

Llg
C.A.Valparaíso.

Valparaíso, veintidós de febrero de dos mil veintidós.-

Vistos:

1º Que ha comparecido en autos el abogado defensor penal público don José Miguel Osorio deduciendo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Viña del Mar, de 27 de diciembre pasado, mediante la cual se condenó a su defendido a dos penas de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo cada una, como autor de los delitos de producción de material pornográfico infantil y abuso sexual contra mayor de 14 años y menor de 18 años de edad, más las accesorias legales correspondientes. Como causales de su arbitrio impetra la de los artículos 374 letra e) del Código Procesal Penal y de manera subsidiaria la del artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal.

2º Que respecto de la **primera causal** de su arbitrio, la del artículo 374 letra e) del código referido, la hace consistir en que el tribunal a quo incurrió en una falta de fundamentación de la condena a su representado, al valorar la prueba de cargo sin apego al estándar probatorio y argumental del artículo 297 del mismo código, lo que sucede porque el tribunal condena a su parte como autor del delito de abuso sexual, no debiendo haberlo hecho, por cuanto los hechos que da por acreditados carecen del necesario sustento probatorio que los respalde, por lo que de haberse observado correctamente las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, no habría sido condenado el acusado en la forma señalada.

3º Que siguiendo con su recurso, el actor expresa que en el motivo 7º del fallo, el tribunal dio por acreditados los siguientes hechos: **“En el periodo comprendido entre los años 2016 y hasta el mes de julio de 2020, en fechas no determinadas y en más de una oportunidad, en circunstancias que Manuel García Queirolo se encontraba en su domicilio ubicado en calle Covadonga N° 133, Villa Alemana, en compañía de la menor Ámbar D.C.LL, nacida el 14 de febrero de 2004 , hija de su ex conviviente, en conocimiento de la minoría de edad de la víctima, la captó y fotografió en más de una oportunidad, desnuda, exhibiendo sus genitales con fines primordialmente sexuales, también en ropa interior y semidesnuda, imágenes que en su totalidad alcanzan más de 400 y que almacenó en su teléfono celular marca Samsung. Durante el mismo período, en el domicilio mencionado y en más de una oportunidad, en circunstancias que Manuel García Queirolo se encontraba en compañía de la hija de su ex conviviente, Ámbar D.C.LL nacida el 14 de febrero de 2004, abusando del grave desamparo en que ella se encontraba, realizó**



acciones de significación sexual y relevancia que afectaron el cuerpo de Ámbar consistentes en hacer que la joven le tocara el pene con las manos y los pies además de tocar con sus manos la vagina y glúteos de Ámbar por debajo de la ropa, acciones que además captó y fotografió, almacenándolas en su teléfono celular marca Samsung modelo Galaxy. Algunas de las fotografías mencionados fueron realizadas por el imputado en su lugar de trabajo ubicado en Avenida von Schroeders N° 433, Viña del Mar”.

4° Que agrega el recurrente, en los motivos 9° y 10° el tribunal valora la prueba rendida, dando al efecto las razones pertinentes para ello, siendo acreditado el delito de abuso sexual solo con la prueba indiciaria, habiendo su parte durante el curso del juicio cuestionado la configuración de los elementos típicos de los delitos acusados, condenándose a su representado en ausencia de elementos directos, como la declaración de la víctima, sin dar suficiente fundamento de sus asertos, incurriendo en un error de razonamiento, especialmente en cuanto al delito de abuso sexual por el cual fue acusado. Existiendo una vulneración de las reglas de valoración probatoria respecto al principio de la razón suficiente, consignando meras aseveraciones, que no encuentran sustento externo ni en las probanzas ni en fuentes jurídicas como la ley, la doctrina o la Jurisprudencia.

5° Que asimismo, añade el recurrente, el sentenciador no menciona los elementos doctrinarios en los cuales funda la participación en un sentido amplio, como también, la circunstancia que el acusado haya fabricado o elaborado los elementos mediante los cuales realizó la toma de fotografías, en el delito de almacenamiento de pornografía, no profundizando, además, en los bienes jurídicos protegidos por la norma del artículo 366 quinquies, teniendo en cuenta, que la presunta víctima es la misma que en el ilícito de abuso sexual, incurriendo en una fundamentación aparente de la resolución de condena producida, por no contar con una prueba objetiva, sino parcial y con un fundamento aparente, sobre la conducta y su incidencia en la víctima y del injusto penal por el cual se acusa a su representado. Que la sentencia causa un severo agravio a su defendido, toda vez que, de haberse efectuado un juzgamiento con apego al estatuto legal, hubiese sido imposible establecer la participación punible por el delito del que fue acusado.

6° Que como **causal subsidiaria**, alega la del artículo 373 letra b) del citado estatuto penal, al haber una errónea aplicación del derecho por parte del tribunal a quo, por cuanto se ha arribado a una decisión condenatoria con dos penas, referente a dos conductas presuntamente distintas, en circunstancias que existe una coincidencia ineludible entre el sujeto activo, época y bienes jurídicos protegidos por los respectivos delitos, que se encuentran en un mismo párrafo, existiendo una unidad en la



relación interpersonal del sujeto activo y pasivo, en que la conducta del artículo 366 quinquies no es punible por el resultado, sino responde a una figura de peligro abstracto, estableciendo una reiteración en la conducta sin indicación precisa de los momentos en que se han producido para cada delito, lo que hace concluir que no es posible tener por acreditada la conducta reiterada, generando un notorio perjuicio contra el imputado y la sanción a aplicar, por lo que en ese evento corresponde absolver a su representado, o en subsidio acoger los argumentos en virtud de los cuales se solicita la absorción por concurso ideal del artículo 75 del Código Penal, imponiéndole una pena única de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por los ilícitos cometidos.

7º Que desarrollando las causales deducidas, en cuanto al **primer motivo** de nulidad esgrimido por el recurrente, relativo a una falta de fundamentación de la condena aplicada al acusado, al valorar la prueba de cargo sin apego al estándar probatorio del artículo 297 del código citado, es dable señalar que examinada la sentencia impugnada, puede advertirse que los sentenciadores del fondo en los apartados 10º y siguientes de la misma, realizan el análisis y valoración de la prueba de cargo, en que la declaración de los testigos que ante ellos fue entregada, los impresionaron como verosímiles, al ser prestadas libremente, en ese entendido depusieron al efecto Uberlinda Castillo, Sara Miranda y Joshua Jiménez, trabajadores del programa PIE Gabriela Mistral, que relataron su intervención en el proceso que se realizó respecto de Ámbar, donde se evidenciaba una vulneración de sus derechos, con abandono sistemático del sistema, asociado a la intervención que configuraba una desprotección, dada la negligencia severa de su madre y la nula participación del padre en los cuidados personales de la joven, lo que se ve ratificado por los dichos del director del Liceo Politécnico Profesional de Quilpué donde ella estudiaba.

8º En el mismo sentido, declaran el padre de la menor, Ulises Cornejo, acerca de cómo era el conocimiento que él tenía respecto de su forma de vida y las personas con las que se relacionaba. También, tiene en vista lo depuesto por una vecina del encartado, María Pavez, quien explica el conocimiento que tenía de Ámbar, de la vida que llevaba y de las personas con las que se relacionada, entre ellas el imputado. Se hace cargo, asimismo, de las declaraciones que al efecto prestaron los funcionarios policiales que participaron en la búsqueda, en que empiezan su tarea investigando una denuncia de presunta desgracia de la menor, dando finalmente con el acusado, a quien se le incauta su teléfono celular. También se tiene en vista la declaración que al efecto presta Luis Carrasco, asistente técnico de la PDI, a quien le correspondió realizar dos informes técnicos, además de una fijación fotográfica, dando detalles del celular que se encontró en poder del acusado y de la forma cómo se realiza el peritaje



de la información contenida en éste, logrando identificar alrededor de 769 imágenes, correspondiente a una adolescente, en diferentes etapas de su desarrollo etario, entre los 12 y 16 años, apareciendo en la gran mayoría de las imágenes desnuda o vistiendo ropa interior, en otras mostrando sus genitales, con diferentes cortes de cabello en diversos entornos y habitaciones. En algunas fotografías, se percató que la menor aparece reflejada en un espejo del baño, que tiene dos lavamanos y un inodoro, con la imagen de un hombre adulto, de pelo cano, barba y bigote, con lentes, que filma o toma imágenes, con el torso desnudo y en otras con una polera, además de observar la mano de esa persona levantando la ropa de Ámbar tocando sus glúteos, entrepierna y vagina, habiendo sido reconocido el acusado por el experto que realizó la pericia de dichas fotografías, como la persona que ejecuta dichas acciones. Se efectuó un análisis específico de las fotografías estableciendo que 595 de ellas corresponden a Ámbar, en las que aparece en diversas posiciones, con ropa interior, desnuda en otras, usando ropa tipo panty con calado, mirando a la cámara, de perfil, acostada, mostrando su vagina, senos y a medio desvestir, etc., a lo que debe agregarse el testimonio coincidente de la médico legista del Servicio Médico Legal, doña Alejandra Moreira, quien declaró en cuanto a los exámenes realizados al imputado de carácter antropomórfico, respecto a la comparación de manos y genitales, determinando el tribunal que los hechos descritos y acreditados en el juicio constituyen el delito reiterado de producción de material pornográfico infantil, tipificado en el artículo 366 quinties del Código Penal.

9º Que también el Tribunal, con la debida rigurosidad, se hace cargo del delito de abuso sexual de persona mayor de 14 años y menor de 18 años, por el cual también se le realizaron cargos al imputado, estableciendo, con el certificado de nacimiento la edad de la menor al momento de los hechos, con la que el acusado se relacionó cuando ella tenía 12 años de edad, por haber sido conviviente de su madre, encontrándose la menor en situación grave de desamparo, moviéndose el hechor por un ánimo lascivo, actuando con dolo, habiendo realizado su acción en diversas oportunidades, fechas y lugares, lo que se desprende de las fotografías exhibidas a los peritos, que ellos reconocieron, en que su comportamiento es múltiple, a lo que se ha hecho referencia, también, en el apartado precedente, por lo que el delito ha de tenerse por reiterado, en el grado de ejecución de consumado, encontrándose, como se dijera, establecida la participación del acusado con abundante prueba directa, consistente en fotografías e imágenes, e indiciaria, la que fue debidamente ponderada, cumpliendo al efecto, asimismo, con el estándar exigible por el artículo 342 del código procesal, al realizar una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los elementos que a los sentenciadores le fueron presentados, haciéndose



cargo en la fundamentación de toda la prueba producida, logrando con dicha evaluación tener por acreditado cada uno de los hechos punibles investigados y la participación que en ellos le cupo al acusado.

10º Que por otra parte, y para finalizar con este motivo de nulidad, se hace necesario expresar, que en los argumentos hechos valer por el recurrente, aparece más bien una disconformidad con la actividad probatoria del tribunal y de las conclusiones a las que este arriba, siendo este sustento fundamento de otra causal, que no es la que nos ocupa, pareciendo hacer presente el defensor, a través de su presentación, el soporte de un verdadero recurso de apelación, por el desacuerdo que le merece la valoración de la prueba realizada por el tribunal, como se dijera, ponderación efectuada después de una correcta fundamentación de los diversos elementos del juicio que fueron tomados en cuenta para arribar a la sentencia condenatoria dictada, por lo que no advirtiéndose el vicio que se alega, se rechazará este motivo de nulidad.

11º Que en lo concerniente al **segundo motivo** de nulidad, el del artículo 373 letra b) del código señalado, al haber una errónea aplicación del derecho por parte del tribunal, por arribar a una pena que no se apega a las normas de imposición de la sanción por las cuales finalmente fue sentenciado su representado, importando la condena por ambos delitos una vulneración al principio non bis in ídem, debe decirse al respecto, que el fallo cuestionado, en el motivo 16º, se hace cargo de esta situación, expresando que, según lo ha sostenido la Jurisprudencia, no existe concurso medial entre el delito de producción de material pornográfico infantil y el de abuso sexual, lo que dice relación más bien con un concurso real o material de delitos, al participar el autor en la ejecución de dos o más hechos punibles jurídica y fácticamente dependientes, delitos que pueden o no ser de la misma especie, por lo que habiendo sido el acusado encontrado responsable de ambos delitos, en grado de consumado, como autor de los mismos, ilícitos que fueron cometidos de manera reiterada, afectando bienes jurídicos diversos, por lo que no resulta posible hablar de delitos de la misma especie, impidiendo la imposición de una pena única, correspondiendo, entonces, la aplicación del inciso 1º del artículo 351 del Código Penal, pero por cada delito de forma separada, elevándose entonces en un grado desde el mínimo señalado por la ley, con la concurrencia de la modificatoria de responsabilidad penal hecha valer en la sentencia, considerando además la mayor extensión del mal causado por el ilícito, arribándose con ello a una conclusión correcta por el tribunal, descartándose con este procedimiento la errónea aplicación del derecho que ha creído ver el recurrente, todo lo cual llevará al rechazo, también, de este segundo motivo de nulidad impetrado por la defensa.



Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto, además, en los artículos 342, 372, 373 letra b) y 374 letra e) del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Viña del Mar, de fecha veintisiete de diciembre pasado, declarándose que dicho juicio y la sentencia recaída en él, no son nulas.

Habiéndose deducido por la defensa del condenado recurso de apelación en contra de la referida sentencia, en virtud de lo que al efecto dispone el artículo 37 de la ley N° 18.216, **vuelvan los autos** al Tribunal a quo con el objeto que conceda el arbitrio así interpuesto.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro don Alejandro García Silva.

N° Penal 52-2022.



Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) Patricio Hernan Martinez S., Alvaro Rodrigo Carrasco L., Alejandro German Garcia S. Valparaiso, veintidós de febrero de dos mil veintidós.

En Valparaiso, a veintidós de febrero de dos mil veintidós, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 05 de septiembre de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.