemento el que lo distingue del abuso sexual simple. La referencia a "cualquier objeto" no mira a la cualidad ni a la índole de aquél, por lo que resulta incorrecto estimar que la norma sólo alude a la introducción de objetos de carácter inanimado o inerte, porque de interpretar así el precepto, se sancionaría como abuso sexual simple tanto la introducción de una mano empuñada al interior de la vagina como el mero roce de la mano por sobre la vagina, lo cual claramente no ha sido la intención del legislador

La historia fidedigna de la norma refuerza la conclusión antes explicada, pues en el estudio del proyecto de ley que introdujo esta disposición, se dejó constancia que el concepto de introducción de objeto de cualquier índole en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como de cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, tal como lo es la mano

II. Para determinar si la introducción de un dedo en la vagina de la víctima menor de catorce años fue una acción de connotación o relevancia sexual, esta determinación no atiende a criterios subjetivos o de satisfacción sexual del hechor, sino que se construye en base a parámetros objetivos, referidos a la afectación directa de partes protegidas del cuerpo humano y con la aptitud de las conductas del hechor para afectar el desarrollo sexual del infante, toda vez que es precisamente la indemnidad sexual de la menor de catorce años lo que se busca proteger

III. No puede castigarse como delito continuado dos ilícitos, a efectos de considerarlos como un solo delito, cuando se ha establecido la existencia de dos situaciones fácticas diversas, ocurridas en días distintos claramente determinados, aun cuando coincidan sujeto activo y pasivo, porque la conducta desplegada es claramente distinguible, y de ser así no puede estimarse que existe unidad jurídica de acción. Contribuye a determinar si hay o no unidad jurídica de acción, el que, en la especie, el delito se haya verificado en el domicilio del hechor, en días distintos, por lo cual la presencia de la víctima en dicho lugar no era algo previsible para éste, observándose un accionar nuevo y distinto del originalmente desplegado en la comisión del segundo delito y, a mayor abundamiento, las conductas fueron distintas, calificadas jurídicamente de manera diferente, como constitutivas de un abuso sexual simple y un abuso sexual agravado

En nuestra legislación, no hay norma expresa que permita apoyar la teoría del delito continuado, reconociéndola la doctrina y de manera más excepcional la jurisprudencia, que si bien la rechazaba en un principio, tiende a aceptarla si se comprueba la unidad del dolo, de la finalidad, y también cuando surgen dificultades para probar el número de delitos por lo que se busca castigar si se aplicaran las reglas del concurso real, argumento este último que asoma como frágil, pero que la doctrina comparada acepta

Texto completo de la Sentencia

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Santa Cruz, 4 de julio de 2007.

Vistos, oídos los intervinientes y considerando:

Primero: Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, constituido por la Juez Presidente, doña María Angélica Mulatti Oyarzo y los Jueces don Rodrigo Gómez Marambio y don Fernando Bravo Ibarra, se verificó la

audiencia del juicio oral de la causa RIT N° 8 2007, seguida en contra de Mario Enrique Cortés Cortés, cédula de identidad N° 6.109.867 4, nacido el 24 de septiembre de 1948, 58 años de edad, trabajador en forestación, domiciliado en Pasaje Las Lilas, Pichilemu, actualmente recluido en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Santa Cruz.

Sostuvo la acusación, el Ministerio Público, representado por el fiscal, don Jorge Mena Ocares, domiciliado J. J. Aguirre N° 505 de la comuna de Pichilemu, y forma especial de notificación a través de correo electrónico a la dirección jmena@minpublico.cl, quien fue acompañado por el abogado asistente de esa fiscalía don Rodrigo Troncoso Ortega, con mismo domicilio y forma de notificación.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Publico, don Jorge Araneda Chacón, con domicilio en José Joaquín Pérez N° 262 B comuna de Pichilemu y forma de notificación a través del correo electrónico jaranedac@defensoriapenal.cl.

Segundo: Que la acusación materia de este juicio se basó en los siguientes hechos:

Primer hecho: Que el día 27 de diciembre de 2006 en horas de la tarde, la menor de iniciales CNSM de nueve años de edad, concurre al domicilio del acusado Mario Enrique Cortés Cortés, ingresa a su dormitorio, ubicado en Pasaje Las Lilas, Pichilemu y en la cama el acusado procede el imputado a realizarle tocaciones a la menor en diferentes partes del cuerpo como espalda, senos y vagina.

Segundo hecho: posteriormente, el día 28 de diciembre de 2006, a una hora no determinada de la tarde, la misma menor de iniciales CNSM concurre nuevamente al domicilio del acusado, ingresando a su dormitorio ubicado en Pasaje Las Lilas, Pichilemu y en la cama procede a realizar tocaciones en diferentes partes del cuerpo como espalda, senos y a introducirle un dedo en el interior de la vagina ocasionándole lesiones en su zona vaginal.

El Fiscal calificó el hecho N° 1 como constitutivo del delito de abuso sexual impropio previsto y sancionado en el artículo 366 bis del Código Penal y asimismo el hecho N° 2 como constitutivo de dos delitos de abuso sexual agravado, previstos y sancionados en el artículo 365 bis N° 2 del Código Penal, ambos en grado de consumados, en los que atribuyó al acusado participación en calidad de autor, en los términos del artículo 15 N° 1 del mismo Código.

Se agregó en la acusación que le favorece al imputado la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, de irreprochable conducta anterior. Conforme a lo anterior, se solicitó en principio se imponga al acusado una pena de cuatro años por el primer hecho y siete años por el segundo, más accesorias legales; incluidas las del artículo 28, 372 bis, y artículo 372.

Tercero: Que, la defensa solicitó la absolución de su defendido en relación al hecho N° 1, ya que no se acreditó que fuera el responsable del delito, y segundo lugar respecto del hecho N° 2 una distinta calificación jurídica de lo que se está acusando por el ministerio público.

Precisó la defensa que la absolución del primero de los hechos, se funda en el relato del mismo imputado quien no solamente en este tribunal sino que además en sede policial y durante todo el transcurso de la investigación ha mantenido su versión en cuanto a que la conducta de abuso sexual fue solamente en una oportunidad y que en esa oportunidad sería el jueves 28 de noviembre del año pasado, también por el relato de la misma menor que señaló a todos los intervinientes de este tribunal de manera libre, espontánea y clara, un solo hecho, señaló que nunca le había pasado algo similar con anterioridad a este hecho del jueves 28 de diciembre, por más que se trato por parte del ministerio público de lograr que la menor señalara otro hecho, no fue así porque no existió otro hecho, porque la lógica de la situación nos indica solamente un hecho porque si miramos aisladamente el relato de la víctima con el relato del imputado hay una coincidencia extrema, una coincidencia que es innegable de manera que a juicio de este defensor es absolutamente viable absolver al imputado de este hecho porque son coincidentes los relatos de la víctima con los relatos del imputado y que podemos decir en contra; Agrego que, tenemos el relato de la madre, tenemos el relato de una tía y tenemos la declaración de la perito psicóloga, quizás el punto que más tenemos que analizar por parte de la defensa porque a juicio del defensor el relato y lo que señala la perito en su declaración no debe ser y no es sustento suficiente como para creer que existen dos hechos, primero porque no es lógico que una persona que ha sido afectada sexualmente, que ha sido objeto de besos, tocaciones en la vagina y de pechos vuelva al domicilio del agresor a exponerse nuevamente a situación similar, eso no es lógico, no es lógico una situación de esa manera y eso es coincidente con lo que señala la misma madre de la menor que sostiene que inmediatamente ocurridos los hechos el jueves 28 la menor esa misma noche manifiesta trastorno de sueño, esa misma noche llora de manera que es absolutamente creíble

que efectivamente el hecho solamente se refiere al jueves 28 porque fue en ese momento donde se vivenciaron los síntomas, no fue la noche del 27, fue la noche del jueves 28, y que podría pasar porque simplemente y lo que cree el defensor esta circunstancia del jueves 28 provocó un trauma en la menor que simplemente atribuye y justifica dos hechos en solo uno; solamente la menor esta señalando que existen dos hechos en solo uno, es la única forma de justificar una situación de esta manera.

Respecto hecho N° 2, la defensa sostiene y como lo señaló también en el alegato de apertura que no estamos frente a una figura del artículo 365 bis N° 2, sino que simplemente estamos frente a una figura de un abuso sexual simple, porque a juicio de la defensa lo que se ha tratado de señalar por el ministerio público como un objeto, lo que sería el dedo, no lo es a juicio de este defensor, un objeto es algo que puede separarse físicamente de un todo, es algo que lógicamente el dedo no lo es, el dedo forma parte de un cuerpo humano y ese es el sentido lógico de la norma que señala el artículo 365 bis no se puede separar del cuerpo humano un dedo, una nariz, una oreja porque son parte del cuerpo humano y ese no es el espíritu que se estableció en el artículo 365 bis hablar de objeto de cualquier índole, claramente el dedo no es un objeto de cualquier índole como para establecer el abuso sexual agravado de igual manera a juicio del defensor tampoco hay esta introducción y que es lo que tenemos para acreditar esta introducción de objeto, efectivamente lo hay respecto de la declaración del perito matron, solamente señala que el himen lo vio sin desgarrar que no vio lesiones externas, respecto del informe médico legal efectivamente señala que hay una penetración pero también sostiene que hay un himen complaciente, un himen que presenta elasticidad, un himen que vuelve a su estado natural por lo tanto, lo lógico de ese entender es que es muy difícil establecer la existencia de una efectiva penetración porque la naturaleza del himen complaciente no lo permite; porque lo que permite solamente es establecer las lesiones externas que puedan tener en los genitales, las lesiones que efectivamente constató el perito del servicio médico legal, y esas lesiones a juicio de la defensa solamente son compatibles con Abuso Sexual Simple del artículo 366 bis, y eso lo que a juicio de la defensa solamente existe de manera, que en definitiva la defensa sostiene la absolución del imputado del hecho N° 1, toda vez que no se ha logrado acreditar más allá de toda duda razonable su participación en el mismo, ni la existencia misma del hecho; respecto del hecho N° 2, una distinta calificación jurídica esto es, que se trata solamente de un abuso sexual simple del artículo 366 bis.

En subsidio de la petición absolutoria, solicitó se le reconozcan las atenuantes de los artículos 11 N° 6 conforme al 68 bis y en el evento que no se acoja el 68 bis lo más apropiado es aplicar las penas del artículo 64 y sancionar cada uno de los delitos por separado en sus mínimos respectivos, esto es tres años y un día para el hecho N° 1, y cinco años y un día para el hecho N° 2, pero la referencia al 351 del Código Procesal Penal fue exclusivamente en el caso que se acogerá la calificación de la irreprochable conducta anterior.

Cuarto: Que el acusado declaró luego de la apertura del juicio y dijo que ejecutó sólo un hecho y no dos como se le acusa; él estaba accidentado del pie y estaba en la cama, llegó la menor y la hizo pasar, realizando masaje con un masajeador artesanal y ahí fue cuando la toco pero no le metió el dedo.

Su casa es una mediagua de madera, la cual tiene una pieza con una cama y una cómoda, trabaja en forestación en retiro que está a 15 kilómetros, llevaba dos semanas accidentado por quebraduras en el trabajo. Conocía a la niña de chiquitita, la niña tiene entre unos 8 a 10 años, a ella le dice Cony. Ese día fue y entro andaba jugando con otro niño chico, el estaba en la cama cuando llegó y se sentó en la cama, andaba con pantalón blue jeans y un polerón. La niña le preguntó por un instrumento que era un masajeador y ella le pidió que le hiciera masaje, haciéndole por el pelo y la espalda, ahí fue que la toqueteo en la vagina, solamente ahí. El estaba tendido en la cama y ella también, la tocó por encima del pantalón, por encima del calzón, la tocó con el dedo del medio. A los funcionarios policiales les declaró lo mismo que esta declarando ahora, todo lo que les dijo a ellos era verdad. Agrega que le tocó los senos también, indicando que la niña fue sólo una vez a su casa, no recordando qué les dijo a la policía en relación a esto. Se hace uso de la facultad del artículo 332 Código Procesal Penal para efectuar contradicción, donde lee que "El día miércoles también fue a jugar a su casa, también fue a su pieza", reconoce que fue a jugar ese día pero al patio. Lleva detenido seis meses, lo fue a ver un psicólogo y no dio entrevista porque el señor abogado le dijo que no diera entrevista.

El está acostumbrado a leer en voz baja. Su relación con sus vecinos es buena, hay más niños y no ha tenido problemas con ellos, vio crecer a hartos.

En cuanto a su detención se produjo como a las 8:00 a 9:00 horas de la noche, lo llevaron al hospital se hizo el informe y lo llevaron a carabineros a declarar, andaba con un yeso, la declaración fue como a las 23:00 horas y termino como a las 00:00 a 01:00 horas de la noche, sus derechos se los dijeron en el calabozo luego de haber declarado. Carabineros le dijo que si declaraba se podía ir al otro día para la casa.

Indica que a la menor la toco sólo por fuera y al otro día también fue a su casa pero sólo a jugar al patio. El hecho se produce por que a él le entro el diablo, la tentación.

Quinto: Que, la controversia en este juicio oral consistió en determinar si ocurrieron los hechos contenidos en la acusación y si éstos configuraron acciones sexuales abusivas, distintas del acceso carnal, de aquellas que se establecen en el artículo 366 bis, en cuanto al primer hecho, y si ha existido una acción sexual consistente en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal, bucal o utilizando animales en ellos como refiere el artículo 365 bis N° 2 del Código Penal en relación al segundo hecho.

Sexto: Hecho N° 1 de la acusación.

Respecto del hecho signado como N° 1 de la acusación, esto es, el delito de abuso sexual cometido por el acusado en la persona de la menor de iniciales C. N. S. M. el día 27 de diciembre de 2006, la prueba de cargo, en concepto de este Tribunal y tal como se adelantó en el veredicto, reunió el grado de convicción necesario para acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, el que requiere para su configuración que el sujeto activo haya realizado alguna acción sexual distinta del acceso carnal a una persona menor de 14 años de edad, entendiendo por acción sexual lo que señala el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, esto es, "...cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella".

En efecto, el ilícito resultó plenamente demostrado a partir de la relación lógica y armónica de los diversos elementos probatorios aportados por la Fiscalía, que en suma permitieron reconstruir y dar veracidad al relato del hecho que entregó la propia menor ofendida en los momentos y días inmediatamente siguientes a su ocurrencia.

De este modo, se contó en primer lugar con los dichos de Gloria Moreno Candía, madre de la menor C. N. S. M., quien, en cuanto a lo que este hecho importa, señaló al tribunal haberse enterado el día 28 de diciembre que su hija había sido manoseada y besada en la boca por su vecino Mario, precisando que lo supo cuanto se lo contó su vecina Rossana en compañía de su hija mayor y de la niña, a raíz de lo cual efectuaron la denuncia a Carabineros y los trámites posteriores, entre los cuales estuvo su concurrencia al hospital a constatar las lesiones y su declaración en Fiscalía ese mismo día. Agregó que después de que prestaron declaración en carabineros respecto al hecho que motivó la denuncia, la niña contó que el día anterior, esto es, el 27 de diciembre de 2006, había pasado igualmente a la casa de don Mario y éste la había manoseado, explicando que con ello se refería a que el sujeto la había tocado en su cuerpo y en su vagina. Señaló asimismo en detalle las secuelas psicológicas y físicas que ha presentado la menor después de los hechos, lo que ha motivado su tratamiento por especialistas.

Por su parte, se contó también con el relato de Rossana Yáñez Cáceres, quien dijo haber sido la primera persona a quien la menor le contó los hechos, cuando estando en su casa el día 28 de diciembre en la tarde llegó hasta su casa la menor y le indicó que quería hablar con su marido –que es carabinero– para que la ayudara, contándole que don Mario le había hecho tocaciones en su cuerpo, en sus partes genitales y que le había dado besos, lo que ocurrió dos veces, el día 27 y el día 28 de diciembre. La testigo refirió también al igual que la madre haber acompañado a la niña a hacer la denuncia y a las diligencias posteriores.

Coincidió con el relato de ambas mujeres en este punto lo expuesto por el perito matron Mario Morales Cárceres, quien señaló haber entrevistado a la menor en el Hospital de Pichilemu, quien en su anamnesis (relato de la menor afectada acerca de qué le había ocurrido) le dijo que le habían introducido algo por la vagina, un poquito, y que esto sucedió en dos días. Explicó asimismo que la examinó y pudo distinguir la existencia de erosiones en su vagina a las 4 y a las 8 según las horas del reloj y que ellas eran sugerentes de un intento de penetración vaginal de un objeto extraño, presentando a simple vista su himen intacto.

Es decir, lo informado por el perito, respecto que la niña le indicó que la agresión sexual descrita le había ocurrido en dos días distintos, ratificó lo señalado por las testigos anteriores, agregando que él pudo constatar –como se analizará con más detalle al tratar del hecho N° 2– la existencia de lesiones que resultaban compatibles con lo descrito por la niña, dándole una evidente credibilidad a lo por ella expresado.

A ello debemos agregar que la verosimilitud de lo dicho a ellos por la menor resultó congruente con el mérito de la 2ª convención probatoria alcanzada por las partes, en virtud de la cual fijaron como hecho no controvertido que "el día 27 de

diciembre del año 2006, la menor de iniciales C. N. S. M. ingresó al domicilio del acusado”, domicilio que situó el acusado en su declaración en Pasaje Las Lilas de Pichilemu, con lo cual fue posible tener por cierto que ella estuvo ese día en ese lugar, ratificándose el contexto en que según la niña se produjo este hecho.

Por su parte, la perito Camila Oro Villalón, quien expuso la pericia psicológica realizada a la ofendida y recibió un relato más completo de los hechos, indicó que la entrevistó el día 4 de enero de 2007 y la niña le describió de manera inestructurada dos eventos que ella contextualiza el día miércoles y el día jueves, dándole una connotación de mayor relevancia al evento del día jueves. Le indicó que el motivo de la citación a la fiscalía era porque “casi me abusan y usted me va a ayudar a que lo metan más años preso”. El primero de los eventos fue cuando ella habría ido a vender unos números de rifa para ayudar a su amiga Lisette a la casa de este señor identificado como don Mario, él les habría dicho que no, por lo que ellas se van, pero luego él los llama y ella va a la pieza y él la hace entrar y ahí le había tocado los pechos, le habría dado besos en la boca y le habría tocado la vagina, y ella luego sale; describió luego el otro evento, ocurrido al día siguiente, en que además de estas mismas acciones esta persona le habría introducido un dedo en su vagina, lo que le produjo dolor, posterior a lo cual le informa lo sucedido a la mamá de su amigo Álex, revelándose la situación.

Precisamente es esta psicóloga quien obtiene un relato claro y preciso de este primer hecho, lo que puede explicarse por las mejores condiciones en que se produce la entrevista y las herramientas técnicas que permite la psicología, cuyo conocimiento da mayores posibilidades para obtener un relato completo. Lo narrado a esta profesional concuerda con lo expresado por los anteriores testigos, tanto por la presencia de dos eventos, como por la clara caracterización del segundo de ellos, en que se produjo la introducción de un dedo en su vagina, lo que la niña asocia a dolor, lo que si bien no ocurrió en el primer hecho, en que sí están presentes besos en su boca y tocaciones en sus pechos y vagina, permiten advertir una conducta en escalada en cuanto a contacto corporal, desde las caricias o besos hasta lo más invasivo que se dio en el segundo hecho, lo que hace coherente lo expresado por la perito y da credibilidad a lo relatado a ella por la menor. La verosimilitud de lo expresado por Oro Villalón también se advierte tanto de diversos detalles del relato que reproduce de la niña como de las apreciaciones que le despierta su forma de desenvolverse, ya que concuerdan con lo que estos sentenciadores pudimos distinguir también en el relato obtenido de la menor en la audiencia.

La perito añadió que en su informe pudo concluir que la niña da cuenta de dos eventos de vulneración a la esfera de la sexualidad, logrando describir su fecha a través de eventos externos a ella, señalando que cuando se producen ella no estaba en clases y era antes del año nuevo; que imputa a un único sujeto como agresor; y que el relato presenta indicadores de credibilidad tales como una producción inestructurada, una estructura lógica, cantidad de detalles, un engranaje contextual, admisión de falta de memoria, correcciones espontáneas, y sintomatología reactiva a los hechos, aspecto último que es reafirmado por la madre y que se caracterizaría por alteraciones en el sueño, en el ánimo, sentimientos de tristeza, temor y rechazo a la figura paterna; entre otros.

La presencia de estos elementos que apoyaron su conclusión final de que el relato era creíble, fueron compartidos por el Tribunal, tanto porque la información entregada por la perito pudo ser cotejada y validada a través del relato de los otros testigos que depusieron en el juicio, como porque se pudieron distinguir y ponderar tales elementos directamente por estos jueces en gran medida al analizar el relato entregado por la niña, haciendo verosímil su doble imputación contra el acusado, y además porque si bien –en el caso de la sintomatología asociada al daño derivado de un evento traumático en la esfera de la sexualidad– no puede relacionarse con la ocurrencia de más de un suceso, no es tampoco que no tenga ninguna relación: precisamente el daño y los indicadores que lo manifiestan, pueden perfectamente ser la consecuencia de una situación traumática en sentido amplio, comprensiva de los dos hechos aludidos, máxime si entre ellos mediaron menos de 24 horas.

En este punto, cierto es que la defensa intentó sembrar la duda al interrogar a la madre de la menor en cuanto ésta narró que sólo después del segundo hecho, esto es, en horas de la noche del día 28 de diciembre de 2006, la menor presentó trastornos en el sueño, no podía dormir y escuchaba pasos, lo que no le había ocurrido antes. Ello sin embargo no pareció tan categórico como quiso plantear la defensa para descartar que antes de aquel día la niña hubiere sufrido el primer hecho descrito en la acusación, toda vez que habiendo ya llegado a la convicción de que este primer hecho existió, conforme todo lo expuesto, la reacción de la niña sólo ese día pareció razonablemente explicada por una conjunción de factores: el primer hecho había ocurrido precisamente tan sólo un día antes, sin dar mucho tiempo para reaccionar, especialmente si para la niña se trataba de un hecho nuevo y sin una secuela evidente e inmediata; el segundo hecho, por el contrario, fue más impactante, ya que le produjo evidente molestia (llegó a golpear al sujeto en el mismo momento) y le generó dolor físico (dijo que le dolió la vagina y que después le quedó irritada); y fue después de este segundo hecho que se develó lo ocurrido y que ella debió contarle primero a la mamá de su amigo (la testigo Rossana Yáñez), luego a su madre, más tarde a carabineros y al matrón, lo que ciertamente –de acuerdo a las máximas de la experiencia– debió haberle generado conciencia de la gravedad de la situación y temor a vivirlo nuevamente. En consecuencia, parece natural y no sirve para cuestionar la efectividad del primer hecho el que hayan aparecido los

antedichos trastornos sólo en la noche del día 28.

Respecto al testimonio prestado por la menor en el juicio, y si bien puede en principio desprenderse de él una debilidad para el caso de la Fiscalía, en cuanto ella señaló que esto había ocurrido sólo una vez, en circunstancias que fue a venderle a don Mario números de rifa –aludiendo al hecho situado el día 28 de diciembre– aquello se pudo explicar convincentemente a juicio del Tribunal de modo de superar el estándar de la duda razonable y llegar con ello a la decisión de condena.

Así, se tomó en cuenta lo referido por la perito psicóloga Camila Oro Villalón, quien a lo anteriormente mencionado agregó que la menor tiene conductas evitativas de los hechos, lo que por lo demás parece ser una reacción lógica para no recordar hechos especialmente dramáticos en la vida de una persona. También se consideró que la niña describió perfectamente el segundo hecho señalado en la acusación y que cronológicamente también fue el segundo en ocurrirle, porque fue el más traumático e invasivo para ella, de tal modo que se advierte del todo natural que lo recuerde con mayor precisión. Asimismo, cabe considerar especialmente la edad de la menor y lo que significa haber prestado declaración en el juicio: el tribunal percibió que fue muy clara y segura al describir las conductas de que fue víctima y categórica en sindicarse como el responsable a un mismo sujeto, pero también se advirtió por estos sentenciadores que de sus dichos no necesariamente debía descartarse la alusión a dos episodios, ya que ideas como por ejemplo “esto me pasó sólo una vez” o “esto nunca me había pasado antes” pueden aludir a que el hecho más grave para ella –que el acusado la tomara y le introdujera un dedo en su vagina en forma dolorosa (hecho N° 2)– era al que más se debía referir y el que más importaba a todos los que le oían en la audiencia (en la sala donde declaró estábamos los jueces, el fiscal y el defensor). Por otro lado, al referir haber llegado a la casa del acusado a hablar con éste para ofrecerle comprar una rifa aludió al hecho ocurrido el primer día, esto es, el 27 de diciembre, tal como lo indicó a la perito, advirtiéndose que la niña apareció narrando ante el Tribunal como un solo hecho situaciones que en el contexto del caso traído a juicio fueron dos hechos ilícitos, distinción que no pareció comprender la menor, lo que pareció del todo lógico, ya que es complicado exigir la misma claridad al deponer sobre dos hechos excepcionales en su vida y que le ocurrieron en dos días seguidos, a una persona adulta que a una menor de tan sólo 9 años.

Por lo mismo, resultó de suma importancia complementar su relato el día del juicio, con el relato que ella entregó antes del juicio pero con posterioridad a los hechos a otras personas, como fueron los ya citados testigos Gloria Moreno Candia, Rossana Yáñez Cáceres, Mario Morales Cárcelos y la perito Camila Oro Villalón, todos quienes al declarar impresionaron a los jueces como objetivos, precisos y coherentes en sus aspectos esenciales respecto del relato que cada uno de ellos obtuvo de la niña –especialmente en cuanto aquí interesa destacar que les refirió dos episodios– demostrando en suma ser veraces, y además considerando que sus dichos no fueron desvirtuados por alguna otra prueba en contrario, ni desacreditados en cuanto a su credibilidad, imparcialidad o idoneidad, por lo que el Tribunal les dio pleno valor. No es lógico dejar de creer que la menor efectivamente indicó haber sido víctima de tocaciones en sus senos y vagina también el día 27 de diciembre, cuando todos estos testimonios ya señalados coinciden en ello, máxime si recibieron la versión de la niña en momentos inmediatos de sucedidos los hechos, cuando era más posible recordar cabalmente lo sucedido. Estos testigos y perito superaron el debido contraexamen en el juicio sin que se haya vislumbrado una razón verosímil al menos para no creerles, y en definitiva, pudieron brindar información que fue estimada como de buena calidad, por su precisión y sus detalles que dieron coherencia a sus relatos, complementándose y justificándose armónicamente unos con otros, y apareciendo especialmente corroborados en las explicaciones bien fundadas de la perito. En ese sentido no constituyeron más que anécdotas y nada importaron para desacreditar su credibilidad ciertos datos accesorios aportados al contraexamen, como el afirmado por la testigo Yáñez Cáceres respecto a que la niña no le quiso contar primero a su mamá por miedo a que la retara, o que ella misma o la madre afirmaran no haber sabido de hechos anteriores cometidos por el acusado contra otros menores, información que resultó irrelevante para el caso. Tampoco fue importante considerar al respecto lo señalado por las testigos de la defensa María Fariña González y Susana Fariña Fariña en cuanto refirieron en general la buena conducta del acusado y su trato cercano y cariñoso con ellas y sus hijos, toda vez que estos aspectos nada tienen que ver ni pueden conectarse lógicamente y de acuerdo a las máximas de la experiencia con los hechos concretos de que se acusa a Cortés Cortés, quien a mayor abundamiento reconoció haber cometido algunas de las acciones sexuales ilícitas que se le imputan en el segundo hecho.

El tribunal puede, como hizo en este caso, alcanzar el convencimiento de la condena del acusado por este hecho, a partir del conjunto de la prueba aportada, valorada con libertad como permite nuestro actual sistema procesal, de la cual se desprendió la verdad sobre lo que vivió la menor, siendo plenamente acorde la información entregada por la prueba de cargo con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, siendo estos últimos los que bien explicó la perito Oro Villalón en el juicio.

Finalmente, cabe señalar que la edad de la ofendida como elemento necesario para configurar el tipo penal invocado por el Ministerio Público, pudo tenerse por acreditada con el certificado de nacimiento emitido por el Servicio de

Registro Civil e Identificaciones correspondiente a C. N. S. M., incorporado como documento por la fiscalía mediante su lectura inobjetada en la audiencia, del cual se desprende que ella nació el 14 de mayo de 1.997, por lo que a la fecha de este hecho tenía 9 años de edad, lo que además resultó acorde a los dichos vertidos por la niña, su madre y el propio acusado en el juicio.

Séptimo: Con el mérito de todos estos elementos probatorios, debidamente analizados y apreciados libremente por este Tribunal de Juicio Oral, pudo tenerse por suficientemente establecido entonces, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho que se estimó congruente en plenitud con el primer ilícito imputado por el Ministerio Público en su acusación, a saber: Que el día 27 de diciembre de 2006, en horas de la tarde, la menor de iniciales C. N. S. M. de nueve años de edad concurrió al domicilio del acusado Mario Enrique Cortés Cortés, ubicado en Pasaje Las Lilas de Pichilemu, ingresando a su dormitorio, donde éste procedió a realizarle tocaciones a la menor en diferentes partes del cuerpo como espalda, senos y vagina.

Tal hecho constituyó un delito de abuso sexual infantil impropio, precisamente el que fue materia de la acusación como hecho N° 1, establecido en el artículo 366 bis del Código Penal, toda vez que un sujeto realizó con la ofendida –a esa época de una edad inferior a los 14 años– una conducta distinta del acceso carnal consistente en efectuarle tocaciones en los senos y genitales de la víctima, acción que fue considerada como de significación sexual y de relevancia, en los términos a que alude el artículo 366 ter del mismo código, porque hubo un contacto corporal con ella y atendidas las zonas del cuerpo que afectó, conocida y naturalmente relacionadas con la sexualidad humana, y también porque dicha connotación surgió como la única explicación verosímil de tal acto, dado el contexto en que se dio.

Asimismo, el delito pudo tenerse como consumado ya que la conducta descrita supuso una vulneración efectiva y grave de la indemnidad sexual de la menor, bien jurídico protegido por el referido tipo penal.

Octavo: A su turno, la autoría que se imputó al acusado surgió de la misma incriminación que le hizo la menor, quien –como se dijo– fue complementada y avalada, en aspectos sustanciales, por la mencionada prueba de cargo.

Así, la ofendida sindicó clara e inequívocamente en la audiencia como el único autor de las situaciones que describió a su vecino Mario, que corresponde al acusado (relación que no fue discutida ni puesta en duda por la defensa), lo que debe entenderse en el contexto de lo que ya se ha referido, esto es, que al ocurrir el hecho N° 2 el 28 de diciembre le cuenta lo sucedido a la madre de su amigo Axel, quien resultó ser la testigo Rossana Yáñez, quien indicó en la audiencia que la menor sindicó precisamente a un vecino de nombre Mario, misma persona a quien aludió la madre de la niña Gloria Moreno al narrar lo que a su vez le contó a ella su hija. Por su parte, más acabada fue la información proporcionada por la perito Oro Villalón, quien en este punto señaló que la menor identifica como agresor a un agente extra familiar conocido como don Mario, sindicación a la que también alcanzan sus conclusiones acerca de la credibilidad del relato. El conjunto de estos antecedentes probatorios resultó acorde con el reconocimiento de la defensa y del propio acusado en cuanto a que efectivamente la menor estuvo en el domicilio del acusado el día en que ocurrió este hecho.

Los asertos de la menor ofendida, manifestados durante la investigación y mantenidos hasta la audiencia de Juicio Oral, configuraron una persistente, única y sostenida imputación y, por otro lado, fueron plausibles, atendida la forma cómo verosímilmente ocurrieron los hechos, desechando de este modo la tesis absolutoria de la defensa.

De esta forma, el Tribunal pudo dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el acusado Mario Enrique Cortés Cortés tomó parte en la ejecución del delito de abuso sexual demostrado, como autor ejecutor inmediato y directo, en los términos indicados en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Noveno: Hecho N° 2 de la acusación. Que el Ministerio Público, con el fin de acreditar su acusación, en lo referente al hecho número dos, rindió las siguientes probanzas:

En primer lugar, la declaración de la menor y víctima de este juicio C. N. S. M., a quien las partes nombraron por Coni, la cual señaló tener diez años y que estuvo de cumpleaños el 14 de mayo, indica que vivía con su mamá en Pichilemu pero ahora se cambió a Paredones, precisando que en Pichilemu vivía en el Pasaje los Jazmines y cuando vivía ahí se juntaba con sus amigos Álex y Lisette. Agrega que se acuerda que antes del año nuevo fue a vender números de rifa a la casa de don Mario, que vivía cerca de su casa, fue una vez. Cuando entró a la casa le preguntó si se quería sentar y ésta le dijo que no, que paradita no más porque tenía que ir a vender más números de rifa. Señala que él va y la toma y la sienta en la cama, y ella le pregunta que por qué la toma así; fue ahí donde él le levantó el pantalón y le tocó la

vagina, por abajo del pantalón y ella le pegó. Expresa que él estaba sentado cuando le tocó la vagina y le empezó a dar besos en la boca. La menor señala que no sabe por qué él le hizo eso, él no le dijo nada y cuando le tocó la vagina le dolió. Aclaró que le tocó la vagina con la mano una vez. Agregó que antes había ido para la casa de don Mario y que nunca le había hecho nada, dice que le hizo eso una vez. Manifestó que otros niños han tenido problemas también, había unas niñas que siempre iban para allá, él las tomaba en brazo y las empezaba a tocar precisando que ella les decía que no fueran porque él les iba a hacer eso, fue ahí donde las chiquillas dejaron de hablar con ella y dijeron que era mentira, indicando que éstas eran la Zuleica y la Paloma. Añadió que a ella nunca antes le habían hecho algo similar.

A la pregunta aclaratoria del tribunal señala que estaba con pantalones largos, le pescó el pantalón, lo levantó y la empezó a tocar, le separó el pantalón de su cuerpo, de su guatita, y le tocó por debajo del calzón con la mano.

La menor finalmente expresó que le tocó una vez la vagina y cuando dice “me hizo eso”, se refiere sólo a tocar la vagina.

De lo mencionado pudo advertirse que la víctima es categórica y clara en expresar el por qué del ingreso a la casa del acusado y cómo ocurren los hechos paso a paso, hasta que le tocan la vagina por debajo de los pantalones y calzón, expresando circunstancias tales como que “cuando le tocó la vagina le dolió, le tocó la vagina con la mano una vez”, lo que da cuenta del hecho de no ser un mero roce, y aún más, de la intensidad de la acción que motivó el dolor en la víctima producto de la mano del ofensor en la vagina de ésta, hecho sumado a los besos contra su voluntad lo cual impulsa a que ésta golpeará al sujeto. La señalada declaración fue especialmente convincente y del todo creíble teniendo presente para ello la edad de la menor y la apreciación que el propio Tribunal hizo al momento de escuchar el relato de ésta, el cual no sólo fue claro, coherente y preciso, sino que además detallado en cada una de las informaciones proporcionadas.

Asimismo declaró doña Rossana Andrea Yáñez Cáceres, quien señaló que vive en los Jazmines, Pichilemu, indicando que Coni vivía cerca de ella, a unos 100 metros. Expresa que la niña llegó a su casa, se había estado bañando con su hija y le dijo que quería hablar con ella y con su marido, el cual es Carabinero, contándole que don Mario –acusado– quien vive atrás de su casa, le habría efectuado tocaciones en sus senos, sus partes genitales y le había dado besos, lo que ocurrió dos veces en la casa de él, siendo la última el día 28 de diciembre, oportunidad en que le expresa el relato.

A continuación, depuso la madre de la víctima doña Gloria Alicia Moreno Candia, quien expuso que vivía en Pichilemu en pasaje los Jazmines cuando el día 28 de diciembre, en circunstancias que salió al centro de Pichilemu, como a las 6 de la tarde recibió una llamada de su hija mayor para que llegara pronto a la casa por una situación urgente. Cuando llegó estaba su vecina Rossana con su hija mayor, señalándole ésta que su hija menor había pasado por el sitio de este señor (el acusado) el cual la había tirado a la cama y había empezado a manosearla en la vagina y su cuerpo, dándole besos, lo que le ratificó también su hija. Precisó que la niña pasaba por el sitio de don Mario, ya que iba a jugar con la hija de Roxana y otro niño más, ya que hay una puerta entre ambos sitios. Este caballero va a sacar agua al sitio de Roxana porque había confianza, pasando por dicha puerta, la misma por la cual se pasaban los niños.

Ambas declaraciones ratifican la versión entregada por la menor, siendo dichas testigos las primeras en recibir su información, la cual en lo sustancial se mantuvo hasta la audiencia de juicio oral dando solidez y credibilidad a sus dichos, las cuales dan cuenta de la agresión sufrida y de las tocaciones a nivel vaginal impetradas por Cortés Cortés.

Declaró del mismo modo doña Camila Sol Oro Villalón, Psicóloga, quien efectuó una evaluación del relato de la niña a objeto de determinar la presencia de indicadores de credibilidad de dicho relato e indicadores psicológicos asociados a daño emocional. Expresó que la menor al hablar de la temática denunciada presenta una actitud un poco más ansiosa y evitativa, pese a ello logra dar cuenta de los hechos, describe de manera inestructurada dos eventos que ella contextualiza el día miércoles y el día jueves dándole una connotación de mayor relevancia al evento del día jueves, indicado que la menor refirió que casi la abusan. En cuanto a lo que aquí interesa, el hecho del día jueves, precisa que en horas de la tarde cuando ella estaba jugando con sus amigos en el patio de él (en alusión al acusado) la habría llamado. Ella dice que no quería entrar pero que, sin embargo, él como que la tironea y entra, refiere que en esa oportunidad ella estaba sentada en la cama y que él la empieza a tocar en diferentes partes del cuerpo señalando los pechos y en la vagina, indicando la menor en esos momentos que él introduce su mano en la vagina y que ella andaba con blue jeans, un bolero y unas chalas. Expresa que la menor le hace el gesto de cómo ocurrió, pone su mano en la pretina del pantalón y la mete por debajo y dice que ahí él le tocó la vagina, metiéndole el dedo en la vagina, haciendo un gesto así (mostrando la mano con los dedos hacia arriba). Refiere que esto a ella le produce dolor y que después le ardía la vagina por lo mismo, señala que la pieza estaba cerrada, que él había cerrado la puerta con llave y la ventana y que luego ella le pega dos cachetadas cuando él le da besos, señala que ella pide ayuda para poder salir porque él le dice que se vaya pero no puede salir porque estaba la puerta con llave. Ella tenía temor y trata de salir por la ventana, llama a sus amigos y luego refiere que la situación termina logrando salir para posteriormente informar lo sucedido a la mamá de uno de sus

amigos y que a partir de entonces se revela la situación.

En relación a las conclusiones se señaló que la niña da cuenta de dos eventos precisando en una introducción del elemento dedo en la vagina, asociándolo la niña con dolor físico. También se observa que la niña logra describir la fecha de los eventos a través de eventos externos a ella, por ejemplo, el año nuevo y la navidad, señalando que cuando se producen los eventos ella no está en clases y era antes del año nuevo, se observa en el relato de la niña indicadores de credibilidad tales como una producción inestructurada, una estructura lógica, cantidad de detalles, también un engranaje contextual describe la niña durante los dos eventos interacciones y reproduce conversaciones sostenidas con el agresor. Hay también admisión de falta de memoria, correcciones espontáneas, entre otros. También la niña refiere sentimientos de dolor físico, esos son detalles sensoriales; de manera paralela ella señala sintomatología reactiva a los hechos que es reafirmada por la madre y que se caracterizaría por alteraciones en el sueño, alteraciones en el ánimo, sentimientos de tristeza, temor y rechazo a la figura paterna, sentimientos de angustia y de ansiedad entre otros. Existe concordancia entre la información entregada por la niña y la información que proporciona la madre, con la información contenida en la carpeta de investigación y con los antecedentes emanados del informe del servicio médico legal.

De esta forma, la pericia entrega información detallada del relato de la menor en fecha cercana a la ocurrencia de los hechos, precisando la introducción del dedo del acusado en la vagina de la menor, lo que motiva el dolor físico por ella referido, entregando por su parte elementos de credibilidad del relato que se condicen plenamente con la percepción que el tribunal tuvo al escuchar a la víctima y que motivaron a dar fe a la versión entregada, generando la convicción de la efectividad de los hechos.

Asimismo declaró en estrados don Mario Marcelo Córdova Gavilán, perito médico legal, quien refirió que el día 2 de enero fue enviada desde la Fiscalía de Pichilemu la menor identificada como Cony, de 9 años, por una situación de Abuso Sexual. La menor le relató que un vecino le había realizado tocaciones en la región vaginal y perianal, con introducción de dedos, tocaciones en tórax, cuello y dorso. Señala que no contaba con mayores antecedentes al momento de realizar el examen, sin embargo, el examen físico general daba cuenta de una niña sana, bien cuidada, bastante acongojada al minuto de ser interrogada sobre los hechos que habían sucedido. El examen genital permitió apreciar que el monte de Venus se encontraba sin mayores lesiones, localizándose una erosión en los labios mayores, a las 08:00 horas, según el puntero del reloj, y un eritema en el himen, que define de características complacientes, entre las 8:00 y las 11:00 horas según los punteros del reloj, pero sin desgarros. Concluye además que no existían evidencias de agresión física, ni de penetración anal, pero sí de penetración vía vaginal reciente, dada por la erosión que encontró en los labios mayores y el eritema. Explica que eritema es un enrojecimiento encontrado en el himen y que por las características de éste no produjo desgarramiento, refiriendo además que un himen complaciente es una variante anatómica en la que éste tiene una mayor cantidad de fibras elásticas en su constitución interna –que en general se encuentra compuesto por fibras colágenas que son duras y que no se pueden extender– fibras elásticas que son extensibles y que incluso pueden resistir el paso de algún objeto contundente sin desgarrarse. Agregó que ese enrojecimiento se puede producir ya sea por la introducción de algún objeto o por una presión, pero en este caso el examen constató lesiones en labios mayores y en el himen, sin haber lesiones en los labios menores, por tanto esto evidencia que existió la introducción de un objeto romo contundente hasta la zona del himen, no sólo por el vestíbulo vaginal. Si se hubiera ejercido sólo una presión por fuera, habría tenido lesiones en los labios menores y difícilmente en el himen que está en un plano más interno.

Las conclusiones médico legistas son inequívocas en orden a atribuir las lesiones no sólo a una presión en la zona vaginal, sino a la introducción de un objeto romo contundente, lo que se desprende de existir lesiones en los labios mayores y en el himen más no en los labios menores, lo cual debió haberse producido en el caso de ser sólo una presión, circunstancia que por lo demás se ratifica en el hecho de la dificultad de generar una lesión en el himen sólo con presión, ya que éste está en un plano más interno. Todo lo cual resulta armónico con la versión entregada por la propia víctima al perito Mario Córdova, al cual le señaló expresamente la introducción de un dedo en su vagina por parte del agresor.

La anterior pericia es concordante y ratificada con la declaración de don Mario Morales Cárcelos, matró, quien también realizó un peritaje a la menor, señalando que la entrevistó en el Hospital de Pichilemu y en su anamnesis le dijo que le habían introducido algo por la vagina, un poquito, y que esto sucedió en dos días. Explicó asimismo que la examinó y pudo distinguir la existencia de erosiones recientes en su vagina a las 4 y a las 8 según las horas del reloj y que ellas eran sugerentes de un intento de penetración vaginal de un objeto extraño, presentando a simple vista su himen intacto. Señala luego de hacer uso de la herramienta del artículo 332 del Código Procesal Penal, que la menor le dijo que lo que le introdujeron era un dedo. Se le exhiben dos fotografías que describen el genital de la menor, indicando el perito la existencia de lesiones que no son del tipo accidental, lo que se habría producido por la introducción de algo, indicando que las fotografías fueron tomadas inmediatamente después de la denuncia.

De tal forma, tanto la pericia médico legal como la del referido Matrón, dan cuenta de las lesiones encontradas en la zona vaginal interna, atribuyendo éstas a la introducción de un elemento en dicha zona, acorde con un dedo, y que tal introducción había sido reciente, lo que permite vincular entonces también a través de esa cercanía temporal las lesiones advertidas con el hecho descrito por la menor.

Por su parte declaró también don Luis Durán Molina, carabinero, quien llegó al domicilio del imputado posterior a la denuncia, dando cuenta de las características de la vivienda del acusado, la cual precisó tenía un dormitorio, una cama y una cómoda, funcionario al cual se le exhiben fotografías, que dijo correspondían a la propiedad del imputado, la cual describe como una mediagua con un patio bastante amplio donde juegan habitualmente niños y por donde pasaba la menor para ir donde un amigo. Agregó que se llevó al acusado detenido a tomarle declaración con el señor Fiscal, a quien le señaló que Coni habría llegado con otro niño de nombre Cristian, ella se sentó y le masajéó la espalda, le tocó las "tetitas", le metió la mano por el pantalón y le metió el dedo medio en la vagina.

Las declaraciones de los testigos antes indicados, impresionaron al Tribunal como verosímiles, por cuanto fueron prestadas libremente, al ser interrogados con las formalidades legales durante el curso de la audiencia. Además, todos estos deponentes se mostraron conocedores de los hechos sobre los cuales se refirieron, ya sea por haber tomado conocimiento de los mismos en forma directa o por haberlos oído referir a la víctima, justificando las razones por las cuales pudieron percibir lo que relataron. Asimismo, los testigos fueron coincidentes en los aspectos substanciales, coherentes y complementarios entre sí, sin que lo señalado por éstos hubiere sido contradicho por prueba en contrario o desvirtuado, no obstante el conainterrogatorio a que fueron sometidos por la defensa.

Todo lo anterior se vio corroborado a su turno por la propia declaración de los acusados en el presente juicio Mario Cortés Cortés, quien, reconociendo los hechos y su participación en lo sustancial sostuvo que él estaba accidentado del pie y estaba en la cama, llegó la menor y la hizo pasar haciéndole masaje con un masajeador artesanal y ahí fue cuando la tocó pero no le metió el dedo. Agrega que conocía a la niña de chiquitita, indicando que ésta tiene entre 8 a 10 años, y que le dicen Coni. Específica que ese día ella andaba jugando con otro niño chico, ella se sentó en su cama, andaba con pantalón y un polerón y él con jeans. La niña le preguntó por un instrumento que era un masajeador y le pidió que le hiciera masaje, haciéndole por el pelo y la espalda, ahí fue que la toqueteo en la vagina, precisando que fue solamente ahí. Señala que la tocó por encima del pantalón, por encima del calzón, la tocó con el dedo de al medio. Agrego que a los funcionarios policiales les declaró lo mismo que está declarando ahora, todo lo que les dijo a ellos era verdad. Posteriormente señala que le tocó los senos también, indicando que la niña fue sólo una vez a su casa.

En relación a dicha declaración podemos concluir que es coincidente con lo declarado por la víctima en lo sustancial, dando cuenta que la tocó en la zona vaginal sin perjuicio de tornarse acomodaticia al intentar sostener que no le introdujo el dedo en la vagina, lo cual no es creíble si tenemos en consideración la versión de la víctima, quien da cuenta de la efectividad de este hecho –ratificado como creíble por la perito psicóloga y por este tribunal al tener presente la versión de ésta y de los peritos médico legista y Matrón, deponentes que señalan lesiones producto de la introducción de un objeto romo compatible con un dedo–, y no es creíble además si tenemos en consideración la declaración del funcionario policial Durán Molina, a quien el propio acusado le refirió en su primera declaración que introdujo su dedo medio en la vagina de la menor, declaración que el propio Cortés Cortés en estrado otorgó valor de verdad.

Todo lo cual ha de entenderse vinculado a la convención probatoria de las partes en cuanto a tener como hecho no controvertido que el día 28 de diciembre del año 2006, la menor de iniciales CNSM ingresó al domicilio del acusado, ubicado en el pasaje Las Lilas de la comuna de Pichilemu y en su interior el acusado procedió a realizar a lo menos tocaciones en su espalda, senos y vagina, ratificando de tal forma la versión entregada por el acusado en estrados, y situándolo en el día y circunstancias en que habrían ocurrido los hechos.

Por último, cabe señalar que para el establecimiento de este ilícito debe sumarse a todo lo anterior la información recogida a través del certificado de nacimiento de la menor y víctima de este juicio, incorporado por el Ministerio Público sin oposición de la defensa, del cual se desprende que ella nació el 14 de mayo de 1997, por lo que a la fecha de este hecho tenía 9 años de edad.

Décimo: Que los elementos de prueba referidos reunieron el estándar necesario para demostrar y tener por acreditado más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho N° 2: Que el día 28 de diciembre de 2006, a una hora no determinada de la tarde, la menor C.N.S.N., concurrió al domicilio del acusado, ubicado en pasaje Las Lilas, Pichilemu, ingresando a su dormitorio donde el acusado procedió a realizarle tocaciones en diferentes partes del cuerpo, como espalda, senos y a introducirle un dedo en el interior de la vagina, ocasionándole lesiones.

Undécimo: Que, teniendo establecido el hecho precedentemente expuesto, cabe precisar que aquél es constitutivo del delito de abuso sexual agravado previsto y sancionado en el artículo 365 bis de nuestro Código Penal, en grado de consumado, rechazando en definitiva la tesis de la defensa en orden a recalificar éstos como constitutivos del delito comprendido en el artículo 366 bis del Código Penal, ya que ha resultado sobradamente acreditado que la conducta del acusado no sólo fue tocar a la menor en distintas partes de su cuerpo, sino además la de introducir su dedo medio en la vagina de la víctima.

De tal forma se compartió el criterio acusador del Ministerio Público como asimismo sus fundamentos en orden a tener por configurado el ilícito señalado y citado en el artículo 365 bis N° 2, por cuanto se demostró que Cortés Cortés realizó en la persona de C. N. S. M., de sólo nueve años de edad a la fecha de este segundo hecho –como se desprende de su certificado de nacimiento debidamente incorporado– la acción sexual prevista en dicha norma y que en este caso consistió en introducirle un dedo por vía vaginal. Ello por estimar este Tribunal que al referir la disposición “la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal...” incorpora en tamaño amplitud a la mano y con mayor razón al dedo, toda vez que no es precisamente la naturaleza del objeto lo que repudia el legislador, sino más bien el carácter invasivo de la conducta desplegada, diferenciándolo de esta forma con el abuso sexual simple. De ahí que la norma en comento señale a cualquier objeto no importando la cualidad de aquél ni la índole del mismo, siendo perfectamente compatible en la hipótesis del artículo 365 bis el señalado dedo. Sostener que el objeto que refiere la norma son sólo aquellos de carácter inanimado o inerte, generaría que la introducción de una mano empuñada fuertemente al interior de la vagina, provocando lesiones, sólo podría ser sancionado como abuso sexual simple al igual que el mero roce de la mano por sobre la vagina, lo que claramente el legislador ha buscado sancionar de manera diversa.

Así las cosas, cabe recordar que fue la propia Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado la que dejó constancia, en el estudio del proyecto de la ley N° 19.617 que introdujo esta disposición, que “el concepto de introducción de objeto de cualquier índole en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano” –Boletín N° 2.906 07, Primera Sesión de la 350 Legislatura Extraordinaria, página 39–, circunstancias éstas recogidas en distintos antecedentes jurisprudenciales, como a modo de ejemplo citó el Fiscal el del Tribunal Oral de Rancagua en sentencia RIT N° 138 2006. Atenta dicha interpretación dada por el órgano legislador y que corresponde a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, este Tribunal estimó que los hechos acreditados se ajustan al tipo penal solicitado por el Ministerio Público, es decir, se entiende que la introducción de un dedo del acusado en la vagina de la menor es comprensiva del concepto de introducción de objeto de cualquier índole por vía vaginal, que tipifica en forma agravada el mencionado artículo 365 bis del Código punitivo, habida consideración al tantas veces señalado contacto corporal con la víctima efectuado por el acusado en el día 28 de diciembre de 2006, y que fue diverso del acceso carnal, el cual tuvo las características que exige el artículo 366 ter del Código Penal. En efecto, la significación sexual estuvo dada por cuanto las conductas del imputado afectaron directamente la vagina de la ofendida e incluso le causaron lesiones en su zona genital interna, es decir, perturbaron una parte del cuerpo humano que el legislador menciona expresamente como comprensiva del ámbito de la sexualidad que se protege al castigar este tipo de delitos, lo que reviste mayor trascendencia en el caso de una infante, como la menor C. N. S. M., pues el bien jurídico protegido atento sus nueve años de vida es la indemnidad sexual.

A su vez, las conductas del acusado tuvieron la relevancia exigida, por cuanto dichas aproximaciones corporales fueron capaces de generar una modificación conductual en la menor, que se relacionó directamente con el desarrollo de su sexualidad, lo que dio cuenta de la gravedad de las mismas y de la vulneración concreta que implicaron para la indemnidad sexual de la víctima.

Conforme con lo anterior, se desechó en la alegación del defensor referida a que en el caso que se acreditara que el acusado le metía el dedo en la vagina de la menor, dicha acción carecería de connotación sexual, ya que sin perjuicio que tal planteamiento no fue explicado, este Tribunal tuvo en consideración que el concepto de connotación o relevancia sexual no atiende a criterios subjetivos o de satisfacción sexual del hechor, sino que se estructura en base a parámetros objetivos, que en este caso se relacionaron con la afectación directa de partes protegidas del cuerpo humano y con la aptitud de las conductas del hechor para afectar el desarrollo sexual del infante.

Por su parte, la circunstancia que menciona el número 2 del artículo 365 bis del Código Penal, referida a que la víctima fuere menor de catorce años, resultó plenamente demostrada como ya se ha señalado con el documento consistente en el certificado de nacimiento de la víctima, de iniciales C. N. S. M., en el que se deja constancia que nació el 14 de mayo de 1997, por lo que a la época de los delitos claramente tenía menos de catorce años.

De esta forma, la contundencia y seriedad de la prueba de cargo nos permitió alcanzar cabalmente el estándar del

artículo 340 del Código Procesal Penal y no pudo ser desvirtuada por las alegaciones ni la prueba de la defensa.

Duodécimo: Que, con los mismos elementos de prueba ya valorados, se acreditó suficientemente la participación del acusado como autor material del delito de abuso sexual agravado en la persona de iniciales C. N. S. M., en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, esto es, como autor material y directo, por cuanto realizó personalmente las conductas típicas, las que además resultaron antijurídicas y culpables. Todo lo cual quedó fehacientemente establecido no sólo a partir de la propia declaración del acusado, quien tanto en su declaración en el juicio oral como vía convención probatoria señaló haber tocado en distintas partes del cuerpo a la víctima C. N. S. M., mencionando la espalda, senos y vagina de ésta, sino que además por la restante prueba de cargo del Ministerio Público, en especial la víctima, quien fue clara y precisa en sindicarlo a "don Mario", en referencia al acusado como el autor del hecho, versión que en lo sustancial coincide con la de Cortés Cortés, salvo en cuanto a la introducción del dedo en la vagina negada por éste y afirmada por la víctima, siendo en definitiva el Tribunal quien ha de pesar las declaraciones, ha de otorgársele primacía a la narración de C. N. S. M., en virtud de la credibilidad que para estos magistrados ha significado su testimonio, el cual por lo demás ha sido analizado en forma armónica con la demás prueba de cargo, en especial con la declaración de la Psicóloga Oro Villalón que avala el relato de la menor y la de los peritos médico legista y matron que dieron cuenta de lesiones en la zona genital interna de la víctima, siendo el primero de éstos claro en atribuir las lesiones a la introducción de un objeto romo contundente hasta la zona del himen. Testimonios a los cuales se sumó la declaración del carabiniero Luis Durán Molina, que dio cuenta del reconocimiento del acusado en cuanto a haber introducido su dedo en la vagina de la menor, lo que ha de concordarse con la versión de Cortés, quien al declarar sostuvo que lo manifestado a la policía era verdad.

Decimotercero: Que habiendo sido establecida la participación del acusado en el hecho N° 1 como asimismo en el hecho número 2, respecto de los cuales el tribunal determinó condenar a Cortés Cortés en la correspondiente deliberación, se procede a analizar la solicitud de la defensa en cuanto a que dichos ilícitos resultarían comprendidos dentro de la teoría del delito continuado y, por ende, debían ser sancionados como un solo delito. Al respecto cabe indicar, como se señaló en la citada deliberación, que dicha petición será rechazada, por cuanto, compartiendo los fundamentos del señor Fiscal, se estimó que en este caso pudo establecerse la existencia de dos situaciones fácticas diversas, ocurridas en días distintos claramente determinados y que si bien coincidían un mismo sujeto activo y pasivo era distinguible con precisión la conducta desplegada por el acusado contra la menor en cada caso, sin que aquello implicara una unidad jurídica de acción, puesto que la presencia de la víctima en las cercanías del domicilio del agresor tanto el día 27 como 28 de diciembre no era previsible para éste. De tal forma, en el segundo día se comenzó con un accionar nuevo y distinto del desplegado en el primero, sin existir un propósito unitario en el acusado para la ejecución de los hechos, de tal forma que al momento de producir el segundo, el primero ya se encontraba consumado y agotado. Aun más, en cada caso la menor fue abordada de manera distinta, siendo por lo demás la forma de realización de estas diferentes acciones lo que apuntó a su diversa calificación jurídica, ya que atendidas sus particularidades pudo concluirse que se trataba de ilícitos de distinta gravedad, configurándose en el primero de ellos el delito de abuso sexual simple del artículo 366 bis del Código Penal, en tanto en el segundo se configuraba uno agravado del artículo 365 bis del citado Código.

Con todo, cabe precisar que la citada teoría no tiene fundamento normativo jurídico en nuestra legislación, más que la doctrina y determinadas jurisprudencias, por cierto no vinculantes, que han recurrido a aquella teoría más bien por la construcción de estándares que permitan impedir una penalidad desproporcionada en base a un criterio de benignidad con el acusado, cual fue la motivación original de la teoría del delito continuado argüida por los prácticos italianos, donde a la época de su creación la ley vigente amenazaba con pena de muerte al que incurría en tres o más hurtos, con lo cual evitaban la existencia de tres hurtos y sólo lo consideraban como uno cuando la sustracción aunque ejecutada en tiempo diverso, ha sido realizada con un propósito unitario, circunstancias que en la especie no acontecen.

A lo anterior ha de sumarse lo señalado por el profesor Cury en su obra derecho penal, parte general, página 659, en cuanto a que "La jurisprudencia ha vacilado mucho en relación con el delito continuado. En una época se inclinó a desecharlo, porque no encontraba una norma expresa en la cual apoyar su construcción. Actualmente tiende a uniformarse para aceptar una concepción subjetiva y sostener la unidad del dolo (finalidad). A esto suelen agregarse consideraciones sobre dificultad de probar el número de delitos por los que debería castigarse si se aplicaran las reglas del concurso real. Este argumento, naturalmente, es frágil si lo que se quiere establecer es la unidad de las distintas acciones, pero se lo encuentra también en la doctrina comparada más autorizada". De tal manera, aun cuando sostuviéramos la aplicación de la señalada teoría, no encontramos en nuestro caso dicha unidad de dolo, ni acreditación de la unidad jurídica de acción por parte del acusado en relación a ambos hechos, no vislumbramos un vínculo de conexión en la existencia de una finalidad única, lo que no hace sino desestimar la petición de la defensa en orden a considerar a éstos como un solo delito.

Decimocuarto: Que, favorece al condenado la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código punitivo, de su irreprochable conducta anterior, la que se acreditó con su extracto de filiación y antecedentes libre de anotaciones penales pretéritas,

reconocida a su turno por el Ministerio Público y que no fuera objeto de debate en juicio oral. Circunstancia verificada por la testigo de conducta María Isabel Fariña González, quien indicó conocer al acusado de años, a razón de que sus hijos le iban a pedir pan, el cual siempre los ha ayudado. Agregó que sus hijos iban donde el acusado y nunca le han dicho nada malo de éste. Asimismo se contó con la declaración de la también testigo de conducta Susana Margarita Fariña Fariña quien refirió conocer a Cortés Cortés desde cuando tenía 11 años –precisando que hoy tiene 22 años–, el cual la ha ayudado y compró toda la ropa cuando se licenció, nunca ha escuchado nada malo de el, agregando que ella lo quiere hartó, todo lo cual permite reconocer a favor del acusado la señalada atenuante.

Sin perjuicio de lo anterior ésta no será considerada como muy calificada, ya que no se ha acreditado circunstancia alguna que permita sostener que Cortés Cortés destacara en su conducta por sobre el hombre medio, de tal forma que lo único establecido en el presente juicio es la conducta esperada para toda persona, lo cual precedentemente le ha sido reconocido por este Tribunal pero no es suficiente para argüir una calificación de la misma. Cabe precisar que los propios testigos de conducta hacen énfasis en la ayuda por él prestaba hacia ellas mas no la conducta del acusado con otras personas determinadas, ni sobre el comportamiento de aquel a nivel social, lo cual motiva desestimar la calificación de la atenuante de irreprochable conducta anterior.

En cuanto a la solicitud de la defensa de reconocer al acusado la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, consignada en el numeral 9 del artículo 11 del Código Penal, petición a la cual se ha opuesto el Ministerio público, ésta será rechazada por cuanto si bien el acusado Cortés Cortés prestó declaración en juicio, reconociendo que efectuó tocaciones a la menor C.N.S.M. –refiriéndose al hecho número dos– dicha declaración fue del todo acomodaticia, negando circunstancias fácticas finalmente acreditadas, cuyo era el caso de la introducción de su dedo en la vagina de la menor. De esta manera al señalar el acusado que la tocó por encima del pantalón, por encima del calzón, con el dedo medio, si bien podemos estimar que ha existido un grado de colaboración ésta no ha sido sustancial generando una mayor carga para el ente persecutor en cuanto demostrar la efectividad de la conducta negada, lo cual por lo demás derivaba en un tipo distinto y de mayor penalidad que el pretendido por la defensa. Con todo dicha declaración no fue determinante al momento de dar por establecido el ilícito, ya que en relación al hecho número dos la menor fue clara y precisa en narrar las circunstancias y formas en que ocurrió éste, lo que se vio a su turno corroborado por lo demás prueba de cargo. Así las cosas, al no existir colaboración del tipo sustancial en el hecho número dos y negar todo tipo de participación en el hecho número uno, motivan a desechar la atenuante invocada.

Decimoquinto: Que, la pena asignada por la ley para el primer delito acreditado, referente al hecho número uno, consiste en la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, según lo dispone el artículo 366 bis del Código Penal, y para el segundo de los ilícitos, referente al hecho número dos, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, según lo establecido en el número dos del artículo 365 bis del citado código punitivo. Ahora bien, al concurrir en favor del acusado una atenuante de responsabilidad penal y no concurrir agravantes en ambos ilícitos, no podrá aplicarse el grado máximo de la pena, habida consideración a lo dispuesto en el artículo 68 de nuestro Código Penal.

Por su parte, considerando que se han acreditado dos delitos, en primer término aquel previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, esto es el abuso sexual, y aquel consignado en el artículo 365 bis del mismo cuerpo legal, relativo al abuso sexual agravado, es del todo más favorable para el acusado la aplicación del artículo 74 del citado código, toda vez que de pretender utilizar el artículo 351 del Código Procesal Penal, teniendo presente la penalidad del delito más grave, conduciría aun cuando se aumentará en un grado a partir del mínimo, a un marco de sanción que dice relación con el presidio mayor en su grado medio como base, situación que en caso alguno se condice con el benéfico pro reo ni con lo dispuesto en el inciso tercero de la señalada norma.

Por último, para fijar el quantum definitivo de la pena, dentro de la gradualidad señalada, no se hará lugar a la alegación del señor fiscal de considerar la mayor extensión del mal producido por los delitos, ya que si bien se estableció una concreta afectación a la indemnidad sexual de la menor, no se demostró que el daño causado supere la barrera de aquel que se origina directamente con la comisión del delito, y que el legislador ya ha considerado al fijar su penalidad, ya que la propia psicóloga presentada por la fiscalía dio cuenta que si bien la víctima fue derivada a tratamiento psicológico, este tratamiento tenía más bien por objeto elaborar la situación vivenciada además de disminuir la sintomatología presentada –como trastornos del sueño, alteraciones en el ánimo, sentimientos de tristeza y temor– sin precisar un daño extraordinario al efecto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 11 Nº 6, 14 Nº 1, 15 Nº 1, 24, 26, 28, 29, 50, 68, 74, 365 bis Nº 2, 366 bis, 366 ter, 370 bis y 372 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se condena a Mario Enrique Cortés Cortés, ya individualizado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal –signado como hecho N° 1 de la acusación– cometido en la persona de la menor de iniciales C. N. S. M., el día 27 de diciembre de 2006 en la comuna de Pichilemu.

II. Que se condena asimismo a Mario Enrique Cortés Cortés, ya individualizado, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las 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 del delito consumado de abuso sexual agravado del artículo 365 bis N° 2 del Código Penal –signado como hecho N° 2 de la acusación– cometido en la persona de la menor de iniciales C. N. S. M., el día 28 de diciembre de 2006 en la comuna de Pichilemu.

III. Atendida la extensión de las penas corporales impuestas, no resulta procedente conceder al sentenciado ninguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, por lo que deberá cumplir ambas penas en forma efectiva, comenzando por la más grave, abonándose a ésta el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa desde el día 29 de diciembre de 2006 hasta esta fecha, en forma ininterrumpida, según consta en el auto de apertura del juicio oral.

IV. Finalmente, se condena también al acusado al pago de las costas de la causa.

Se deja constancia que la decisión de condena señalada en el apartado I. anterior, en relación al hecho número uno de la acusación, fue acordada por la mayoría del tribunal, con el voto en contra del magistrado Fernando Bravo Ibarra, quien fue del parecer de absolver al acusado por este delito, por las siguientes razones:

1. Es sabido que ante el principio de inocencia que ampara al acusado, corresponde al Ministerio Público proceder a la destrucción del citado principio, como asimismo de generar el convencimiento más allá de toda duda razonable de la ocurrencia de los hechos, pues bien en la especie la prueba de cargo no ha superado el estándar de la duda razonable necesario para condenarlo, atendido fundamentalmente a que el testimonio entregado por la menor ofendida fue categórico en aludir a la ocurrencia sólo del segundo episodio señalado en la acusación, indicando que aquello le ocurrió “sólo una vez”, y que no obstante había ido a la casa del acusado tantas veces antes, él nunca le había hecho eso; declaración que por haberse prestado en la audiencia de juicio oral no puede desvirtuarse en este caso con supuestas versiones suyas recogidas por otras personas antes del juicio, personas que claramente dicen relación con testigos de oídas y que no pueden tener mayor preponderancia que la propia declaración de la víctima.

2. Por su parte teniendo presente los principios de la lógica pareció del todo extraño que habiendo sido supuestamente vulnerada sexualmente el día 27, donde habría sido objeto tocamientos en la vagina y de pechos, vuelva al domicilio del agresor a exponerse nuevamente a una situación similar al día siguiente, esto es el 28 de diciembre de 2006, oportunidad en la cual ocurre el hecho número dos. Lo que motiva más que una mera duda, si hemos de tener en consideración además que la menor exteriorizó su afectación ante la agresión sexual del día 28 con trastornos del sueño y llanto como refirió su madre, sin que por su parte el día 27 ejerciera o manifestará reacción alguna de aquellas ocurridas en el segundo de los días, careciendo de demostración de haber sido afectada en dicho día.

3. De esta manera se comparte lo expuesto por el señor defensor en cuanto que al ser éste un Tribunal de derecho, hemos de estar a la prueba que consta en el juicio oral, en el cual la menor refirió haber sido afectada solo una vez. Y,

4. Finalmente, cabe precisar que como se ha sostenido precedentemente este sentenciador no obtuvo convencimiento más allá de toda duda razonable de la ocurrencia del hecho número uno, siendo dicha carencia más que una mera duda o un cabo suelto, por lo que ha sido del parecer de absolver al acusado en relación a este evento.

En su oportunidad, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Santa Cruz para el cumplimiento y ejecución de la sentencia.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental incorporada.

Regístrese.

Redactada por el Juez don Fernando Bravo Ibarra.

Dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, doña María Angélica Mulatti Oyarzo, don Rodrigo Gómez Marambio y don Fernando Bravo Ibarra.

RIT N° 8 2007.

RUC N° 0700003363 9.

Texto Sentencia Tribunal Base:

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Santa Cruz, 4 de julio de 2007.

Vistos, oídos los intervinientes y considerando:

Primero: Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, constituido por la Juez Presidente, doña María Angélica Mulatti Oyarzo y los Jueces don Rodrigo Gómez Marambio y don Fernando Bravo Ibarra, se verificó la audiencia del juicio oral de la causa RIT N° 8 2007, seguida en contra de Mario Enrique Cortés Cortés, cédula de identidad N° 6.109.867 4, nacido el 24 de septiembre de 1948, 58 años de edad, trabajador en forestación, domiciliado en Pasaje Las Lilas, Pichilemu, actualmente recluido en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Santa Cruz.

Sostuvo la acusación, el Ministerio Público, representado por el fiscal, don Jorge Mena Ocares, domiciliado J. J. Aguirre N° 505 de la comuna de Pichilemu, y forma especial de notificación a través de correo electrónico a la dirección jmena@minpublico.cl, quien fue acompañado por el abogado asistente de esa fiscalía don Rodrigo Troncoso Ortega, con mismo domicilio y forma de notificación.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Publico, don Jorge Araneda Chacón, con domicilio en José Joaquín Pérez N° 262 B comuna de Pichilemu y forma de notificación a través del correo electrónico jaranedac@defensoriapenal.cl.

Segundo: Que la acusación materia de este juicio se basó en los siguientes hechos:

Primer hecho: Que el día 27 de diciembre de 2006 en horas de la tarde, la menor de iniciales CNSM de nueve años de edad, concurre al domicilio del acusado Mario Enrique Cortés Cortés, ingresa a su dormitorio, ubicado en Pasaje Las Lilas, Pichilemu y en la cama el acusado procede el imputado a realizarle tocaciones a la menor en diferentes partes del cuerpo como espalda, senos y vagina.

Segundo hecho: posteriormente, el día 28 de diciembre de 2006, a una hora no determinada de la tarde, la misma menor de iniciales CNSM concurre nuevamente al domicilio del acusado, ingresando a su dormitorio ubicado en Pasaje Las Lilas, Pichilemu y en la cama procede a realizar tocaciones en diferentes partes del cuerpo como espalda, senos y a introducirle un dedo en el interior de la vagina ocasionándole lesiones en su zona vaginal.

El Fiscal calificó el hecho N° 1 como constitutivo del delito de abuso sexual impropio previsto y sancionado en el artículo

366 bis del Código Penal y asimismo el hecho N° 2 como constitutivo de dos delitos de abuso sexual agravado, previstos y sancionados en el artículo 365 bis N° 2 del Código Penal, ambos en grado de consumados, en los que atribuyó al acusado participación en calidad de autor, en los términos del artículo 15 N° 1 del mismo Código.

Se agregó en la acusación que le favorece al imputado la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, de irreprochable conducta anterior. Conforme a lo anterior, se solicitó en principio se imponga al acusado una pena de cuatro años por el primer hecho y siete años por el segundo, más accesorias legales; incluidas las del artículo 28, 372 bis, y artículo 372.

Tercero: Que, la defensa solicitó la absolución de su defendido en relación al hecho N° 1, ya que no se acreditó que fuera el responsable del delito, y segundo lugar respecto del hecho N° 2 una distinta calificación jurídica de lo que se está acusando por el ministerio público.

Precisó la defensa que la absolución del primero de los hechos, se funda en el relato del mismo imputado quien no solamente en este tribunal sino que además en sede policial y durante todo el transcurso de la investigación ha mantenido su versión en cuanto a que la conducta de abuso sexual fue solamente en una oportunidad y que en esa oportunidad sería el jueves 28 de noviembre del año pasado, también por el relato de la misma menor que señaló a todos los intervinientes de este tribunal de manera libre, espontánea y clara, un solo hecho, señaló que nunca le había pasado algo similar con anterioridad a este hecho del jueves 28 de diciembre, por más que se trato por parte del ministerio público de lograr que la menor señalara otro hecho, no fue así porque no existió otro hecho, porque la lógica de la situación nos indica solamente un hecho porque si miramos aisladamente el relato de la víctima con el relato del imputado hay una coincidencia extrema, una coincidencia que es innegable de manera que a juicio de este defensor es absolutamente viable absolver al imputado de este hecho porque son coincidentes los relatos de la víctima con los relatos del imputado y que podemos decir en contra; Agrego que, tenemos el relato de la madre, tenemos el relato de una tía y tenemos la declaración de la perito psicóloga, quizás el punto que más tenemos que analizar por parte de la defensa porque a juicio del defensor el relato y lo que señala la perito en su declaración no debe ser y no es sustento suficiente como para creer que existen dos hechos, primero porque no es lógico que una persona que ha sido afectada sexualmente, que ha sido objeto de besos, tocaciones en la vagina y de pechos vuelva al domicilio del agresor a exponerse nuevamente a situación similar, eso no es lógico, no es lógico una situación de esa manera y eso es coincidente con lo que señala la misma madre de la menor que sostiene que inmediatamente ocurridos los hechos el jueves 28 la menor esa misma noche manifiesta trastorno de sueño, esa misma noche llora de manera que es absolutamente creíble que efectivamente el hecho solamente se refiere al jueves 28 porque fue en ese momento donde se vivenciaron los síntomas, no fue la noche del 27, fue la noche del jueves 28, y que podría pasar porque simplemente y lo que cree el defensor esta circunstancia del jueves 28 provocó un trauma en la menor que simplemente atribuye y justifica dos hechos en solo uno; solamente la menor esta señalando que existen dos hechos en solo uno, es la única forma de justificar una situación de esta manera.

Respecto hecho N° 2, la defensa sostiene y como lo señaló también en el alegato de apertura que no estamos frente a una figura del artículo 365 bis N° 2, sino que simplemente estamos frente a una figura de un abuso sexual simple, porque a juicio de la defensa lo que se ha tratado de señalar por el ministerio público como un objeto, lo que sería el dedo, no lo es a juicio de este defensor, un objeto es algo que puede separarse físicamente de un todo, es algo que lógicamente el dedo no lo es, el dedo forma parte de un cuerpo humano y ese es el sentido lógico de la norma que señala el artículo 365 bis no se puede separar del cuerpo humano un dedo, una nariz, una oreja porque son parte del cuerpo humano y ese no es el espíritu que se estableció en el artículo 365 bis hablar de objeto de cualquier índole, claramente el dedo no es un objeto de cualquier índole como para establecer el abuso sexual agravado de igual manera a juicio del defensor tampoco hay esta introducción y que es lo que tenemos para acreditar esta introducción de objeto, efectivamente lo hay respecto de la declaración del perito matron, solamente señala que el himen lo vio sin desgarrar que no vio lesiones externas, respecto del informe médico legal efectivamente señala que hay una penetración pero también sostiene que hay un himen complaciente, un himen que presenta elasticidad, un himen que vuelve a su estado natural por lo tanto, lo lógico de ese entender es que es muy difícil establecer la existencia de una efectiva penetración porque la naturaleza del himen complaciente no lo permite; porque lo que permite solamente es establecer las lesiones externas que puedan tener en los genitales, las lesiones que efectivamente constató el perito del servicio médico legal, y esas lesiones a juicio de la defensa solamente son compatibles con Abuso Sexual Simple del artículo 366 bis, y eso lo que a juicio de la defensa solamente existe de manera, que en definitiva la defensa sostiene la absolución del imputado del hecho N° 1, toda vez que no se ha logrado acreditar más allá de toda duda razonable su participación en el mismo, ni la existencia misma del hecho; respecto del hecho N° 2, una distinta calificación jurídica esto es, que se trata solamente de un abuso sexual simple del artículo 366 bis.

En subsidio de la petición absolutoria, solicitó se le reconozcan las atenuantes de los artículos 11 N° 6 conforme al 68 bis y en el evento que no se acoja el 68 bis lo más apropiado es aplicar las penas del artículo 64 y sancionar cada uno de los delitos por separado en sus mínimos respectivos, esto es tres años y un día para el hecho N° 1, y cinco años y un día

para el hecho N° 2, pero la referencia al 351 del Código Procesal Penal fue exclusivamente en el caso que se acogerá la calificación de la irreprochable conducta anterior.

Cuarto: Que el acusado declaró luego de la apertura del juicio y dijo que ejecutó sólo un hecho y no dos como se le acusa; él estaba accidentado del pie y estaba en la cama, llegó la menor y la hizo pasar, realizando masaje con un masajeador artesanal y ahí fue cuando la tocó pero no le metió el dedo.

Su casa es una mediagua de madera, la cual tiene una pieza con una cama y una cómoda, trabaja en forestación en retiro que está a 15 kilómetros, llevaba dos semanas accidentado por quebraduras en el trabajo. Conocía a la niña de chiquitita, la niña tiene entre unos 8 a 10 años, a ella le dice Cony. Ese día fue y entro andaba jugando con otro niño chico, él estaba en la cama cuando llegó y se sentó en la cama, andaba con pantalón blue jeans y un polerón. La niña le preguntó por un instrumento que era un masajeador y ella le pidió que le hiciera masaje, haciéndole por el pelo y la espalda, ahí fue que la toqueteó en la vagina, solamente ahí. Él estaba tendido en la cama y ella también, la tocó por encima del pantalón, por encima del calzón, la tocó con el dedo del medio. A los funcionarios policiales les declaró lo mismo que esta declarando ahora, todo lo que les dijo a ellos era verdad. Agrega que le tocó los senos también, indicando que la niña fue sólo una vez a su casa, no recordando qué les dijo a la policía en relación a esto. Se hace uso de la facultad del artículo 332 Código Procesal Penal para efectuar contradicción, donde lee que "El día miércoles también fue a jugar a su casa, también fue a su pieza", reconoce que fue a jugar ese día pero al patio. Lleva detenido seis meses, lo fue a ver un psicólogo y no dio entrevista porque el señor abogado le dijo que no diera entrevista.

El está acostumbrado a leer en voz baja. Su relación con sus vecinos es buena, hay más niños y no ha tenido problemas con ellos, vio crecer a hartos.

En cuanto a su detención se produjo como a las 8:00 a 9:00 horas de la noche, lo llevaron al hospital se hizo el informe y lo llevaron a carabineros a declarar, andaba con un yeso, la declaración fue como a las 23:00 horas y terminó como a las 00:00 a 01:00 horas de la noche, sus derechos se los dijeron en el calabozo luego de haber declarado. Carabineros le dijo que si declaraba se podía ir al otro día para la casa.

Indica que a la menor la tocó sólo por fuera y al otro día también fue a su casa pero sólo a jugar al patio. El hecho se produce por que a él le entro el diablo, la tentación.

Quinto: Que, la controversia en este juicio oral consistió en determinar si ocurrieron los hechos contenidos en la acusación y si éstos configuraron acciones sexuales abusivas, distintas del acceso carnal, de aquellas que se establecen en el artículo 366 bis, en cuanto al primer hecho, y si ha existido una acción sexual consistente en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal, bucal o utilizando animales en ellos como refiere el artículo 365 bis N° 2 del Código Penal en relación al segundo hecho.

Sexto: Hecho N° 1 de la acusación.

Respecto del hecho signado como N° 1 de la acusación, esto es, el delito de abuso sexual cometido por el acusado en la persona de la menor de iniciales C. N. S. M. el día 27 de diciembre de 2006, la prueba de cargo, en concepto de este Tribunal y tal como se adelantó en el veredicto, reunió el grado de convicción necesario para acreditar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo penal previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, el que requiere para su configuración que el sujeto activo haya realizado alguna acción sexual distinta del acceso carnal a una persona menor de 14 años de edad, entendiendo por acción sexual lo que señala el artículo 366 ter del mismo cuerpo legal, esto es, "...cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella".

En efecto, el ilícito resultó plenamente demostrado a partir de la relación lógica y armónica de los diversos elementos probatorios aportados por la Fiscalía, que en suma permitieron reconstruir y dar veracidad al relato del hecho que entregó la propia menor ofendida en los momentos y días inmediatamente siguientes a su ocurrencia.

De este modo, se contó en primer lugar con los dichos de Gloria Moreno Candia, madre de la menor C. N. S. M., quien, en cuanto a lo que este hecho importa, señaló al tribunal haberse enterado el día 28 de diciembre que su hija había sido manoseada y besada en la boca por su vecino Mario, precisando que lo supo cuando se lo contó su vecina Rossana en

compañía de su hija mayor y de la niña, a raíz de lo cual efectuaron la denuncia a Carabineros y los trámites posteriores, entre los cuales estuvo su concurrencia al hospital a constatar las lesiones y su declaración en Fiscalía ese mismo día. Agregó que después de que prestaron declaración en carabineros respecto al hecho que motivó la denuncia, la niña contó que el día anterior, esto es, el 27 de diciembre de 2006, había pasado igualmente a la casa de don Mario y éste la había manoseado, explicando que con ello se refería a que el sujeto la había tocado en su cuerpo y en su vagina. Señaló asimismo en detalle las secuelas psicológicas y físicas que ha presentado la menor después de los hechos, lo que ha motivado su tratamiento por especialistas.

Por su parte, se contó también con el relato de Rossana Yáñez Cáceres, quien dijo haber sido la primera persona a quien la menor le contó los hechos, cuando estando en su casa el día 28 de diciembre en la tarde llegó hasta su casa la menor y le indicó que quería hablar con su marido –que es carabinero– para que la ayudara, contándole que don Mario le había hecho tocaciones en su cuerpo, en sus partes genitales y que le había dado besos, lo que ocurrió dos veces, el día 27 y el día 28 de diciembre. La testigo refirió también al igual que la madre haber acompañado a la niña a hacer la denuncia y a las diligencias posteriores.

Coincidió con el relato de ambas mujeres en este punto lo expuesto por el perito matron Mario Morales Cárceres, quien señaló haber entrevistado a la menor en el Hospital de Pichilemu, quien en su anamnesis (relato de la menor afectada acerca de qué le había ocurrido) le dijo que le habían introducido algo por la vagina, un poquito, y que esto sucedió en dos días. Explicó asimismo que la examinó y pudo distinguir la existencia de erosiones en su vagina a las 4 y a las 8 según las horas del reloj y que ellas eran sugerentes de un intento de penetración vaginal de un objeto extraño, presentando a simple vista su himen intacto.

Es decir, lo informado por el perito, respecto que la niña le indicó que la agresión sexual descrita le había ocurrido en dos días distintos, ratificó lo señalado por las testigos anteriores, agregando que él pudo constatar –como se analizará con más detalle al tratar del hecho N° 2– la existencia de lesiones que resultaban compatibles con lo descrito por la niña, dándole una evidente credibilidad a lo por ella expresado.

A ello debemos agregar que la verosimilitud de lo dicho a ellos por la menor resultó congruente con el mérito de la 2ª convención probatoria alcanzada por las partes, en virtud de la cual fijaron como hecho no controvertido que “el día 27 de diciembre del año 2006, la menor de iniciales C. N. S. M. ingresó al domicilio del acusado”, domicilio que situó el acusado en su declaración en Pasaje Las Lilas de Pichilemu, con lo cual fue posible tener por cierto que ella estuvo ese día en ese lugar, ratificándose el contexto en que según la niña se produjo este hecho.

Por su parte, la perito Camila Oro Villalón, quien expuso la pericia psicológica realizada a la ofendida y recibió un relato más completo de los hechos, indicó que la entrevistó el día 4 de enero de 2007 y la niña le describió de manera inestructurada dos eventos que ella contextualiza el día miércoles y el día jueves, dándole una connotación de mayor relevancia al evento del día jueves. Le indicó que el motivo de la citación a la fiscalía era porque “casi me abusan y usted me va a ayudar a que lo metan más años preso”. El primero de los eventos fue cuando ella habría ido a vender unos números de rifa para ayudar a su amiga Lisette a la casa de este señor identificado como don Mario, él les habría dicho que no, por lo que ellas se van, pero luego él los llama y ella va a la pieza y él la hace entrar y ahí le había tocado los pechos, le habría dado besos en la boca y le habría tocado la vagina, y ella luego sale; describió luego el otro evento, ocurrido al día siguiente, en que además de estas mismas acciones esta persona le habría introducido un dedo en su vagina, lo que le produjo dolor, posterior a lo cual le informa lo sucedido a la mamá de su amigo Álex, revelándose la situación.

Precisamente es esta psicóloga quien obtiene un relato claro y preciso de este primer hecho, lo que puede explicarse por las mejores condiciones en que se produce la entrevista y las herramientas técnicas que permite la psicología, cuyo conocimiento da mayores posibilidades para obtener un relato completo. Lo narrado a esta profesional concuerda con lo expresado por los anteriores testigos, tanto por la presencia de dos eventos, como por la clara caracterización del segundo de ellos, en que se produjo la introducción de un dedo en su vagina, lo que la niña asocia a dolor, lo que si bien no ocurrió en el primer hecho, en que sí están presentes besos en su boca y tocaciones en sus pechos y vagina, permiten advertir una conducta en escalada en cuanto a contacto corporal, desde las caricias o besos hasta lo más invasivo que se dio en el segundo hecho, lo que hace coherente lo expresado por la perito y da credibilidad a lo relatado a ella por la menor. La verosimilitud de lo expresado por Oro Villalón también se advierte tanto de diversos detalles del relato que reproduce de la niña como de las apreciaciones que le despierta su forma de desenvolverse, ya que concuerdan con lo que estos sentenciadores pudimos distinguir también en el relato obtenido de la menor en la audiencia.

La perito añadió que en su informe pudo concluir que la niña da cuenta de dos eventos de vulneración a la esfera de la

sexualidad, logrando describir su fecha a través de eventos externos a ella, señalando que cuando se producen ella no estaba en clases y era antes del año nuevo; que imputa a un único sujeto como agresor; y que el relato presenta indicadores de credibilidad tales como una producción inestructurada, una estructura lógica, cantidad de detalles, un engranaje contextual, admisión de falta de memoria, correcciones espontáneas, y sintomatología reactiva a los hechos, aspecto último que es reafirmado por la madre y que se caracterizaría por alteraciones en el sueño, en el ánimo, sentimientos de tristeza, temor y rechazo a la figura paterna; entre otros.

La presencia de estos elementos que apoyaron su conclusión final de que el relato era creíble, fueron compartidos por el Tribunal, tanto porque la información entregada por la perito pudo ser cotejada y validada a través del relato de los otros testigos que depusieron en el juicio, como porque se pudieron distinguir y ponderar tales elementos directamente por estos jueces en gran medida al analizar el relato entregado por la niña, haciendo verosímil su doble imputación contra el acusado, y además porque si bien –en el caso de la sintomatología asociada al daño derivado de un evento traumático en la esfera de la sexualidad– no puede relacionarse con la ocurrencia de más de un suceso, no es tampoco que no tenga ninguna relación: precisamente el daño y los indicadores que lo manifiestan, pueden perfectamente ser la consecuencia de una situación traumática en sentido amplio, comprensiva de los dos hechos aludidos, máxime si entre ellos mediaron menos de 24 horas.

En este punto, cierto es que la defensa intentó sembrar la duda al interrogar a la madre de la menor en cuanto ésta narró que sólo después del segundo hecho, esto es, en horas de la noche del día 28 de diciembre de 2006, la menor presentó trastornos en el sueño, no podía dormir y escuchaba pasos, lo que no le había ocurrido antes. Ello sin embargo no pareció tan categórico como quiso plantear la defensa para descartar que antes de aquel día la niña hubiere sufrido el primer hecho descrito en la acusación, toda vez que habiendo ya llegado a la convicción de que este primer hecho existió, conforme todo lo expuesto, la reacción de la niña sólo ese día pareció razonablemente explicada por una conjunción de factores: el primer hecho había ocurrido precisamente tan sólo un día antes, sin dar mucho tiempo para reaccionar, especialmente si para la niña se trataba de un hecho nuevo y sin una secuela evidente e inmediata; el segundo hecho, por el contrario, fue más impactante, ya que le produjo evidente molestia (llegó a golpear al sujeto en el mismo momento) y le generó dolor físico (dijo que le dolió la vagina y que después le quedó irritada); y fue después de este segundo hecho que se develó lo ocurrido y que ella debió contarle primero a la mamá de su amigo (la testigo Rossana Yáñez), luego a su madre, más tarde a carabineros y al matrón, lo que ciertamente –de acuerdo a las máximas de la experiencia– debió haberle generado conciencia de la gravedad de la situación y temor a vivirlo nuevamente. En consecuencia, parece natural y no sirve para cuestionar la efectividad del primer hecho el que hayan aparecido los antedichos trastornos sólo en la noche del día 28.

Respecto al testimonio prestado por la menor en el juicio, y si bien puede en principio desprenderse de él una debilidad para el caso de la Fiscalía, en cuanto ella señaló que esto había ocurrido sólo una vez, en circunstancias que fue a venderle a don Mario números de rifa –aludiendo al hecho situado el día 28 de diciembre– aquello se pudo explicar convincentemente a juicio del Tribunal de modo de superar el estándar de la duda razonable y llegar con ello a la decisión de condena.

Así, se tomó en cuenta lo referido por la perito psicóloga Camila Oro Villalón, quien a lo anteriormente mencionado agregó que la menor tiene conductas evitativas de los hechos, lo que por lo demás parece ser una reacción lógica para no recordar hechos especialmente dramáticos en la vida de una persona. También se consideró que la niña describió perfectamente el segundo hecho señalado en la acusación y que cronológicamente también fue el segundo en ocurrirle, porque fue el más traumático e invasivo para ella, de tal modo que se advierte del todo natural que lo recuerde con mayor precisión. Asimismo, cabe considerar especialmente la edad de la menor y lo que significa haber prestado declaración en el juicio: el tribunal percibió que fue muy clara y segura al describir las conductas de que fue víctima y categórica en sindicar como el responsable a un mismo sujeto, pero también se advirtió por estos sentenciadores que de sus dichos no necesariamente debía descartarse la alusión a dos episodios, ya que ideas como por ejemplo “esto me pasó sólo una vez” o “esto nunca me había pasado antes” pueden aludir a que el hecho más grave para ella –que el acusado la tomara y le introdujera un dedo en su vagina en forma dolorosa (hecho N° 2)– era al que más se debía referir y el que más importaba a todos los que le oían en la audiencia (en la sala donde declaró estábamos los jueces, el fiscal y el defensor). Por otro lado, al referir haber llegado a la casa del acusado a hablar con éste para ofrecerle comprar una rifa aludió al hecho ocurrido el primer día, esto es, el 27 de diciembre, tal como lo indicó a la perito, advirtiéndose que la niña apareció narrando ante el Tribunal como un solo hecho situaciones que en el contexto del caso traído a juicio fueron dos hechos ilícitos, distinción que no pareció comprender la menor, lo que pareció del todo lógico, ya que es complicado exigir la misma claridad al deponer sobre dos hechos excepcionales en su vida y que le ocurrieron en dos días seguidos, a una persona adulta que a una menor de tan sólo 9 años.

Por lo mismo, resultó de suma importancia complementar su relato el día del juicio, con el relato que ella entregó antes del juicio pero con posterioridad a los hechos a otras personas, como fueron los ya citados testigos Gloria Moreno Candia,

Rossana Yáñez Cáceres, Mario Morales Cárceles y la perito Camila Oro Villalón, todos quienes al declarar impresionaron a los jueces como objetivos, precisos y coherentes en sus aspectos esenciales respecto del relato que cada uno de ellos obtuvo de la niña —especialmente en cuanto aquí interesa destacar que les refirió dos episodios— demostrando en suma ser veraces, y además considerando que sus dichos no fueron desvirtuados por alguna otra prueba en contrario, ni desacreditados en cuanto a su credibilidad, imparcialidad o idoneidad, por lo que el Tribunal les dio pleno valor. No es lógico dejar de creer que la menor efectivamente indicó haber sido víctima de tocaciones en sus senos y vagina también el día 27 de diciembre, cuando todos estos testimonios ya señalados coinciden en ello, máxime si recibieron la versión de la niña en momentos inmediatos de sucedidos los hechos, cuando era más posible recordar cabalmente lo sucedido. Estos testigos y perito superaron el debido contraexamen en el juicio sin que se haya vislumbrado una razón verosímil al menos para no creerles, y en definitiva, pudieron brindar información que fue estimada como de buena calidad, por su precisión y sus detalles que dieron coherencia a sus relatos, complementándose y justificándose armónicamente unos con otros, y apareciendo especialmente corroborados en las explicaciones bien fundadas de la perito. En ese sentido no constituyeron más que anécdotas y nada importaron para desacreditar su credibilidad ciertos datos accesorios aportados al contraexamen, como el afirmado por la testigo Yáñez Cáceres respecto a que la niña no le quiso contar primero a su mamá por miedo a que la retara, o que ella misma o la madre afirmaran no haber sabido de hechos anteriores cometidos por el acusado contra otros menores, información que resultó irrelevante para el caso. Tampoco fue importante considerar al respecto lo señalado por las testigos de la defensa María Fariña González y Susana Fariña Fariña en cuanto refirieron en general la buena conducta del acusado y su trato cercano y cariñoso con ellas y sus hijos, toda vez que estos aspectos nada tienen que ver ni pueden conectarse lógicamente y de acuerdo a las máximas de la experiencia con los hechos concretos de que se acusa a Cortés Cortés, quien a mayor abundamiento reconoció haber cometido algunas de las acciones sexuales ilícitas que se le imputan en el segundo hecho.

El tribunal puede, como hizo en este caso, alcanzar el convencimiento de la condena del acusado por este hecho, a partir del conjunto de la prueba aportada, valorada con libertad como permite nuestro actual sistema procesal, de la cual se desprendió la verdad sobre lo que vivió la menor, siendo plenamente acorde la información entregada por la prueba de cargo con los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, siendo estos últimos los que bien explicó la perito Oro Villalón en el juicio.

Finalmente, cabe señalar que la edad de la ofendida como elemento necesario para configurar el tipo penal invocado por el Ministerio Público, pudo tenerse por acreditada con el certificado de nacimiento emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificaciones correspondiente a C. N. S. M., incorporado como documento por la fiscalía mediante su lectura inobjutada en la audiencia, del cual se desprende que ella nació el 14 de mayo de 1.997, por lo que a la fecha de este hecho tenía 9 años de edad, lo que además resultó acorde a los dichos vertidos por la niña, su madre y el propio acusado en el juicio.

Séptimo: Con el mérito de todos estos elementos probatorios, debidamente analizados y apreciados libremente por este Tribunal de Juicio Oral, pudo tenerse por suficientemente establecido entonces, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho que se estimó congruente en plenitud con el primer ilícito imputado por el Ministerio Público en su acusación, a saber: Que el día 27 de diciembre de 2006, en horas de la tarde, la menor de iniciales C. N. S. M. de nueve años de edad concurrió al domicilio del acusado Mario Enrique Cortés Cortés, ubicado en Pasaje Las Lilas de Pichilemu, ingresando a su dormitorio, donde éste procedió a realizarle tocaciones a la menor en diferentes partes del cuerpo como espalda, senos y vagina.

Tal hecho constituyó un delito de abuso sexual infantil impropio, precisamente el que fue materia de la acusación como hecho N° 1, establecido en el artículo 366 bis del Código Penal, toda vez que un sujeto realizó con la ofendida —a esa época de una edad inferior a los 14 años— una conducta distinta del acceso carnal consistente en efectuarle tocaciones en los senos y genitales de la víctima, acción que fue considerada como de significación sexual y de relevancia, en los términos a que alude el artículo 366 ter del mismo código, porque hubo un contacto corporal con ella y atendidas las zonas del cuerpo que afectó, conocida y naturalmente relacionadas con la sexualidad humana, y también porque dicha connotación surgió como la única explicación verosímil de tal acto, dado el contexto en que se dio.

Asimismo, el delito pudo tenerse como consumado ya que la conducta descrita supuso una vulneración efectiva y grave de la indemnidad sexual de la menor, bien jurídico protegido por el referido tipo penal.

Octavo: A su turno, la autoría que se imputó al acusado surgió de la misma incriminación que le hizo la menor, quien —como se dijo— fue complementada y avalada, en aspectos sustanciales, por la mencionada prueba de cargo.

Así, la ofendida sindicó clara e inequívocamente en la audiencia como el único autor de las situaciones que describió a su vecino Mario, que corresponde al acusado (relación que no fue discutida ni puesta en duda por la defensa), lo que debe entenderse en el contexto de lo que ya se ha referido, esto es, que al ocurrir el hecho N° 2 el 28 de diciembre le cuenta lo sucedido a la madre de su amigo Axel, quien resultó ser la testigo Rossana Yáñez, quien indicó en la audiencia que la menor sindicó precisamente a un vecino de nombre Mario, misma persona a quien aludió la madre de la niña Gloria Moreno al narrar lo que a su vez le contó a ella su hija. Por su parte, más acabada fue la información proporcionada por la perito Oro Villalón, quien en este punto señaló que la menor identifica como agresor a un agente extra familiar conocido como don Mario, sindicación a la que también alcanzan sus conclusiones acerca de la credibilidad del relato. El conjunto de estos antecedentes probatorios resultó acorde con el reconocimiento de la defensa y del propio acusado en cuanto a que efectivamente la menor estuvo en el domicilio del acusado el día en que ocurrió este hecho.

Los asertos de la menor ofendida, manifestados durante la investigación y mantenidos hasta la audiencia de Juicio Oral, configuraron una persistente, única y sostenida imputación y, por otro lado, fueron plausibles, atendida la forma cómo verosímilmente ocurrieron los hechos, desechando de este modo la tesis absolutoria de la defensa.

De esta forma, el Tribunal pudo dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el acusado Mario Enrique Cortés Cortés tomó parte en la ejecución del delito de abuso sexual demostrado, como autor ejecutor inmediato y directo, en los términos indicados en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Noveno: Hecho N° 2 de la acusación. Que el Ministerio Público, con el fin de acreditar su acusación, en lo referente al hecho número dos, rindió las siguientes probanzas:

En primer lugar, la declaración de la menor y víctima de este juicio C. N. S. M., a quien las partes nombraron por Coni, la cual señaló tener diez años y que estuvo de cumpleaños el 14 de mayo, indica que vivía con su mamá en Pichilemu pero ahora se cambió a Paredones, precisando que en Pichilemu vivía en el Pasaje los Jazmines y cuando vivía ahí se juntaba con sus amigos Álex y Lisette. Agrega que se acuerda que antes del año nuevo fue a vender números de rifa a la casa de don Mario, que vivía cerca de su casa, fue una vez. Cuando entró a la casa le preguntó si se quería sentar y ésta le dijo que no, que paradita no más porque tenía que ir a vender más números de rifa. Señala que él va y la toma y la sienta en la cama, y ella le pregunta que por qué la toma así; fue ahí donde él le levantó el pantalón y le tocó la vagina, por abajo del pantalón y ella le pegó. Expresa que él estaba sentado cuando le tocó la vagina y le empezó a dar besos en la boca. La menor señala que no sabe por qué él le hizo eso, él no le dijo nada y cuando le tocó la vagina le dolió. Aclaró que le tocó la vagina con la mano una vez. Agregó que antes había ido para la casa de don Mario y que nunca le había hecho nada, dice que le hizo eso una vez. Manifestó que otros niños han tenido problemas también, había unas niñas que siempre iban para allá, él las tomaba en brazo y las empezaba a tocar precisando que ella les decía que no fueran porque él les iba a hacer eso, fue ahí donde las chiquillas dejaron de hablar con ella y dijeron que era mentira, indicando que éstas eran la Zuleica y la Paloma. Añadió que a ella nunca antes le habían hecho algo similar.

A la pregunta aclaratoria del tribunal señala que estaba con pantalones largos, le pescó el pantalón, lo levantó y la empezó a tocar, le separó el pantalón de su cuerpo, de su guatita, y le tocó por debajo del calzón con la mano.

La menor finalmente expresó que le tocó una vez la vagina y cuando dice “me hizo eso”, se refiere sólo a tocar la vagina.

De lo mencionado pudo advertirse que la víctima es categórica y clara en expresar el por qué del ingreso a la casa del acusado y cómo ocurren los hechos paso a paso, hasta que le tocan la vagina por debajo de los pantalones y calzón, expresando circunstancias tales como que “cuando le tocó la vagina le dolió, le tocó la vagina con la mano una vez”, lo que da cuenta del hecho de no ser un mero roce, y aún más, de la intensidad de la acción que motivó el dolor en la víctima producto de la mano del ofensor en la vagina de ésta, hecho sumado a los besos contra su voluntad lo cual impulsa a que ésta golpeará al sujeto. La señalada declaración fue especialmente convincente y del todo creíble teniendo presente para ello la edad de la menor y la apreciación que el propio Tribunal hizo al momento de escuchar el relato de ésta, el cual no sólo fue claro, coherente y preciso, sino que además detallado en cada una de las informaciones proporcionadas.

Asimismo declaró doña Rossana Andrea Yáñez Cáceres, quien señaló que vive en los Jazmines, Pichilemu, indicando que Coni vivía cerca de ella, a unos 100 metros. Expresa que la niña llegó a su casa, se había estado bañando con su hija y le dijo que quería hablar con ella y con su marido, el cual es Carabinero, contándole que don Mario –acusado– quien vive atrás de su casa, le habría efectuado tocaciones en sus senos, sus partes genitales y le había dado besos, lo que ocurrió dos veces en la casa de él, siendo la última el día 28 de diciembre, oportunidad en que le expresa el relato.

A continuación, depuso la madre de la víctima doña Gloria Alicia Moreno Candia, quien expuso que vivía en Pichilemu en pasaje los Jazmines cuando el día 28 de diciembre, en circunstancias que salió al centro de Pichilemu, como a las 6 de la tarde recibió una llamada de su hija mayor para que llegara pronto a la casa por una situación urgente. Cuando llegó estaba su vecina Rossana con su hija mayor, señalándole ésta que su hija menor había pasado por el sitio de este señor (el acusado) el cual la había tirado a la cama y había empezado a manosearla en la vagina y su cuerpo, dándole besos, lo que le ratificó también su hija. Precisó que la niña pasaba por el sitio de don Mario, ya que iba a jugar con la hija de Roxana y otro niño más, ya que hay una puerta entre ambos sitios. Este caballero va a sacar agua al sitio de Roxana porque había confianza, pasando por dicha puerta, la misma por la cual se pasaban los niños.

Ambas declaraciones ratifican la versión entregada por la menor, siendo dichas testigos las primeras en recibir su información, la cual en lo sustancial se mantuvo hasta la audiencia de juicio oral dando solidez y credibilidad a sus dichos, las cuales dan cuenta de la agresión sufrida y de las tocaciones a nivel vaginal impetradas por Cortés Cortés.

Declaró del mismo modo doña Camila Sol Oro Villalón, Psicóloga, quien efectuó una evaluación del relato de la niña a objeto de determinar la presencia de indicadores de credibilidad de dicho relato e indicadores psicológicos asociados a daño emocional. Expresó que la menor al hablar de la temática denunciada presenta una actitud un poco más ansiosa y evitativa, pese a ello logra dar cuenta de los hechos, describe de manera inestructurada dos eventos que ella contextualiza el día miércoles y el día jueves dándole una connotación de mayor relevancia al evento del día jueves, indicado que la menor refirió que casi la abusan. En cuanto a lo que aquí interesa, el hecho del día jueves, precisa que en horas de la tarde cuando ella estaba jugando con sus amigos en el patio de él (en alusión al acusado) la habría llamado. Ella dice que no quería entrar pero que, sin embargo, él como que la tironea y entra, refiere que en esa oportunidad ella estaba sentada en la cama y que él la empieza a tocar en diferentes partes del cuerpo señalando los pechos y en la vagina, indicando la menor en esos momentos que él introduce su mano en la vagina y que ella andaba con blue jeans, un bolero y unas chalas. Expresa que la menor le hace el gesto de cómo ocurrió, pone su mano en la pretina del pantalón y la mete por debajo y dice que ahí él le tocó la vagina, metiéndole el dedo en la vagina, haciendo un gesto así (mostrando la mano con los dedos hacia arriba). Refiere que esto a ella le produce dolor y que después le ardía la vagina por lo mismo, señala que la pieza estaba cerrada, que él había cerrado la puerta con llave y la ventana y que luego ella le pega dos cachetadas cuando él le da besos, señala que ella pide ayuda para poder salir porque él le dice que se vaya pero no puede salir porque estaba la puerta con llave. Ella tenía temor y trata de salir por la ventana, llama a sus amigos y luego refiere que la situación termina logrando salir para posteriormente informar lo sucedido a la mamá de uno de sus amigos y que a partir de entonces se revela la situación.

En relación a las conclusiones se señaló que la niña da cuenta de dos eventos precisando en uno introducción del elemento dedo en la vagina, asociándolo la niña con dolor físico. También se observa que la niña logra describir la fecha de los eventos a través de eventos externos a ella, por ejemplo, el año nuevo y la navidad, señalando que cuando se producen los eventos ella no está en clases y era antes del año nuevo, se observa en el relato de la niña indicadores de credibilidad tales como una producción inestructurada, una estructura lógica, cantidad de detalles, también un engranaje contextual describe la niña durante los dos eventos interacciones y reproduce conversaciones sostenidas con el agresor. Hay también admisión de falta de memoria, correcciones espontáneas, entre otros. También la niña refiere sentimientos de dolor físico, esos son detalles sensoriales; de manera paralela ella señala sintomatología reactiva a los hechos que es reafirmada por la madre y que se caracterizaría por alteraciones en el sueño, alteraciones en el ánimo, sentimientos de tristeza, temor y rechazo a la figura paterna, sentimientos de angustia y de ansiedad entre otros. Existe concordancia entre la información entregada por la niña y la información que proporciona la madre, con la información contenida en la carpeta de investigación y con los antecedentes emanados del informe del servicio médico legal.

De esta forma, la pericia entrega información detallada del relato de la menor en fecha cercana a la ocurrencia de los hechos, precisando la introducción del dedo del acusado en la vagina de la menor, lo que motiva el dolor físico por ella referido, entregando por su parte elementos de credibilidad del relato que se condicen plenamente con la percepción que el tribunal tuvo al escuchar a la víctima y que motivaron a dar fe a la versión entregada, generando la convicción de la efectividad de los hechos.

Asimismo declaró en estrados don Mario Marcelo Córdova Gavilán, perito médico legal, quien refirió que el día 2 de enero fue enviada desde la Fiscalía de Pichilemu la menor identificada como Cony, de 9 años, por una situación de Abuso Sexual. La menor le relató que un vecino le había realizado tocaciones en la región vaginal y perianal, con introducción de dedos, tocaciones en tórax, cuello y dorso. Señala que no contaba con mayores antecedentes al momento de realizar el examen, sin embargo, el examen físico general daba cuenta de una niña sana, bien cuidada, bastante acongojada al minuto de ser interrogada sobre los hechos que habían sucedido. El examen genital permitió apreciar que el monte de Venus se encontraba sin mayores lesiones, localizándose una erosión en los labios mayores, a las 08:00 horas, según

el puntero del reloj, y un eritema en el himen, que define de características complacientes, entre las 8:00 y las 11:00 horas según los punteros del reloj, pero sin desgarros. Concluye además que no existían evidencias de agresión física, ni de penetración anal, pero sí de penetración vía vaginal reciente, dada por la erosión que encontró en los labios mayores y el eritema. Explica que eritema es un enrojecimiento encontrado en el himen y que por las características de éste no produjo desgarramiento, refiriendo además que un himen complaciente es una variante anatómica en la que éste tiene una mayor cantidad de fibras elásticas en su constitución interna –que en general se encuentra compuesto por fibras colágenas que son duras y que no se pueden extender– fibras elásticas que son extensibles y que incluso pueden resistir el paso de algún objeto contundente sin desgarrarse. Agregó que ese enrojecimiento se puede producir ya sea por la introducción de algún objeto o por una presión, pero en este caso el examen constató lesiones en labios mayores y en el himen, sin haber lesiones en los labios menores, por tanto esto evidencia que existió la introducción de un objeto como contundente hasta la zona del himen, no sólo por el vestíbulo vaginal. Si se hubiera ejercido sólo una presión por fuera, habría tenido lesiones en los labios menores y difícilmente en el himen que está en un plano más interno.

Las conclusiones médico legistas son inequívocas en orden a atribuir las lesiones no sólo a una presión en la zona vaginal, sino a la introducción de un objeto como contundente, lo que se desprende de existir lesiones en los labios mayores y en el himen más no en los labios menores, lo cual debió haberse producido en el caso de ser sólo una presión, circunstancia que por lo demás se ratifica en el hecho de la dificultad de generar una lesión en el himen sólo con presión, ya que éste está en un plano más interno. Todo lo cual resulta armónico con la versión entregada por la propia víctima al perito Mario Córdova, al cual le señaló expresamente la introducción de un dedo en su vagina por parte del agresor.

La anterior pericia es concordante y ratificada con la declaración de don Mario Morales Cárcelos, matró, quien también realizó un peritaje a la menor, señalando que la entrevistó en el Hospital de Pichilemu y en su anamnesis le dijo que le habían introducido algo por la vagina, un poquito, y que esto sucedió en dos días. Explicó asimismo que la examinó y pudo distinguir la existencia de erosiones recientes en su vagina a las 4 y a las 8 según las horas del reloj y que ellas eran sugerentes de un intento de penetración vaginal de un objeto extraño, presentando a simple vista su himen intacto. Señala luego de hacer uso de la herramienta del artículo 332 del Código Procesal Penal, que la menor le dijo que lo que le introdujeron era un dedo. Se le exhiben dos fotografías que describen el genital de la menor, indicando el perito la existencia de lesiones que no son del tipo accidental, lo que se habría producido por la introducción de algo, indicando que las fotografías fueron tomadas inmediatamente después de la denuncia.

De tal forma, tanto la pericia médico legal como la del referido Matró, dan cuenta de las lesiones encontradas en la zona vaginal interna, atribuyendo éstas a la introducción de un elemento en dicha zona, acorde con un dedo, y que tal introducción había sido reciente, lo que permite vincular entonces también a través de esa cercanía temporal las lesiones advertidas con el hecho descrito por la menor.

Por su parte declaró también don Luis Durán Molina, carabinero, quien llegó al domicilio del imputado posterior a la denuncia, dando cuenta de las características de la vivienda del acusado, la cual precisó tenía un dormitorio, una cama y una cómoda, funcionario al cual se le exhiben fotografías, que dijo correspondían a la propiedad del imputado, la cual describe como una mediagua con un patio bastante amplio donde juegan habitualmente niños y por donde pasaba la menor para ir donde un amigo. Agregó que se llevó al acusado detenido a tomarle declaración con el señor Fiscal, a quien le señaló que Coni habría llegado con otro niño de nombre Cristian, ella se sentó y le masajeó la espalda, le tocó las "tetitas", le metió la mano por el pantalón y le metió el dedo medio en la vagina.

Las declaraciones de los testigos antes indicados, impresionaron al Tribunal como verosímiles, por cuanto fueron prestadas libremente, al ser interrogados con las formalidades legales durante el curso de la audiencia. Además, todos estos deponentes se mostraron conocedores de los hechos sobre los cuales se refirieron, ya sea por haber tomado conocimiento de los mismos en forma directa o por haberlos oído referir a la víctima, justificando las razones por las cuales pudieron percibir lo que relataron. Asimismo, los testigos fueron coincidentes en los aspectos substanciales, coherentes y complementarios entre sí, sin que lo señalado por éstos hubiere sido contradicho por prueba en contrario o desvirtuado, no obstante el contrainterrogatorio a que fueron sometidos por la defensa.

Todo lo anterior se vio corroborado a su turno por la propia declaración de los acusados en el presente juicio Mario Cortés Cortés, quien, reconociendo los hechos y su participación en lo sustancial sostuvo que él estaba accidentado del pie y estaba en la cama, llegó la menor y la hizo pasar haciéndole masaje con un masajeador artesanal y ahí fue cuando la tocó pero no le metió el dedo. Agrega que conocía a la niña de chiquitita, indicando que ésta tiene entre 8 a 10 años, y que le dicen Coni. Especifica que ese día ella andaba jugando con otro niño chico, ella se sentó en su cama, andaba con pantalón y un polerón y él con jeans. La niña le preguntó por un instrumento que era un masajeador y le pidió que le hiciera masaje, haciéndole por el pelo y la espalda, ahí fue que la toqueteó en la vagina, precisando que fue solamente ahí. Señala que la tocó por encima del pantalón, por encima del calzón, la tocó con el dedo de al medio. Agregó que a los

funcionarios policiales les declaró lo mismo que está declarando ahora, todo lo que les dijo a ellos era verdad. Posteriormente señala que le tocó los senos también, indicando que la niña fue sólo una vez a su casa.

En relación a dicha declaración podemos concluir que es coincidente con lo declarado por la víctima en lo sustancial, dando cuenta que la tocó en la zona vaginal sin perjuicio de tomarse acomodatícia al intentar sostener que no le introdujo el dedo en la vagina, lo cual no es creíble si tenemos en consideración la versión de la víctima, quien da cuenta de la efectividad de este hecho –ratificado como creíble por la perito psicóloga y por este tribunal al tener presente la versión de ésta y de los peritos médico legista y Matrón, deponentes que señalan lesiones producto de la introducción de un objeto romo compatible con un dedo–, y no es creíble además si tenemos en consideración la declaración del funcionario policial Durán Molina, a quien el propio acusado le refirió en su primera declaración que introdujo su dedo medio en la vagina de la menor, declaración que el propio Cortés Cortés en estrado otorgó valor de verdad.

Todo lo cual ha de entenderse vinculado a la convención probatoria de las partes en cuanto a tener como hecho no controvertido que el día 28 de diciembre del año 2006, la menor de iniciales CNSM ingresó al domicilio del acusado, ubicado en el pasaje Las Lilas de la comuna de Pichilemu y en su interior el acusado procedió a realizar a lo menos tocaciones en su espalda, senos y vagina, ratificando de tal forma la versión entregada por el acusado en estrados, y situándolo en el día y circunstancias en que habrían ocurrido los hechos.

Por último, cabe señalar que para el establecimiento de este ilícito debe sumarse a todo lo anterior la información recogida a través del certificado de nacimiento de la menor y víctima de este juicio, incorporado por el Ministerio Público sin oposición de la defensa, del cual se desprende que ella nació el 14 de mayo de 1997, por lo que a la fecha de este hecho tenía 9 años de edad.

Décimo: Que los elementos de prueba referidos reunieron el estándar necesario para demostrar y tener por acreditado más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho N° 2: Que el día 28 de diciembre de 2006, a una hora no determinada de la tarde, la menor C.N.S.N., concurrió al domicilio del acusado, ubicado en pasaje Las Lilas, Pichilemu, ingresando a su dormitorio donde el acusado procedió a realizarle tocaciones en diferentes partes del cuerpo, como espalda, senos y a introducirle un dedo en el interior de la vagina, ocasionándole lesiones.

Undécimo: Que, teniendo establecido el hecho precedentemente expuesto, cabe precisar que aquél es constitutivo del delito de abuso sexual agravado previsto y sancionado en el artículo 365 bis de nuestro Código Penal, en grado de consumado, rechazando en definitiva la tesis de la defensa en orden a recalificar éstos como constitutivos del delito comprendido en el artículo 366 bis del Código Penal, ya que ha resultado sobradamente acreditado que la conducta del acusado no sólo fue tocar a la menor en distintas partes de su cuerpo, sino además la de introducir su dedo medio en la vagina de la víctima.

De tal forma se compartió el criterio acusador del Ministerio Público como asimismo sus fundamentos en orden a tener por configurado el ilícito señalado y citado en el artículo 365 bis N° 2, por cuanto se demostró que Cortés Cortés realizó en la persona de C. N. S. M., de sólo nueve años de edad a la fecha de este segundo hecho –como se desprende de su certificado de nacimiento debidamente incorporado– la acción sexual prevista en dicha norma y que en este caso consistió en introducirle un dedo por vía vaginal. Ello por estimar este Tribunal que al referir la disposición “la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal...” incorpora en tamaña amplitud a la mano y con mayor razón al dedo, toda vez que no es precisamente la naturaleza del objeto lo que repudia el legislador, sino más bien el carácter invasivo de la conducta desplegada, diferenciándolo de esta forma con el abuso sexual simple. De ahí que la norma en comento señale a cualquier objeto no importando la cualidad de aquél ni la índole del mismo, siendo perfectamente compatible en la hipótesis del artículo 365 bis el señalado dedo. Sostener que el objeto que refiere la norma son sólo aquellos de carácter inanimado o inerte, generaría que la introducción de una mano empuñada fuertemente al interior de la vagina, provocando lesiones, sólo podría ser sancionado como abuso sexual simple al igual que el mero roce de la mano por sobre la vagina, lo que claramente el legislador ha buscado sancionar de manera diversa.

Así las cosas, cabe recordar que fue la propia Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado la que dejó constancia, en el estudio del proyecto de la ley N° 19.617 que introdujo esta disposición, que “el concepto de introducción de objeto de cualquier índole en los conductos vaginales o anales es comprensivo de la utilización de animales para ese efecto, así como cualquier parte del cuerpo humano distinta del órgano sexual masculino, por ejemplo, una mano” –Boletín N° 2.906 07, Primera Sesión de la 350 Legislatura Extraordinaria, página 39–, circunstancias éstas recogidas en distintos antecedentes jurisprudenciales, como a modo de ejemplo citó el Fiscal el del Tribunal Oral de Rancagua en sentencia RIT N° 138 2006. Atenta dicha interpretación dada por el órgano legislador y que corresponde a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, este Tribunal estimó que los hechos acreditados se ajustan al tipo penal

solicitado por el Ministerio Público, es decir, se entiende que la introducción de un dedo del acusado en la vagina de la menor es comprensiva del concepto de introducción de objeto de cualquier índole por vía vaginal, que tipifica en forma agravada el mencionado artículo 365 bis del Código punitivo, habida consideración al tantas veces señalado contacto corporal con la víctima efectuado por el acusado en el día 28 de diciembre de 2006, y que fue diverso del acceso carnal, el cual tuvo las características que exige el artículo 366 ter del Código Penal. En efecto, la significación sexual estuvo dada por cuanto las conductas del imputado afectaron directamente la vagina de la ofendida e incluso le causaron lesiones en su zona genital interna, es decir, perturbaron una parte del cuerpo humano que el legislador menciona expresamente como comprensiva del ámbito de la sexualidad que se protege al castigar este tipo de delitos, lo que reviste mayor trascendencia en el caso de una infante, como la menor C. N. S. M., pues el bien jurídico protegido atento sus nueve años de vida es la indemnidad sexual.

A su vez, las conductas del acusado tuvieron la relevancia exigida, por cuanto dichas aproximaciones corporales fueron capaces de generar una modificación conductual en la menor, que se relacionó directamente con el desarrollo de su sexualidad, lo que dio cuenta de la gravedad de las mismas y de la vulneración concreta que implicaron para la indemnidad sexual de la víctima.

Conforme con lo anterior, se desechó en la alegación del defensor referida a que en el caso que se acreditara que el acusado le metía el dedo en la vagina de la menor, dicha acción carecería de connotación sexual, ya que sin perjuicio que tal planteamiento no fue explicado, este Tribunal tuvo en consideración que el concepto de connotación o relevancia sexual no atiende a criterios subjetivos o de satisfacción sexual del hechor, sino que se estructura en base a parámetros objetivos, que en este caso se relacionaron con la afectación directa de partes protegidas del cuerpo humano y con la aptitud de las conductas del hechor para afectar el desarrollo sexual del infante.

Por su parte, la circunstancia que menciona el número 2 del artículo 365 bis del Código Penal, referida a que la víctima fuere menor de catorce años, resultó plenamente demostrada como ya se ha señalado con el documento consistente en el certificado de nacimiento de la víctima, de iniciales C. N. S. M., en el que se deja constancia que nació el 14 de mayo de 1997, por lo que a la época de los delitos claramente tenía menos de catorce años.

De esta forma, la contundencia y seriedad de la prueba de cargo nos permitió alcanzar cabalmente el estándar del artículo 340 del Código Procesal Penal y no pudo ser desvirtuada por las alegaciones ni la prueba de la defensa.

Duodécimo: Que, con los mismos elementos de prueba ya valorados, se acreditó suficientemente la participación del acusado como autor material del delito de abuso sexual agravado en la persona de iniciales C. N. S. M., en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, esto es, como autor material y directo, por cuanto realizó personalmente las conductas típicas, las que además resultaron antijurídicas y culpables. Todo lo cual quedó fehacientemente establecido no sólo a partir de la propia declaración del acusado, quien tanto en su declaración en el juicio oral como vía convención probatoria señaló haber tocado en distintas partes del cuerpo a la víctima C. N. S. M., mencionando la espalda, senos y vagina de ésta, sino que además por la restante prueba de cargo del Ministerio Público, en especial la víctima, quien fue clara y precisa en sindicarlo a "don Mario", en referencia al acusado como el autor del hecho, versión que en lo sustancial coincide con la de Cortés Cortés, salvo en cuanto a la introducción del dedo en la vagina negada por éste y afirmada por la víctima, siendo en definitiva el Tribunal quien ha de pesar las declaraciones, ha de otorgársele primacía a la narración de C. N. S. M., en virtud de la credibilidad que para estos magistrados ha significado su testimonio, el cual por lo demás ha sido analizado en forma armónica con la demás prueba de cargo, en especial con la declaración de la Psicóloga Oro Villalón que avala el relato de la menor y la de los peritos médico legista y matron que dieron cuenta de lesiones en la zona genital interna de la víctima, siendo el primero de éstos claro en atribuir las lesiones a la introducción de un objeto romo contundente hasta la zona del himen. Testimonios a los cuales se sumó la declaración del carabinero Luis Durán Molina, que dio cuenta del reconocimiento del acusado en cuanto a haber introducido su dedo en la vagina de la menor, lo que ha de concordarse con la versión de Cortés, quien al declarar sostuvo que lo manifestado a la policía era verdad.

Decimotercero: Que habiendo sido establecida la participación del acusado en el hecho N° 1 como asimismo en el hecho número 2, respecto de los cuales el tribunal determinó condenar a Cortés Cortés en la correspondiente deliberación, se procede a analizar la solicitud de la defensa en cuanto a que dichos ilícitos resultarían comprendidos dentro de la teoría del delito continuado y, por ende, debían ser sancionados como un solo delito. Al respecto cabe indicar, como se señaló en la citada deliberación, que dicha petición será rechazada, por cuanto, compartiendo los fundamentos del señor Fiscal, se estimó que en este caso pudo establecerse la existencia de dos situaciones fácticas diversas, ocurridas en días distintos claramente determinados y que si bien coincidían un mismo sujeto activo y pasivo era distinguible con precisión la conducta desplegada por el acusado contra la menor en cada caso, sin que aquello implicara una unidad jurídica de acción, puesto que la presencia de la víctima en las cercanías del domicilio del agresor tanto el día 27 como 28 de

diciembre no era previsible para éste. De tal forma, en el segundo día se comenzó con un accionar nuevo y distinto del desplegado en el primero, sin existir un propósito unitario en el acusado para la ejecución de los hechos, de tal forma que al momento de producir el segundo, el primero ya se encontraba consumado y agotado. Aun más, en cada caso la menor fue abordada de manera distinta, siendo por lo demás la forma de realización de estas diferentes acciones lo que apuntó a su diversa calificación jurídica, ya que atendidas sus particularidades pudo concluirse que se trataba de ilícitos de distinta gravedad, configurándose en el primero de ellos el delito de abuso sexual simple del artículo 366 bis del Código Penal, en tanto en el segundo se configuraba uno agravado del artículo 365 bis del citado Código.

Con todo, cabe precisar que la citada teoría no tiene fundamento normativo jurídico en nuestra legislación, más que la doctrina y determinadas jurisprudencias, por cierto no vinculantes, que han recurrido a aquella teoría más bien por la construcción de estándares que permitan impedir una penalidad desproporcionada en base a un criterio de benignidad con el acusado, cual fue la motivación original de la teoría del delito continuado argüida por los prácticos italianos, donde a la época de su creación la ley vigente amenazaba con pena de muerte al que incurría en tres o más hurtos, con lo cual evitaban la existencia de tres hurtos y sólo lo consideraban como uno cuando la sustracción aunque ejecutada en tiempo diverso, ha sido realizada con un propósito unitario, circunstancias que en la especie no acontecen.

A lo anterior ha de sumarse lo señalado por el profesor Cury en su obra derecho penal, parte general, página 659, en cuanto a que "La jurisprudencia ha vacilado mucho en relación con el delito continuado. En una época se inclinó a desecharlo, porque no encontraba una norma expresa en la cual apoyar su construcción. Actualmente tiende a uniformarse para aceptar una concepción subjetiva y sostener la unidad del dolo (finalidad). A esto suelen agregarse consideraciones sobre dificultad de probar el número de delitos por los que debería castigarse si se aplicaran las reglas del concurso real. Este argumento, naturalmente, es frágil si lo que se quiere establecer es la unidad de las distintas acciones, pero se lo encuentra también en la doctrina comparada más autorizada". De tal manera, aun cuando sostuviéramos la aplicación de la señalada teoría, no encontramos en nuestro caso dicha unidad de dolo, ni acreditación de la unidad jurídica de acción por parte del acusado en relación a ambos hechos, no vislumbramos un vínculo de conexión en la existencia de una finalidad única, lo que no hace sino desestimar la petición de la defensa en orden a considerar a éstos como un solo delito.

Decimocuarto: Que, favorece al condenado la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código punitivo, de su irreprochable conducta anterior, la que se acreditó con su extracto de filiación y antecedentes libre de anotaciones penales pretéritas, reconocida a su turno por el Ministerio Público y que no fuera objeto de debate en juicio oral. Circunstancia verificada por la testigo de conducta María Isabel Fariña González, quien indicó conocer al acusado de años, a razón de que sus hijos le iban a pedir pan, el cual siempre los ha ayudado. Agregó que sus hijos iban donde el acusado y nunca le han dicho nada malo de éste. Asimismo se contó con la declaración de la también testigo de conducta Susana Margarita Fariña Fariña quien refirió conocer a Cortés Cortés desde cuando tenía 11 años –precisando que hoy tiene 22 años–, el cual la ha ayudado y compró toda la ropa cuando se licenció, nunca ha escuchado nada malo de el, agregando que ella lo quiere mucho, todo lo cual permite reconocer a favor del acusado la señalada atenuante.

Sin perjuicio de lo anterior ésta no será considerada como muy calificada, ya que no se ha acreditado circunstancia alguna que permita sostener que Cortés Cortés destacara en su conducta por sobre el hombre medio, de tal forma que lo único establecido en el presente juicio es la conducta esperada para toda persona, lo cual precedentemente le ha sido reconocido por este Tribunal pero no es suficiente para argüir una calificación de la misma. Cabe precisar que los propios testigos de conducta hacen énfasis en la ayuda por él prestaba hacia ellas mas no la conducta del acusado con otras personas determinadas, ni sobre el comportamiento de aquel a nivel social, lo cual motiva desestimar la calificación de la atenuante de irreprochable conducta anterior.

En cuanto a la solicitud de la defensa de reconocer al acusado la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, consignada en el numeral 9 del artículo 11 del Código Penal, petición a la cual se ha opuesto el Ministerio público, ésta será rechazada por cuanto si bien el acusado Cortés Cortés prestó declaración en juicio, reconociendo que efectuó tocaciones a la menor C.N.S.M. –refiriéndose al hecho número dos– dicha declaración fue del todo acomodaticia, negando circunstancias fácticas finalmente acreditadas, cuyo era el caso de la introducción de su dedo en la vagina de la menor. De esta manera al señalar el acusado que la tocó por encima del pantalón, por encima del calzón, con el dedo medio, si bien podemos estimar que ha existido un grado de colaboración ésta no ha sido sustancial generando una mayor carga para el ente persecutor en cuanto demostrar la efectividad de la conducta negada, lo cual por lo demás derivaba en un tipo distinto y de mayor penalidad que el pretendido por la defensa. Con todo dicha declaración no fue determinante al momento de dar por establecido el ilícito, ya que en relación al hecho número dos la menor fue clara y precisa en narrar las circunstancias y formas en que ocurrió éste, lo que se vio a su turno corroborado por lo demás prueba de cargo. Así las cosas, al no existir colaboración del tipo sustancial en el hecho número dos y negar todo tipo de participación en el hecho número uno, motivan a desechar la atenuante invocada.

Decimoquinto: Que, la pena asignada por la ley para el primer delito acreditado, referente al hecho número uno, consiste en la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, según lo dispone el artículo 366 bis del Código Penal, y para el segundo de los ilícitos, referente al hecho número dos, con la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, según lo establecido en el número dos del artículo 365 bis del citado código punitivo. Ahora bien, al concurrir en favor del acusado una atenuante de responsabilidad penal y no concurrir agravantes en ambos ilícitos, no podrá aplicarse el grado máximo de la pena, habida consideración a lo dispuesto en el artículo 68 de nuestro Código Penal.

Por su parte, considerando que se han acreditado dos delitos, en primer término aquel previsto en el artículo 366 bis del Código Penal, esto es el abuso sexual, y aquel consignado en el artículo 365 bis del mismo cuerpo legal, relativo al abuso sexual agravado, es del todo más favorable para el acusado la aplicación del artículo 74 del citado código, toda vez que de pretender utilizar el artículo 351 del Código Procesal Penal, teniendo presente la penalidad del delito más grave, conduciría aun cuando se aumentará en un grado a partir del mínimo, a un marco de sanción que dice relación con el presidio mayor en su grado medio como base, situación que en caso alguno se condice con el benéfico pro reo ni con lo dispuesto en el inciso tercero de la señalada norma.

Por último, para fijar el quantum definitivo de la pena, dentro de la gradualidad señalada, no se hará lugar a la alegación del señor fiscal de considerar la mayor extensión del mal producido por los delitos, ya que si bien se estableció una concreta afectación a la indemnidad sexual de la menor, no se demostró que el daño causado supere la barrera de aquel que se origina directamente con la comisión del delito, y que el legislador ya ha considerado al fijar su penalidad, ya que la propia psicóloga presentada por la fiscalía dio cuenta que si bien la víctima fue derivada a tratamiento psicológico, este tratamiento tenía más bien por objeto elaborar la situación vivenciada además de disminuir la sintomatología presentada –como trastornos del sueño, alteraciones en el ánimo, sentimientos de tristeza y temor– sin precisar un daño extraordinario al efecto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 28, 29, 50, 68, 74, 365 bis N° 2, 366 bis, 366 ter, 370 bis y 372 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se condena a Mario Enrique Cortés Cortés, ya individualizado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de abuso sexual del artículo 366 bis del Código Penal –signado como hecho N° 1 de la acusación– cometido en la persona de la menor de iniciales C. N. S. M., el día 27 de diciembre de 2006 en la comuna de Pichilemu.

II. Que se condena asimismo a Mario Enrique Cortés Cortés, ya individualizado, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las 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 del delito consumado de abuso sexual agravado del artículo 365 bis N° 2 del Código Penal –signado como hecho N° 2 de la acusación– cometido en la persona de la menor de iniciales C. N. S. M., el día 28 de diciembre de 2006 en la comuna de Pichilemu.

III. Atendida la extensión de las penas corporales impuestas, no resulta procedente conceder al sentenciado ninguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, por lo que deberá cumplir ambas penas en forma efectiva, comenzando por la más grave, abonándose a ésta el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa desde el día 29 de diciembre de 2006 hasta esta fecha, en forma ininterrumpida, según consta en el auto de apertura del juicio oral.

IV. Finalmente, se condena también al acusado al pago de las costas de la causa.

Se deja constancia que la decisión de condena señalada en el apartado I. anterior, en relación al hecho número uno de la acusación, fue acordada por la mayoría del tribunal, con el voto en contra del magistrado Fernando Bravo Ibarra, quien fue del parecer de absolver al acusado por este delito, por las siguientes razones:

1. Es sabido que ante el principio de inocencia que ampara al acusado, corresponde al Ministerio Público proceder a la destrucción del citado principio, como asimismo de generar el convencimiento más allá de todo duda razonable de la

ocurrencia de los hechos, pues bien en la especie la prueba de cargo no ha superado el estándar de la duda razonable necesario para condenarlo, atendido fundamentalmente a que el testimonio entregado por la menor ofendida fue categórico en aludir a la ocurrencia sólo del segundo episodio señalado en la acusación, indicando que aquello le ocurrió "sólo una vez", y que no obstante había ido a la casa del acusado tantas veces antes, él nunca le había hecho eso; declaración que por haberse prestado en la audiencia de juicio oral no puede desvirtuarse en este caso con supuestas versiones tuyas recogidas por otras personas antes del juicio, personas que claramente dicen relación con testigos de oídas y que no pueden tener mayor preponderancia que la propia declaración de la víctima.

2. Por su parte teniendo presente los principios de la lógica pareció del todo extraño que habiendo sido supuestamente vulnerada sexualmente el día 27, donde habría sido objeto tocamientos en la vagina y de pechos, vuelva al domicilio del agresor a exponerse nuevamente a una situación similar al día siguiente, esto es el 28 de diciembre de 2006, oportunidad en la cual ocurre el hecho número dos. Lo que motiva más que una mera duda, si hemos de tener en consideración además que la menor exteriorizó su afectación ante la agresión sexual del día 28 con trastornos del sueño y llanto como refirió su madre, sin que por su parte el día 27 ejerciera o manifestara reacción alguna de aquellas ocurridas en el segundo de los días, careciendo de demostración de haber sido afectada en dicho día.

3. De esta manera se comparte lo expuesto por el señor defensor en cuanto que al ser éste un Tribunal de derecho, hemos de estar a la prueba que consta en el juicio oral, en el cual la menor refirió haber sido afectada solo una vez. Y,

4. Finalmente, cabe precisar que como se ha sostenido precedentemente este sentenciador no obtuvo convencimiento más allá de toda duda razonable de la ocurrencia del hecho número uno, siendo dicha carencia más que una mera duda o un cabo suelto, por lo que ha sido del parecer de absolver al acusado en relación a este evento.

En su oportunidad, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Santa Cruz para el cumplimiento y ejecución de la sentencia.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental incorporada.

Regístrese.

Redactada por el Juez don Fernando Bravo Ibarra.

Dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, doña María Angélica Mulatti Oyarzo, don Rodrigo Gómez Marambio y don Fernando Bravo Ibarra.

RIT N° 8 2007.

RUC N° 0700003363 9.