



**Recurso de nulidad y derechos fundamentales a la luz
de la jurisprudencia de la Corte Suprema**

UNIDAD DE CORTE

Consultar sobre la versión oficial de este documento y los fallos citados a: ucorte@dpp.cl

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
I. NOTAS SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LA CORTE SUPREMA	9
A. EL RECURSO DE NULIDAD ES DE CARÁCTER EXTRAORDINARIO	9
1. Se contraría el carácter extraordinario del recurso de nulidad, si la infracción que se reclama en la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal ya se encuentra sancionada expresamente en un motivo absoluto de nulidad	9
2. No se pueden invocar conjuntamente causales incompatibles en sus argumentos y efectos anulatorios	10
3. No se puede pedir un efecto anulatorio inconexo con los fundamentos del recurso.....	11
B. EL RECURSO DE NULIDAD CONSTITUYE UNA SANCIÓN DE INEFICACIA PROCESAL	12
1. Presupuestos de la declaración de nulidad por la vía del artículo 373 a) del Código Procesal Penal	12
1.1. Perjuicio	12
a) Que se comprometan realmente aspectos esenciales de la garantía	13
b) Trascendencia.....	16
1.2. Presunción de perjuicio	26
1.3. Que el vicio de nulidad no se haya saneado	27
a) Solo puede solicitar la declaración de nulidad de un vicio el interviniente que no hubiere concurrido a causarlo.....	27
b) Los vicios reclamados en la causal deben haber sido alegados oportunamente.....	28
c) Preparación del recurso	28
2. La sanción de nulidad en el caso de acogerse el recurso por la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal.....	31
2.1. Extensión de la nulidad en caso de acogerse el recurso por la causal del artículo 373-a) del Código Procesal Penal	32
a) Exclusión de prueba ilícita del auto de apertura (o del conocimiento del tribunal del nuevo juicio)..	33
b) Se retrotrae el procedimiento a la etapa intermedia	37
c) Se retrotrae el procedimiento a la etapa de investigación	38

d) Efectos anulatorios impropios	38
e) Efecto anulatorio no solicitado por el recurrente	38
f) Efecto anulatorio no previsto en la ley	39
3. El efecto parcial del fallo de nulidad	39

C. EL OBJETO DEL RECURSO DE NULIDAD 42

D. EN LA CAUSAL DEL ARTÍCULO 373 A) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, LA CORTE SUPREMA PUEDE HACERSE CARGO DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE HA REALIZADO EN LA SENTENCIA 44

E. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA ALEGAR INFRACCIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES 45

1. Las garantías a que se refiere el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal están establecidas en beneficio del imputado y no del ministerio público 45
2. El ministerio público como codetentador de la actividad punitiva del Estado, no le corresponde esgrimir la garantía del debido proceso 46
3. Los derechos fundamentales son atributos de los individuos frente al poder estatal 47

II. CONTENIDO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA 48

A. MOMENTO DESDE EL CUAL LAS GARANTÍAS Y DERECHOS PUEDEN HACERSE VALER 49

B. GARANTÍAS PROCESALES 50

1. DEBIDO PROCESO 50

- 1.1. El contenido de Debido Proceso 50
 - a) Conjunto de garantías mínimas 51

b) Garantía del imputado	54
c) Legalidad de los actos del procedimiento.....	55
d) Principios de contradicción e igualdad de posiciones	56
1.2. El Debido Proceso en los Procedimientos Especiales.....	59
a) Proceso penal contra adolescentes	59
b) Procedimiento por delito de acción privada	63
c) Procedimiento simplificado	64
d) Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad	69
1.3. Rendimiento de la garantía, en su acepción de legalidad de los actos del procedimiento	71
a) Actuaciones autónomas de la policía.....	72
b) Técnicas especiales de investigación previstas en la Ley N° 20.000	76
d) El querellante no está autorizado a forzar la acusación sin formalización previa.....	86
d.1) Nuestro sistema se opone a los modelos de persecución privada, en los que la actividad se entrega fundamentalmente a los ofendidos por el delito o a personas vinculadas a ellos	86
d.2) El forzamiento de la acusación supone formalización previa.....	87
e) Admisibilidad de la prueba de reconocimiento fotográfico a la luz de la garantía de debido proceso	88

2. IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL

89

2.1. El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial forma parte esencial de la garantía del debido proceso	90
2.2. La imparcialidad comprende el derecho al juez independiente, imparcial y natural.....	91
2.3. La imparcialidad determina la definición de juez	93
2.4 Imparcialidad objetiva	94
2.5. La falta de imparcialidad objetiva se puede reclamar por motivos no expresados en la ley	98
2.6. La imparcialidad del tribunal constituye un imperativo directo del principio acusatorio.....	99
2.7. La imparcialidad le impide al tribunal cualquier iniciativa probatoria	101
a) En la decisión del quantum de la pena y de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad 104	
b) En la resolución de la apelación del auto apertura	105
c) En la resolución de exclusión de prueba de la defensa	106
2.8. La imparcialidad constituye un límite en la imposición de la pena	107
2.9. La imparcialidad del tribunal cautela el contradictorio	108
2.10. La imparcialidad del tribunal garantiza la igualdad de posiciones	110

3. FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA 110

3.1. Hay ausencia de fundamento tanto cuando éste se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad.....	113
· SCS Rol N° 40960-2020, 18.03.2020.	114
3.2. La garantía de la fundamentación se refuerza en las sentencias condenatorias y el imputado ha negado los hechos.....	114
3.3. El dolo o los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal, solamente pueden fijarse por un proceso de inducción	115
3.5. La fijación de los hechos debe estar precedida de una valoración racional de la prueba.....	120
3.6. El tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba, conforme lo ordena el inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal	124
3.7. Se configura el motivo absoluto del artículo 374 e), cuando en la sentencia que no existe mención alguna en su contenido a la alegación por parte de la defensa del acusado de la atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal.....	132
3.8. Las declaraciones de un coimputado, por sí solas, carecen de suficiencia para constituir una prueba de cargo en contra de aquel que es sometido a juicio.....	133

4. PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. CUESTIONES PRELIMINARES, EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y LA ASISTENCIA DE ABOGADO DEFENSOR 134

4.1. Se vulnera el derecho a guardar silencio si la policía toma declaración al imputado con infracción a lo dispuesto en el artículo 91 del Código Procesal Penal.....	137
4.2. El principio de no auto incriminación respecto del imputado adolescente, se encuentra reforzado en el artículo en el artículo 31 de la Ley N° 20.084	138
4.3. Auto incriminación ante peritos.....	140

5. DERECHO DE DEFENSA 141

5.1. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa	141
5.2. Derecho a controlar la prueba de cargo	145
5.3. Derecho a rendir prueba	159

5.4. Imputación necesaria.....	163
5.5. Derecho a defensa técnica	167
5.6. Correlación entre acusación y fallo	168
a) El principio de congruencia constituye una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado	169
b) La acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, ya que sólo así puede controlarse la congruencia antes aludida y permitir al encausado preparar adecuadamente su defensa	172
c) La congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, siendo necesario sólo que contenga un hecho básico que sea conceptualmente factible de encuadre típico	173
d) El establecimiento de resguardos procesales en la etapa previa al juicio oral con el objeto de cautelar la presunción de inocencia que ampara a los imputados, comprende la exigencia de congruencia no sólo entre la acusación y la sentencia, sino que también entre el primero de tales actos y la formalización de la investigación	176
6. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	177
C. DERECHOS INDIVIDUALES	179
1. INTIMIDAD	179
1.1 Inviolabilidad del hogar.....	181
a) No se concurren las exigencias previstas en el artículo 205 del Código Procesal Penal	182
b) No puede procederse más allá del ámbito autorizado por el propietario o la Orden Judicial	190
c) En caso de un hallazgo casual se requiere autorización judicial, incluso tratándose de delitos permanentes	192
d) Art. 206 CPP: deben existir signos evidentes de estarse cometiendo un delito.....	193
e) Artículo 206: situaciones de flagrancia, no de sospecha	198
f) Art. 206: Las “llamadas de auxilio” deben asimilarse a otras situaciones de entidad similar para delitos distintos	200
g) El ingreso, en el contexto de una investigación autónoma de la policía, invalida la diligencia, y no puede sanearse posteriormente.....	200
h) El inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, permite el ingreso a lugar cerrado para el solo efecto de practicar la detención.....	201
1.2. Privacidad de las comunicaciones	202
1.3. Intimidad corporal	206
2. LIBERTAD PERSONAL	207
2.1. Control de Identidad.....	207

a) El control de identidad llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto	216
b) El control de identidad no procede respecto de una persona ya identificada.....	217
c) El control de identidad no puede ser desnaturalizado y utilizado con el objeto de realizar actuaciones no previstas en el artículo 85 CPP	219
d) Consentimiento del imputado para el registro: imposibilidad de oponerse	219
e) No se pueden realizar intromisiones corporales íntimas forzadas y al margen del estatuto previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal	220
f) La identificación debe realizarse en el lugar en que la persona se encuentre, para lo cual el funcionario policial debe otorgar facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos	220
g) El control de identidad procede en casos fundados, en que, según las circunstancias, los policías estimaren que “existen indicios” de que la persona se encuentra en alguna de las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal	221
2.1.1 NO CONSTITUYEN INDICIOS DEL ARTÍCULO 85 CPP	238
a) Caminar en dirección contraria, huir o merodear	238
b) La mera verificación de las características de un imputado dadas en una denuncia no constituyen por sí solas un indicio.....	243
c) Esconderse u ocultarse.....	246
d) Ni el control vehicular ni faltas a la ley de tránsito.....	247
e) Estado de ebriedad	250
f) Olor a marihuana	251
H) Que respecto de ese lugar se tengan antecedentes de comisión de delitos del mismo tipo.....	254
h) Bajar la cabeza u ocultar el rostro	255
i) Ocultar objetos.....	257
j) La proximidad temporal y espacial del acusado al lugar de los hechos	261
k) Observar a un sujeto en un paradero no es indicio, ni aún sumado a circunstancias que indica	262
l) Situación del traspaso de objetos u envoltorios	263
2.2. Detención en situación de flagrancia	264
a) Definición de flagrancia.....	264
b) Ostensibilidad de la flagrancia	266
c) El régimen legal de la flagrancia en nuestro sistema no es estricto	266

D. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

266

1. Salud Pública.....	267
a) El bien jurídico cautelado por el delito de microtráfico de la ley 20.000 es la Salud Pública	267
b) Principio de lesividad ante la falta de completitud del examen de Pureza	270
c) Circunstancias en que no se requiere examen de Pureza por existir otros antecedentes.....	274
1.1. Artículo 318 del Código Penal	275

INTRODUCCIÓN

Aun cuando el recurso nulidad conserva aspectos casacionales como su formalismo y la revisión centrada en aspectos de derecho, ha modificado la forma clásica de entender los recursos, dando paso a un mecanismo de protección de garantías. En este sentido, el fundamento y función del recurso en el ordenamiento jurídico procesal penal ha variado significativamente, desde el mero control formal de la aplicación de la ley, hasta llegar a convertirse en un poderoso mecanismo para lograr la vigencia de las garantías fundamentales. Es por ello que el primer gran objetivo del recurso de nulidad, es conseguir que los procedimientos y las sentencias definitivas que de ellos emanen, respeten los derechos y garantías individuales, que por su importancia se han elevado a la categoría de fundamentales. Así, de un Derecho Procesal de normas se ha avanzado hacia un Derecho Procesal de garantías, y es en este contexto que se comienza a situar progresivamente el recurso de nulidad.

En esta minuta, se ha realizado una sistematización de los fallos de nulidad dictados por la segunda sala de la Corte Suprema (o Corte). Los fallos se han ordenado en dos grandes materias. El primer capítulo, contiene un análisis de las sentencias en relación con las características del recurso de nulidad, el que hemos titulado “Notas sobre el recurso de nulidad”, y el segundo capítulo, trata los fallos de nulidad en relación con los derechos y garantías fundamentales.

Para cada capítulo se han extractado los pasajes más representativos de la decisión.

I. NOTAS SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LA CORTE SUPREMA

A. El Recurso de Nulidad es de carácter extraordinario

El recurso de nulidad es de carácter extraordinario, en el sentido que para su interposición requiere la concurrencia de una causal expresamente señalada en la ley, esto es, procede por los motivos específicamente señalados por el legislador. De este modo, el recurso de nulidad “se circunscribe a determinadas causales, las que deben ser invocadas por el recurrente y fijan en definitiva la competencia del tribunal ad quem”¹⁻². El legislador, además, ha regulado la forma en que deben deducirse las causales de nulidad³ (conjunta o subsidiariamente, con fundamentación separada) y sus efectos anulatorios.

En este plano, la Corte Suprema ha procedido a desestimar aquellos recursos que en sus fundamentos o petitorio contrarían el carácter extraordinario del recurso de nulidad⁴.

1. Se contraría el carácter extraordinario del recurso de nulidad, si la infracción que se reclama en la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal ya se encuentra sancionada expresamente en un motivo absoluto de nulidad

El carácter extraordinario del recurso de nulidad, impide forzar una infracción a la causal genérica del artículo 373 a) del Código Procesal Penal, cuando la misma se encuentra sancionada expresamente en un motivo absoluto de nulidad. Así, la Corte Suprema ha resuelto: Por tanto, no toda infracción al debido proceso constituye quebranto de una norma fundamental, si el defecto o yerro se encuentra sancionado en un motivo absoluto

¹ SCS Rol N° 5.415-2012; Rol N° 5922-2012.

² En este sentido, parte de la competencia del tribunal ad quem viene dada por la ley, que vincula la infracción a una determinada causal de nulidad y efecto anulatorio. Esta competencia se complementa con las cuestiones y peticiones planteadas por el recurrente, conforme establece el inciso primero del art. 360 del Código Procesal Penal que recoge la prohibición de ultra petita: “Decisiones sobre los recursos. El tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado (...)”. Ver: SCS Rol N° 4.645; Rol N° 6029-2012; Rol N° 1.123-2010.

³ El inciso segundo del artículo 378 del Código Procesal Penal establece que “El recurso podrá fundarse en varias causales, caso en el cual se indicará si se invocan conjunta o subsidiariamente. Cada motivo de nulidad debe ser fundado separadamente”.

⁴ En estos casos la Corte Suprema desestimó la causal o el recurso en la decisión de fondo.

de nulidad.

Asimismo, ha fallado que el recurrente, al forzar la causal, está modificando artificiosamente la competencia que la ley ha entregado a la Corte Suprema para conocer vulneraciones sustanciales de normas fundamentales:

“Que, por otra parte, esta Corte Suprema ya ha señalado que no todo quebranto a las reglas del debido proceso “(...) puede tener el carácter de violación de norma superior y ello se percibe claramente cuando se ha legislado mediante normas procesales expresas que tratan precisamente la materia en que se inserta el reproche (Rol N° 5898-2008). Así, la forma cómo deben valorar los jueces la prueba en sus sentencias es materia regulada particularmente en el párrafo 4° del título III, Libro II y artículo 342, del Código Procesal Penal, y por las infracciones que se puedan cometer al respecto se ha concedido recurso de nulidad por motivo absoluto en la letra e) del artículo 374, y lo propio acontece con la adecuada fundamentación de las sentencias. Luego, forzar los argumentos para ubicar la discusión en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, conlleva artificialmente a alterar la competencia natural que el proceso penal ha radicado en las Cortes de Apelaciones, situación que es la que se aprecia en la especie, en la que se sostiene una infracción de garantías constitucionales cometida en sede de valoración de precisos y determinados medios probatorios rendidos en el juicio, y en la incidencia de los mismos en la formación de la convicción – de carácter absolutorio- del tribunal”⁵.

2. No se pueden invocar conjuntamente causales incompatibles en sus argumentos y efectos anulatorios

La Corte ha fallado que el carácter extraordinario del recurso de nulidad, impide que el recurrente invoque conjuntamente causales incompatibles en sus fundamentos o que apunten a efectos anulatorios contradictorios:

“Sin embargo, si se invoca un motivo absoluto de nulidad, que conlleva necesariamente la invalidación del juicio y la sentencia, junto a una errónea aplicación del derecho, en que el tribunal sólo puede dictar fallo de reemplazo, ambas motivaciones resultan ser contradictorias, de manera que no se ha podido acudir a ellas de manera conjunta. A la misma conclusión se llega si se atiende a sus argumentos, pues no puede existir al mismo

⁵ SCS Rol N° 5.922-2012, (considerando 9°). Ver también: SSCS Rol N° 5.898-2008, (considerando 24°); Rol N° 6.345-2007, (considerando 8°); Rol N° 5.415-2007, (considerando 11°).

tiempo un reproche que se funda en que la sentencia sólo se ha extendido en su sección resolutive y, junto a ello, cuestionar los hechos que se han dado por probados sobre la base de una prueba deficiente, pues este argumento parte de la premisa que el fallo sí contiene motivaciones, pero no se comparten, lo que conduce necesariamente al rechazo de ambas causales”⁶.

Así también, más recientemente ha resuelto:

“De ese modo, dado el carácter excluyente de los fundamentos de las causales enunciadas y, especialmente de los efectos que las mismas acarrearán, la interposición conjunta por la que se optó en el recurso de nulidad impedía a los recurridos abocarse adecuadamente a su estudio y resolución, pues al no priorizar el arbitrio entre las distintas causales de nulidad les dejó sin pautas para ordenar el estudio y tratamiento de sus reclamos. Aceptar lo postulado por el quejoso, supondría que serían los jueces, y no el recurrente de nulidad, quienes “aleatoriamente” -ante la ausencia de un orden “jurídicamente” determinado, el cual por cierto, no proviene del simple orden materialmente dado al escrito- deberían optar por la causal a analizar en primer término y, consiguientemente, por la extensión del efecto anulatorio que conllevaría para el proceso. Lo que se ha venido exponiendo daba cuenta de una falta de correlación lógica entre lo razonado y lo solicitado en el recurso de nulidad en cuestión, y de que esa presentación carecía en esa parte de la certeza y determinación, y en definitiva de la fundamentación que exige un recurso de derecho estricto y extraordinario como el de nulidad intentado, motivo suficiente para decidir su rechazo como lo dictaminaron los jueces recurridos”⁷.

3. No se puede pedir un efecto anulatorio inconexo con los fundamentos del recurso

El carácter extraordinario del recurso de nulidad impide una petición incompatible con la infracción alegada en la causal, lo que ha sido resuelto por la Suprema en los siguientes términos:

“Además, el petitorio no dice relación con los hechos que fundan ese motivo de nulidad, toda vez que, como se dijo, reclama de la valoración que de la prueba hicieron los sentenciadores, pero concluye solicitando que se anule el juicio y la sentencia y se retrotraiga al estado de la audiencia de preparación del juicio oral, algo completamente

⁶ SCS Rol N° 6.737-2012, (considerando 8°).

⁷ SCS Rol N° 5.019-2015, (considerando 6°). Ver también: SSCS Rol N° 6927-2012; Rol N° 4883-2013; Rol N° 6737-2012.

inconexo e incoherente con los fundamentos del mismo recurso”⁸.

B. El Recurso de Nulidad constituye una sanción de ineficacia procesal

Desde su primera jurisprudencia la Corte Suprema ha señalado que el recurso de nulidad es un medio de impugnación que abre “una solución de ineficacia de los actos procesales que se han realizado sin cumplir con aquellas formalidades que amparan el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos”⁹. Luego, el recurso de nulidad debe entenderse regido por los mismos principios generales de las nulidades procesales, los que se encuentran expresamente regulados en la legislación procesal penal¹⁰.

1. Presupuestos de la declaración de nulidad por la vía del artículo 373 a) del Código Procesal Penal

1.1. Perjuicio

El *perjuicio* se encuentra estrechamente vinculado con el *agravio*, presupuesto necesario para recurrir como se deduce del artículo 352 del Código Procesal Penal. La existencia de gravamen o agravio viene determinada por la circunstancia de que la resolución que se pretende impugnar le afecte y tenga un contenido desfavorable para quien recurre (la resolución ha negado al recurrente todo o parte de lo pedido). Ahora bien, cuando se trata de un recurso de nulidad, el agravio es más complejo, pues debe ser integrado con la existencia de un vicio de nulidad que sea causante del perjuicio que se pretende reparar por esta vía.

La declaración de la nulidad procesal es un mecanismo establecido para remediar un defecto de procedimiento que ocasiona *perjuicio*, entendiéndose para estos efectos que

⁸ SCS Rol N° 6.345-2007, (considerando 8°).

⁹ En términos generales, la nulidad es una sanción de ineficacia procesal por no haberse observado correctamente las formas. La provisión de nulidad garantiza que a través del respeto de las formas preestablecidas por el legislador, pueda obtenerse una verdadera garantía del debido proceso. Véase Pozo D., Nelson. Las Nulidades, Ed. Thomson Reuters, 2010, p. 45.

¹⁰ La normativa sobre nulidades procesales se encuentra ubicada en el Título VII del Libro I del Código Procesal Penal. En los fallos que se citan, la Corte Suprema ha aplicado especialmente los artículos 159 (perjuicio), 160 (presunción de perjuicio) y 164 (saneamiento de la nulidad).

concorre un *perjuicio*—conforme al art. 159 CPP- cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento. Así, más que preservar la mera ritualidad del procedimiento, la función de la nulidad es evitar la grave indefensión de alguno de los intervinientes. Esta perspectiva quedó expresada en la tramitación de la ley, en la cual se hizo presente insistentemente que una concepción moderna de la nulidad exigía perjuicio¹¹.

La Corte Suprema permanentemente ha sostenido que el recurso de nulidad “debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, “por consiguiente para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de éstas, entre los cuales se encuentra el mencionado principio de trascendencia que, por lo demás, recoge el artículo 375 de la recopilación procesal criminal. En virtud de dichas circunstancias, para que la transgresión denunciada pueda servir de soporte al arbitrio de que se trata, debe constituir un atentado de tal magnitud que importe un perjuicio al litigante afectado que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta, privándola de toda eficacia, en otras palabras, se exige que el vicio sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de innegable sustancialidad, de suerte que el defecto entrase, limite o elimine el derecho desconocido”¹². Luego, siendo el requisito básico de toda nulidad la ocurrencia de un perjuicio a la parte que la reclama, se analizará este requisito en relación con el recurso de nulidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte.

a) Que se comprometan realmente aspectos esenciales de la garantía

La Corte Suprema ha hecho extensivo el *perjuicio* al recurso de nulidad, y particularmente a la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal, para lo cual ha insistido en que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio y la sentencia, ya que el carácter “sustancial” de la infracción exigido por la causal supone que la infracción sea de tal entidad que comprometa aspectos esenciales de la garantía. En opinión de la Corte, para que exista *perjuicio* el agravio a la garantía debe ser “de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho

¹¹ Véase Pfeffer, Emilio, Código Procesal Penal Anotado y Concordado, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, p. 271.

¹² Rol N° 8010-2015 (Considerando 6°). Ver también: Rol N° 4693-2017 (considerando 13°).

constitucional”¹³, que perjudique “efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso”¹⁴. Entonces, el carácter sustancial de la infracción supone, en primer lugar, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. La contravención constitucional alegada debe afectar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no ser de una importancia secundaria o no tenga importancia alguna para él¹⁵.

· **SCS Rol N° 26.164-2020, 18.03.2020**

DÉCIMO TERCERO: (...) Así las cosas, resulta evidente que el referido encartado se encuentra comprendido dentro de la hipótesis de exención del apercibimiento antes aludido, motivo por el que, al haberse dispuesto el mismo por los sentenciadores del grado, se ha incurrido por éstos en una errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 49, inciso 2°, del Código Penal, la que ha tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, en cuanto se ha impuesto al sentenciado un apremio que resulta improcedente a su respecto, consistente en la sustitución de la pena de multa por una de reclusión -en caso de no satisfacer la sanción pecuniaria-, carga que por cierto torna en más gravosa su situación procesal, desde que pende sobre él la amenaza de extender injustificadamente su periodo de privación de libertad.

· **SCS Rol N° 42.776-2020. 29.05.2020**

SEXTO: Que, en los términos indicados, no es posible admitir el reproche denunciado por vía principal en este caso, al apartarse sus presupuestos de los hechos que se han asentado en la causa. En efecto, del tenor del fallo impugnado aparece que, el ente persecutor no solo incorporó las fotografías del set exhibido a la víctima, sino que contó con la directa y precisa sindicación que el afectado efectuó respecto del acusado, elementos probatorios que carecen de la contaminación que afirma el recurrente, pues no derivan del acto que estima viciado y que sirvió, en su momento, para declarar la ilegalidad de la detención, cual habría sido la exhibición, desde un equipo de telefonía móvil, de la fotografía del acusado. Aun en el evento de prescindirse de los set fotográficos incorporados, respecto a los cuales

¹³ SCS Rol N° 2.866-2013. Ver también: Rol N° 1.179-2013 y Rol N° 23.930-2014.

¹⁴ SCS Rol N° 2.866-2013.

¹⁵ Horvitz-López, op. cit., Págs. 414-415.

la defensa cuestiona su legitimidad, la restante prueba incorporada, exenta de la supuesta ilegalidad impetrada permitió a los sentenciadores formarse convicción sobre la participación atribuida al acusado, lo que demuestra la falta de sustancialidad del eventual vicio impetrado a su respecto, por lo que el recurso no podrá prosperar en este capítulo.

· **SCS Rol N° 33.326-2020, 27.05.2020**

QUINTO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

· **SCS Rol N° 33.149-2020, 26.05.2020**

DÉCIMO QUINTO: Que el artículo 373 letra b) Código Procesal Penal, dispone en su encabezado “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia”, si se establece por el órgano jurisdiccional competente que en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Lo anterior, debe ser analizado en correspondencia con lo previsto en los artículo 385 del mismo cuerpo legal, que establece que “La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare con la ley si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere”. Lo anterior trae aparejado que no resulta procedente la invalidación si la pena impuesta al sentenciado fuere inferior a la legalmente corresponde.

DÉCIMO SEXTO: Que, conforme a lo razonado y al fundar el Ministerio Público el recurso de nulidad deducido contra el fallo antes comentado, en la causal del artículo 373 letra b) del Código Penal, por haberse impuesto al sentenciado una pena inferior a la que estima que legalmente corresponde, ha extendido los términos del artículo 385 del referido código a una hipótesis no contemplada en él, solicitando efectos anulatorios no previstos en la ley, que conforme al citado artículo les faculta para invalidar solo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia una de reemplazo, en el evento que la pena determinada sea superior a la fijada

por la ley. En consecuencia, no concurre en la especie el presupuesto sobre el que se construyó el arbitrio de nulidad, motivo por el cual, el presente arbitrio también será desestimado.

b) Trascendencia

Además, para que opere la sanción de nulidad, la infracción de las garantías debe ser trascendente, esto es, que la inobservancia de las formas procesales afecte las posibilidades de actuación del interviniente e influya finalmente en lo dispositivo del fallo¹⁶. En los fallos citados, la Corte Suprema exige que la infracción de garantías tenga una trascendencia efectiva en lo dispositivo del fallo, lo que desmejora el derecho al recurso reconocido al imputado. Parece más acorde con este derecho, que la inobservancia de las formas procesales que atenta contra las posibilidades de actuación del imputado y la defensa en el procedimiento, tenga la potencialidad de influir finalmente en lo dispositivo del fallo, porque el *perjuicio* no es más que una desventaja en las posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable.

Así, la Corte ha señalado que el principio de trascendencia exige que para anular un acto procesal debe acreditarse un perjuicio para algún interviniente. En otras palabras, la desviación de las formas debe tener trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio. En consecuencia, no basta para la configuración del perjuicio la sola inobservancia de formas procesales, ha de concurrir además una concreta indefensión, esto es, que las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el juicio se vean “efectivamente menoscabadas o entrabadas”¹⁷. Luego, no habrá indefensión si “la parte recurrente de nulidad estuvo en condiciones de ejercer todos sus derechos procesales como interviniente en el juicio y no quedó frente al oponente en situación de indefensión provocada por un menoscabo inaceptable de la igualdad de posiciones”¹⁸.

La Corte completa el concepto requiriendo que la infracción trascienda en lo dispositivo del fallo:

¹⁶ Horvitz y López, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, p. 397. Asimismo, la Corte debiera zanjar la trascendencia desde el principio in dubio pro reo, es decir, ante la mera posibilidad de que la decisión fuera distinta sin la lesión procesal bastaría para fundar la nulidad.

¹⁷ Rol N° 2.866-2013 Ver también: Rol N° 24173-2014 y Rol N° 5851-2015.

¹⁸ Rol N° 25.641-2014.

“Asimismo, la cátedra ha postulado que se requiere también de una sustancial influencia en lo dispositivo del fallo por parte de la infracción sostenedora de la causal de nulidad en vista”¹⁹. En consecuencia, no habrá perjuicio cuando la prueba de cargo obtenida con infracción de garantías fundamentales no fue “la única que condujo a los sentenciadores a formarse la convicción necesaria para condenar al imputado”²⁰ o “la participación de los enjuiciados se tuvo también por establecida con otros antecedentes incriminatorios, los que condujeron a corroborar la imputación del testigo. En tales términos, la protesta formulada carece de trascendencia “requerida para provocar la nulidad del juicio y de la sentencia, principio que recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, puesto que la declaración del mentado testigo no fue la única tenida en consideración para fundamentar la convicción condenatoria, lo cual conduce al rechazo de los recursos en torno a esta presunta infracción, que, en caso de existir, carece de influencia sustancial”²¹.

En los fallos citados, la Corte Suprema asume que la infracción de garantías debe tener una trascendencia efectiva en lo dispositivo del fallo. No obstante, en un caso de infracción al derecho de defensa, por exclusión ilegal de un medio de prueba de descargo en la audiencia de preparación del juicio oral, la Corte estimó que no le correspondía evaluar la trascendencia de la infracción en la formación de la convicción condenatoria, porque esa labor es propia del tribunal oral que percibió la prueba en forma inmediata y directa: “Que impedir a la defensa la posibilidad de rendir una prueba relevante para su teoría del caso, constituye una infracción de carácter sustancial que autoriza la invalidación tanto de la sentencia como del juicio oral en que se materializó el vicio, puesto que se trata de un elemento fundamental para la demostración de su posición y cuya valoración corresponderá al tribunal que reciba en definitiva la declaración omitida. Al respecto, incurre en un error el representante del Ministerio Público al considerar que falta trascendencia al reclamo de la defensa por el simple hecho de que igualmente habría logrado llevar al juicio como testigos a seis personas, puesto que la idoneidad, la calidad y el mérito de lo aseverado por aquéllos no es una labor que corresponda a esta Corte ponderar, sino que al Tribunal Oral que percibe aquella prueba en forma inmediata y directa, siendo de cargo de estos juzgadores dimensionar tan solo la circunstancia –plena de efectos jurídicos- de que la defensa se vio privada efectivamente de la posibilidad de

¹⁹ SCS Rol N° 4.883-2013. Ver también: Rol N° 4830-12; Rol N° 5049-12; Rol N° 5338-12; Rol N° 3849-2012.

²⁰ SCS Rol N° 4.830-2012 Ver también: Rol N° 4.830-2012; Rol N° 5.049-2012; Rol N° 5.338-2012 y Rol N° 6.737-2012.

²¹ SCS Rol N° 1.179-2013. Ver también: SCS Rol N° 23.930-2014

presentar como testigo a un sujeto que conocía los hechos por haberlos protagonizado de modo directo, tal como ya lo resolvió otro tribunal, en cuanto lo condenó como autor del mismo delito”²².

En síntesis, para el acogimiento de un recurso de nulidad por infracción sustancial de garantías, en tanto constituye una sanción de nulidad, supone una desviación de las formas procesales que comprometa aspectos esenciales de la garantía, que ha sido decisiva en la decisión del caso. En un reciente fallo, la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto y ha indicado

“Que cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, lo que hace en realidad es conocer la entidad de los hechos antes de la realización del juicio, por lo que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad. Es aquélla la que constituye la posición desfavorable o desventajosa en que deja sumida a la defensa y porque priva a esa parte de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus derechos como interviniente, una decisión jurisdiccional favorable, cuestión que en definitiva constituye la trascendencia del perjuicio requerido por la nulidad procesal, teniendo presente que no resulta posible separar la prueba producida con la intervención del magistrado, de aquella que fue legalmente introducida al juicio por las partes, habiéndose pronunciado en este escenario una especie de decisión anticipada”²³.

· **SCS Rol N° 20.940-2020, 28.04.2020**

9°) Que conforme a lo precedentemente dicho, la autorización para la actuación de agente revelador, dada la relevancia y efectos de ésta en el proceso ya comentados, y el registro por parte del propio fiscal que otorgó dicha autorización, no puede ser suplido por los registros o dichos de los propios funcionarios policiales -sin perjuicio del deber de éstos de registrar la concesión de la autorización-, pues ello importaría dar por acreditada la circunstancia eximente de una eventual responsabilidad penal, y en lo que aquí interesa, la licitud de la prueba obtenida en base a los elementos aportados por los mismos funcionarios que pretenden ampararse en dicha eximente o que alegan la licitud de los

²² SCS Rol N° 3738-2012, (considerando 8°). Ver también: SCS Rol N° 5851-2015, (considerando 8°).

²³ SCS Rol N° 913-2018, 05.03.2018, (considerando 12°).

elementos de prueba por ellos recabados. En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, y no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes, por muy fiable que sea, por lo que a este respecto el fallo intenta salvar una falencia que no se funda en la prueba rendida. En relación a esto último, esta Corte antes ha declarado que “resulta lógico que si la defensa del imputado sustenta su impugnación en la inexistencia de la respectiva autorización, corresponde que el órgano que dispone del registro de aquella –Ministerio Público- proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, lo que no ocurrió durante toda la tramitación de la presente causa. Exigir lo contrario supondría pedir la prueba de un hecho negativo, lo que resulta contrario a los principios que sustentan el derecho procesal probatorio” (SCS Rol N°31.242 14 de 29 de enero de 2015).

· **SCS Rol N° 30.582-2020, 08.05.2020**

NOVENO: Que, a resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó a los domicilios de los inculpado y procede a incautar evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de estos inmuebles adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba contra los imputados, puesto que de lo contrario, se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previa racional y justa.

DÉCIMO: Que, en el razonamiento noveno de la sentencia que se revisa se sostuvo que, respecto de L.G., no se estampó en la etapa investigativa el hecho que fue vista vendiendo droga, lo que en concepto de los sentenciadores no configura una vulneración de derechos por cuanto un testigo fue claro en señalar que no se registró su actuar por cuanto no era el punto investigativo. En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, y no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de solicitar una autorización de entrada y registro y, vincular a la acusada con la evidencia incriminatoria hallada en el lugar, debió mantener un correlato incriminatorio fundado en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes, por muy fiable que sea.

• **SCS Rol N° 59.504-2020, 22.06.2020**

QUINTO: Que como fundamento de la nulidad que se solicita, la defensa ha planteado un conjunto de consideraciones acerca de la inconveniencia de celebrar juicios penales orales atendidas las actuales escasas condiciones para esta clase de actuaciones, las que no fueron aceptadas por el tribunal del juicio y que ya han sido relacionadas. Estas alegaciones son genéricas, esto es, dicen relación con criterios predicables a todos los juicios de esta clase, y por ello el planteamiento que se hace a este tribunal, claramente, no deriva de la realidad del juicio que nos ocupa. El recurrente se limita a renovar los fundamentos de la suspensión pedida, pero nada puede decir en cuanto a los precisos aspectos de aquellas formas del juicio que habrían determinado la decisión de condenarle, atendida su trascendencia y entidad. En esta fundamentación no se sostiene alguna vulneración de derechos o garantías constitucionales que hayan incidido causalmente en el resultado del juicio, de manera sustancial como lo previene el citado apartado que establece la causal de nulidad empleada por la defensa.

En el presente caso, el reclamante no explica a esta Corte –de la manera concreta y específica exigible en un recurso de derecho estricto- cuál es la precisa garantía constitucional personal que le fue desconocida con directa influencia en la sentencia condenatoria dictada en su contra. Lo único concreto que alega es que el acusado no estuvo presente durante toda la audiencia del juicio oral, con su defensora, aseveración que se ve contradicha con la circunstancia -no discutida en la audiencia ante este Tribunal de que efectivamente el imputado estuvo en persona en la audiencia, conjuntamente con su abogada defensora. El hecho de que el imputado recurrente tuviera una versión de los hechos distinta de la vertida por el coimputado, quien recibió menor pena, no es motivo para atacar de nulidad el juicio penal llevado a cabo, en el cual tuvo la oportunidad de ejercer todos los derechos que el ordenamiento jurídico le confiere.

• **SCS Rol N°5417-2021, 14.07.2021**

“QUINTO: Que, es del caso señalar –tal y como recientemente lo ha sostenido esta Corte-, que las argumentaciones formuladas por la defensa son de carácter genéricas, esto es, dicen relación con criterios predicables a todos los juicios de esta clase, y por ello el planteamiento que se hace a este tribunal, claramente, no deriva de la realidad del juicio que nos ocupa. En este aspecto, el recurrente se limita a renovar los fundamentos de sus peticiones, suponiendo una eventual contaminación en los testimonios de los deponentes, por la ausencia de un ministro de fe, sin precisar acabadamente los aspectos que habrían determinado la decisión de condenar a los acusados, atendida su trascendencia y entidad. Lo único concreto que alega la defensa es que dos de los testigos del Ministerio Público no

depusieron en dependencias de un tribunal de la República, por lo que no estuvo presente un ministro de fe que constatará las circunstancias en que se produjeron sus testimonios, afectándose de esa forma la fiabilidad de los medios de prueba.

Que, como se evidencia, en esta fundamentación no se sostiene alguna vulneración de derechos o garantías constitucionales que hayan incidido causalmente en el resultado del juicio, de manera sustancial como lo previene la causal de nulidad empleada por la defensa.

Con todo, valga reiterar que el reclamante no explica a este Tribunal –de la manera concreta y específica exigible en un recurso de derecho estricto- cuál es la precisa garantía constitucional personal que le fue desconocida con directa influencia en la sentencia condenatoria dictada en su contra. (SCS Roles N° 59504-20, de 22 de junio de 2020 y N° 104.468-2020, de 13 de octubre de 2020).”

· **SCS Rol N° 33.232-2020, 09.06.2020.**

NOVENO: Que la ilicitud constatada, esto es, la falta de un indicio que habilitara a los agentes policiales para llevar a cabo el control de identidad que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos pues tuvo como corolario el hallazgo de la droga incautada en la mano del acusado, la que corresponde al objeto material del delito por el cual fue condenado éste. En conclusión, el actuar policial en análisis constituye una violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente, cuyo objeto preciso es legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio. A resultas de lo verificado, toda la evidencia de cargo obtenida con ocasión de la diligencia de control de identidad adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra el imputado, por lo que el recurso será acogido y, para que la corrección de los vicios cometidos sea completa se ordenará la realización de un nuevo juicio oral, con prescindencia de toda la prueba afectada por ilicitud.

· **SCS Rol N° 119.049-2020, 26.10.2020.**

NOVENO: Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, incurrieron en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.²⁴

SCS Rol N°131.587 -2020, 26.02.2021:

En este fallo la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en causa de tráfico de cannabis en redes sociales. Su decisión se basó en la inexistencia de registro de la resolución que autorizó y designó al agente revelador, lo que vulneró garantías fundamentales de los imputados. Cabe destacar que el fallo fue acordado con el voto en contra de los Ministros Künsemüller y Valderrama, que consideraron que la defensa debió impugnar mediante la causal del artículo 374 e) del CPP, si lo cuestionado en definitiva es, si existió la autorización.

“Quinto: Que, a resultas de lo verificado, cuando el agente revelador se reúne con F.D.Z.C. y este último le exhibe el alcaloide, actúa en cumplimiento de una autorización —de la cual no existió registro— para ingresar a la red social Facebook, contactar al vendedor y acordar los pormenores de la transacción, diligencias que han tenido, sin duda, el carácter de ilegales. Como consecuencia de ello, el procedimiento verificado por los funcionarios que prestaban cobertura en las inmediaciones, que concluye en la incautación de las evidencias de cargo y la entrada y registro posteriores, que emanan de dicha pesquisa, adolecen consecuentemente de ilegalidad, pues surgen de actuaciones de investigación efectuadas en grave contravención a la normativa citada, contaminándose de la ilicitud que pesa sobre

²⁴ Ver también SCS ROL N° 112.393-2020 (considerando 7°).

la utilización de la técnica de agente revelador, dispuesta por una autorización que debe tenerse por carente de realidad en el juicio.

De este modo, las pruebas que surgen de tales actuaciones no han podido ser empleadas en juicio y tampoco han debido ser valoradas como elemento de prueba contra los acusados, puesto que, de lo contrario, se violenta sus derechos a un proceso y una investigación previos racionales y justos.

Estas reflexiones imponen acoger los recursos, llamando la atención de esta Corte que se haya pretendido dotar de veracidad a una actuación procesalmente inexistente.”

SCS Rol N°131-967- 2020, 22.02.2021

En este fallo la Corte Suprema rechazó recurso de nulidad deducido por la defensa en contra de la sentencia del TOP de Arica que condenó al imputado por arrojar y poner a disposición de terceros artefactos incendiarios del tipo molotov en el contexto del estallido social. Sobre la infracción de garantías alegada en relación con las diligencias efectuadas por carabineros excediendo el ámbito del artículo 83 del CPP y la falta de autorización del agente encubierto, la Corte lo desestima, toda vez que el reclamo apunta a la insuficiencia de la prueba de cargo y la valoración o mérito que el tribunal les asigna. El Ministro Llanos previene que si bien existió una infracción de garantías ella no es sustancial, ya que de todas formas se habrían obtenido los antecedentes. Lo anterior fue acordado en contra del Ministro Brito y Zepeda, quienes consideraron que de los hechos acreditados por el tribunal resultan claras las infracciones, por lo que el tribunal no debió considerar para un veredicto condenatorio pruebas provenientes de un procedimiento viciado.

“5°) Que en el caso sub iudice, a juicio de este previniente, las ilicitudes denunciadas no revisten esos caracteres, del momento que -como ha quedado dicho-, aún cuando no hubieren tenido lugar las ilegalidades denunciadas, de todos modos inevitablemente se habría obtenido la identificación del encausado y su imputación, ya que existían suficientes indicios para establecer su intervención en el delito, aun prescindiendo de aquellas que se obtuvieren de modo ilícito.

En efecto, se ha reconocido en doctrina y también en fallos de esta Corte, que existen excepciones a la exclusión de la prueba ilícita y de la que de ésta derive, siendo una de ellas la denominada como "descubrimiento inevitable", criterio o doctrina en virtud de la cual no se excluye la prueba ilícita si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión. Es decir, con una gran probabilidad de certeza se habría obtenido el mismo resultado, por ser ese el curso hipotético legítimo de la investigación”.

SCS Rol N°14.490-2021, 20.04.2021

Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa que sostiene la infracción sustancial de garantías fundamentales, particularmente la garantía al debido proceso, producto de la falta de registro del testimonio de la víctima en la carpeta investigativa, afectando entonces el derecho de defensa, en su dimensión de controlar la prueba de cargo. La Corte afirma que, pese a tener por establecido que el testimonio no consta en la carpeta investigativa, y por tanto, que se infringe el deber de registro y que el acusado conozca el contenido de los antecedentes acumulados en la etapa de investigación, al existir otros antecedentes que llevan a formar convicción al tribunal la contravención denunciada carece de la sustancialidad que la hipótesis de nulidad alegada exige para producir los efectos que le son propios, esto es, que sea insalvable ante el derecho al debido proceso. Se previene por la abogada integrante Sra. Tavolari que no hay perjuicio para la defensa a partir del supuesto vicio invocado, es decir, que la circunstancia de no haberse declarado el testigo durante la etapa de investigación y su consiguiente falta de registro no constituyen vicio que atente en contra del debido proceso del imputado, sumado a que no puede volver a discutirse en el juicio la licitud de la prueba admitida por el juez de garantía.

SCS Rol N° 30.187-2021, 26.07.2021

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa que sostiene la infracción sustancial de garantías fundamentales, particularmente la garantía del debido proceso, producto de la falta de registro del testimonio de dos testigos, afectando el derecho de defensa del imputado. La Corte afirma que, pese a tener por establecido que ambos testimonios no constaban en la carpeta investigativa, y por tanto, que se infringe el deber de registro y que el acusado conozca el contenido de los antecedentes acumulados en la etapa de investigación, al existir otros antecedentes que llevan a formar convicción al tribunal la contravención denunciada carece de la sustancialidad que la hipótesis de nulidad alegada exige para producir los efectos que le son propios, esto es, que sea insalvable ante el derecho al debido proceso. Sin embargo, en el mismo fallo, hubo un voto de minoría del Ministro Zepeda el cual fue del parecer de anular la sentencia y el juicio oral por la causal invocada y señala que “3°) Que, la correcta comprensión del ejercicio del derecho a defensa del imputado y del debido proceso que conlleva como garantías mínimas el derecho a conocer en detalle la imputación y los elementos de cargo, así como el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, supone el acceso sin restricciones al contenido íntegro de la investigación (salvo los casos excepcionales de secreto) y ello supone necesariamente el acceso a la información completa. De lo anterior se puede colegir que,

la omisión de tomar declaración a los testigos y consecuentemente, su falta de registro, impidió a la defensa, entre otros, ejercer el derecho a poder contrastar el testimonio de los deponentes con declaraciones previas, de forma tal que, no existiendo constancia o registro de la actuación de esas declaraciones, la imputación a su respecto carece de verosimilitud.”

- **SCS Rol N° 139.911-2020, 28.05.2021**

La Corte rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. El recurso sostiene que se produce infracción de garantías, por la incorporación de un informe pericial terminado el plazo de investigación. Argumenta que la incorporación del peritaje afectó el principio de contradicción de la audiencia y, en concreto, el derecho a defensa, especialmente considerando que los artículos 92, letra c) y 263, letra c), del CPP, que establecen que todo imputado tiene derecho a contradecir la prueba de cargo, lo que solo se pudo haber ejercido si se contaba con el tiempo y medios necesarios para preparar dicha defensa. La Corte sostiene que la infracción no puede catalogarse como “sustancial”, ya que no afectó el pleno ejercicio del derecho de defensa. Señala que la recurrente no ha explicado el hecho de que no intentó realizar actuaciones investigativas de descargo de las que, supuestamente, se vio privada o impedida por el actuar del Ministerio Público al ofrecer el referido informe en su acusación, lo cual evidencia que no ha sufrido un agravio sustancial a su derecho de defensa, sino solo se ha constatado una contravención legal que no reviste trascendencia para el ejercicio de dichos derechos

- **SCS Rol N° 28.917-2021, 22.02.2022**

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa en contra de la sentencia y juicio oral del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por considerar que no se han vulnerado las garantías constitucionales del acusado. El hecho de delito de homicidio culposo fue calificado, previsto y sancionado en los artículos 492, 490 N°1 en relación al artículo 391 N°2 del CP, además del delito contemplado en el artículo 195, en relación con el artículo 176 ambos de la Ley 18.290, esto es, prestar el auxilio posible a la víctima y dar aviso a la autoridad policial más próxima. La Corte sostiene que, de la lectura de los antecedentes, queda constancia que el imputado no cumplió con las exigencias del artículo 195 al huir del lugar sin dar aviso a la autoridad competente, eludiendo así las obligaciones que pesaban sobre él. Asimismo, lo señalado por la Defensa por lo que se cuestiona la exigencia prescrita en el artículo 176 de la Ley del Tránsito consistente en “dar cuenta a la autoridad policial más inmediata”, por estimarla atentatoria del derecho del acusado a guardar silencio y a no autoincriminarse, La Corte sostiene que la calidad de imputado y, por ende, el ámbito de protección que le acompaña, como el derecho a guardar

silencio, cuya omisión se denuncia por el recurso, se adquiere desde que el procedimiento se dirige en contra de una persona y más específicamente, desde que se le atribuye alguna participación en la comisión del hecho punible. Finalmente, señala que, la obligación que impone el artículo 176 de la Ley 18.290 (18), al exigirle dar aviso personalmente a la autoridad policial, con la finalidad de obtener una colaboración con la acción persecutora del Estado, no se puede interpretar como una vulneración al derecho a guardar silencio porque no tenía la calidad de imputado.

1.2. Presunción de perjuicio

Como señala parte de la doctrina nacional, el recurso de nulidad opera como un mecanismo reactivo de protección de garantías²⁵. Bajo este prisma, la *sustancialidad* de la infracción debería quedar acotada a la afectación del núcleo esencial de la garantía (cuestión que se verificará sobre la base del criterio de proporcionalidad²⁶) y a su potencial influencia en lo dispositivo del fallo, por lo que debería presumirse su alto nivel de injerencia en la decisión de la *litis*.

Probablemente ésta sea la razón para que en los siguientes casos la Corte Suprema no haya requerido un *perjuicio efectivo* para acoger el recurso²⁷, presumiéndolo en favor del recurrente (defensa) en virtud de lo establecido en el artículo 160²⁸ del Código Procesal Penal. De este modo, la Corte Suprema ha expresado:

“El agravio al debido proceso deber ser real, lo que significa que perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. También debe ser sustancial, trascendente, de gravedad,

²⁵ Horvitz y López, Ob. Cit., Tomo I, p. 103.

²⁶ Horvitz y López, Ob. Cit., p. 414.

²⁷ Lamentablemente para la igualdad y la seguridad jurídica, la Corte no fijó en estos casos un criterio para discernir cuándo resulta aplicable la presunción de perjuicio. Ahora bien, creemos que tratándose de la nulidad por obtención de prueba de cargo con inobservancia de garantías fundamentales, el fundamento para presumir el perjuicio debiera ser la integridad judicial, ya que en estos casos debe prevalecer el imperativo ético de que ninguna sentencia condenatoria puede fundarse en prueba ilícita, siendo irrelevante un alto grado de injerencia en la decisión condenatoria.

²⁸ El artículo 160 del Código Procesal Penal prescribe: “Presunción de derecho del perjuicio. Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”. Se observa que la presunción no se limita a los obstáculos puestos al ejercicio de los derechos constitucionales, sino que también a aquéllos que impiden, en general, el ejercicio de las garantías y derechos reconocidos “en las demás leyes de la República”.

de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso”²⁹.

1.3. Que el vicio de nulidad no se haya saneado³⁰

El artículo 164 del Código Procesal Penal regula el *saneamiento de la nulidad* en los siguientes términos:

“Saneamiento de la nulidad. Las nulidades quedarán subsanadas si el interviniente en el procedimiento perjudicado no impetrare su declaración oportunamente, si aceptare expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumpliera su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en los casos del artículo 160”. En virtud de esta norma, la declaración de nulidad del juicio y la sentencia requiere que la parte que pretende dicha nulidad no haya convalidado el vicio, esto es, que no haya sido ella quien lo haya provocado o que los defectos los haya alegado previamente.

a) Solo puede solicitar la declaración de nulidad de un vicio el interviniente que no hubiere concurrido a causarlo

Bajo esta hipótesis de saneamiento la Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad del Ministerio Público por haber concurrido a causar el vicio que reclamaba en su recurso: “Así las cosas, el perjuicio alegado, consistente en la imposibilidad de probar los hechos de la imputación -requisito esencial de toda nulidad- ha tenido su origen o causa en la propia decisión del Ministerio Público de no hacer declarar a todos los testigos ofrecidos -que, con prescindencia de los dichos de la víctima- podrían haber sustentado las pretensiones del actor, pero más relevante aún, permitirían realizar el análisis razonable de la infracción constitucional denunciada. Que es un principio universal en materia de nulidades, recogido también en el artículo 162 del Código Procesal Penal, que sólo puede solicitar la declaración

²⁹ SCS Rol N° 4693-2017, (considerando 13º). Ver también: SCS Rol N° 4.164-2009; SCS Rol N° 5.203-2009; SCS Rol N° 5.658-2009; SCS Rol N° 9.758-2009; SCS Rol N° 6.165-2009; SCS Rol N° 4.001-2010.

³⁰ Subyacen en el saneamiento una serie de principios. El principio de convalidación: las nulidades en el proceso pueden ser consentidas por la otra parte. De modo que no procede la declaración de nulidad si la parte interesada en ella consintió expresa o tácitamente en el acto defectuoso. El principio de protección: nadie puede alegar la nulidad que él mismo ha cometido o ayudado a cometer. Este principio es consecuencia del deber de buena fe, de la exigencia de un comportamiento coherente. El principio de conservación: ante la duda debe mantenerse la validez del acto. El acto procesal es válido, aun siendo defectuoso, si ha logrado el fin a que estaba destinado.

de nulidad de un vicio el interviniente “que no hubiere concurrido a causarlo”. En el caso en análisis, como se señaló, el recurrente produjo la situación de que se trata, desde que al liberar a sus testigos, y dado su carácter de exclusivo persecutor penal, delimitó la decisión del juicio a las únicas pruebas de cargo subsistentes, condiciones en las que no es posible reclamar la infracción que pretende”³¹.

En otro caso, la Corte rechazó el recurso de nulidad del Ministerio Público porque “aceptó como válido un resultado procesal que lo había perjudicado desde el mismo momento que decide incidentar buscando para su contraparte el mismo efecto, lo que a todas luces importa la validación de los actos que ahora reclama como nulos. De este modo, se ha producido el efecto de saneamiento de la nulidad procesal que afecta sólo al Ministerio Público conforme al artículo 164 del Código Procesal Penal, por aceptación tácita de éste de los efectos del acto, consecuentemente, saneado el vicio fundante del recurso de nulidad y logrado con ello su validación, no procede más que el rechazo de la causal que se funda en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal”³².

b) Los vicios reclamados en la causal deben haber sido alegados oportunamente

Fundada en este supuesto de convalidación, la Corte rechazó un recurso de nulidad del Ministerio Público porque “dicho interviniente no obró de manera diligente, ejerciendo los arbitrios procesales pertinentes y conducentes a reparar la presunta omisión con la cual pretende configurar el vicio que sirve de fundamento a la acción de nulidad que ha intentado (...) por consiguiente, la Fiscalía, como consecuencia de su propia inactividad, contribuyó sin duda a configurar el vicio que por esta vía denuncia, condición que determina que se encuentre privado de impetrar la declaración de nulidad que por este medio procesal pretende”³³.

c) Preparación del recurso

Es en el saneamiento de la nulidad donde se funda la obligación de preparación del recurso, regulada en el inciso primero del artículo 377 del Código Procesal Penal³⁴. De este

³¹ SCS Rol N° 14.784-2014.

³² SCS Rol N° 5.869-2014

³³ SCS Rol N° 2.961-2006.

³⁴ Sobre esta carga procesal la doctrina sostiene que “La preparación del recurso no exige, como ocurre en materia civil, que se reclame de la infracción “ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos

modo, el recurso de nulidad –tal como sucede con el incidente de nulidad procesal- será inadmisibile o rechazado si el recurrente no reclamó oportunamente del vicio o defecto referido a una disposición que regule el procedimiento. De allí que la Corte Suprema haya resuelto rechazar un recurso de nulidad de la defensa porque “el arbitrio instaurado exige denunciar en la sede y en el momento en que se evidencia el vicio que es constitutivo de violación de la norma o disposición que regula el procedimiento por alguno de los medios establecidos por la ley al efecto, so pena de preclusión.En este orden de ideas, algunas de las circunstancias que originarían el motivo de nulidad pretendido, ponen de manifiesto que el defecto del que hoy se reclama, de haber ocurrido, se produjo antes y durante el desarrollo del juicio, no obstante lo cual, ningún antecedente revela que en dichos momentos procesales se hayan ejercido los mecanismos adecuados para reclamar la anomalía esgrimida como fundamento de la nulidad, de modo tal que se ha incurrido por la defensa, en esta parte, en la falta de preparación del recurso en la sede correspondiente como lo exige la ley, circunstancia que autoriza al tribunal para no dar acogida a un extemporáneo reclamo, conforme lo dispone el artículo 277 de la compilación procesal”³⁵, o porque “la defensa pretende revisar por la vía del recurso de nulidad la validez de la entrada y registro autorizada por el tribunal de garantía, en circunstancias que no hubo objeción ni reclamo previo acerca de su ilegalidad”³⁶.

Las vías o mecanismos para preparar adecuadamente la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, están en estrecha relación con el vicio reclamado. Así, un reclamo de nulidad que cuestiona un fallo condenatorio fundado en prueba de cargo obtenida con inobservancia de garantías constitucionales (prueba ilícita), estará debidamente preparado si la defensa solicitó la exclusión de dicha prueba en la audiencia de preparación del juicio oral. Si el vicio que se reclama es la contravención de la norma que faculta al tribunal formular preguntas aclaratorias al testigo o perito (art. 329, inc. 4° del Código Procesal

establecidos por la ley” (art. 769 CPC), sino que se satisface con que se haya “reclamado oportunamente del vicio o defecto” (art. 377 CPP). Se ha entendido que esto significa que debe entenderse preparado el recurso “por la sola constancia en el expediente que el recurrente haya utilizado a lo menos uno de los medios establecidos en la ley para reclamar del vicio, sin que sea exigible que se haya efectuado una utilización de todos ellos”. En cualquier caso, la reclamación debe haber sido “oportuna”, lo que significa que no puede considerarse válida una reclamación hecha en forma extemporánea y a nuestro juicio debe también haber sido idónea, lo que implica que el medio de impugnación empleado no haya sido abiertamente improcedente de conformidad a la ley, como ocurriría, por ejemplo, si se apelara una resolución inapelable”. Horvitz y López, Ob. Cit. Tomo II, pp. 433 y 444.

³⁵ SCS Rol N° 5.898-2008.

³⁶ SCS Rol N° 7.912-2012

Penal), el mecanismo será la solicitud de nulidad procesal u objeción de la actuación judicial que sobrepase dicho límite legal, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema en las SSCS Rol N° 4.164-2009 y Rol N° 6.165-2009. O la nulidad procesal, cuando se autorice prueba nueva de cargo fuera de las hipótesis legales previstas en el artículo 336 del CPP, como sucedió en los autos sobre recurso de nulidad Rol N° 1.844-2012.

En otra decisión declaró expresamente:

“Que para el rechazo de este nuevo planteamiento basta decir que, del mérito de los antecedentes aportados, no puede *saberse en forma indubitada que las alteraciones de orden procesal señaladas por el recurrente* y que constituyen el vicio que denuncia, hayan sido objeto de algún reclamo por parte del acusado, cuestión que gravita negativamente en el éxito de este arbitrio a la luz de lo que al efecto dispone el artículo 377 del Código Procesal Penal (...) Como corolario de lo anterior, este manifiesto defecto formal obsta a cualquier pronunciamiento sobre la materia de fondo, deficiencia sustancial que impide a este tribunal disponer la nulidad del juicio y de la sentencia en contra de la cual se recurre, toda vez que la petición de anulación se sustenta en una alegación nueva que no puede ser atendida”³⁷.

• **SCS ROL N° 19.008-17, 11.07.2017**

“OCTAVO: Que esa primera y principal causal de nulidad no será acogida, en un primer orden de razones, por no haberse cumplido con la debida preparación exigida en el artículo 377 del Estatuto Procesal Penal, norma que prescribe que si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regule el procedimiento -como en la especie-, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto. En el caso de autos se protesta por diversas actuaciones de Carabineros y la Fiscalía que habrían llevado a que el acusado M.O.R prestara una declaración ante funcionarios de ambas instituciones sin respetarse las exigencias que la ley prevé para que se concretara de manera válida, sin embargo, tal deposición se efectuó el 14 de mayo de 2016, es decir, el mismo día del segundo hecho denunciado que establece la sentencia y, sin embargo, no se reclamó de las actuaciones de los agentes estatales que habrían rodeado y, supuestamente, viciado la misma, sino hasta el juicio oral, omitiendo

³⁷ SCS Rol N° 6.742-2009.

por ende impugnarla en la audiencia de preparación de juicio oral -asunto no desconocido por el recurrente y, por lo demás, demostrado con la prueba de audio correspondiente a esa audiencia incorporada ante esta Corte por una de las querellantes-, instancia central y especialmente prevista en nuestro ordenamiento adjetivo en el artículo 276 para tratar los asuntos relativos a la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, inactividad procesal con la cual no puede tenerse por satisfecho el extremo ya reseñado previsto en el citado artículo 377. En el mismo orden esta Corte ha señalado antes que “la oportunidad procesal para reclamar la exclusión de pruebas por haberse obtenido con inobservancia de garantías constitucionales es, por esencia, la audiencia de preparación del juicio oral ... Que, en consecuencia, al no haber impetrado la defensa recurso alguno en la audiencia de preparación de juicio destinado a cuestionar la ilegalidad de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público para acreditar su acusación, no se cumple el requisito de preparación que impone el artículo 377 del código en comento” (SCS Rol N° 5132- 2011 de 18 de julio de 2011)”.

2. La sanción de nulidad en el caso de acogerse el recurso por la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal

El acogimiento del recurso de nulidad, por regla general, generará la invalidez del juicio y de la sentencia emanada de él, a consecuencia de lo cual se producirá un reenvío o mandato de realización de un nuevo juicio. La regla general es que el tribunal *ad quem* ejerza una función puramente negativa, como señala Cortez: “Limitada a la declaración de invalidación y, para los efectos del fallo, utilice el mecanismo del reenvío”³⁸.

No obstante estar el reenvío acotado a la nulidad del juicio y de la sentencia, la Corte Suprema ha extendido los efectos anulatorios para otorgar una reparación efectiva al recurrente o para evitar que en el nuevo juzgamiento se incurra nuevamente en el vicio o defecto sancionado. La doctrina de la Corte Suprema en esta materia es muy importante, porque elimina el peligro que el tribunal del reenvío incurra nuevamente en la infracción de garantías que motivó la anulación. En efecto, la competencia del tribunal inferior “es amplia al momento de desarrollarse el nuevo juicio. Puede analizar nuevamente los hechos y el derecho y puede realizar una calificación jurídica diversa de la que hizo en el primer juicio oral (el que fue anulado) y de la que eventualmente pudiera haber hecho el tribunal

³⁸ Cortez M., Gonzalo, El Recurso de Nulidad, doctrina y jurisprudencia, Lexis Nexis, 2006, p. 398.

que declaró la nulidad [...]” Es por ello que resulta del todo deseable “que los tribunales de nulidad actúen con mayor precisión en este punto y que en la respectiva sentencia de reenvío indiquen exactamente los efectos de la nulidad que han declarado [...]”³⁹.

Podemos observar que la Corte Suprema en reiteradas ocasiones ha indicado en sus fallos – en que ha acogido el recurso de nulidad por la causal del artículo 373-a) del Código Procesal Penal – la necesidad de realizar un nuevo juicio, debiendo además excluir toda aquella evidencia que fue obtenida con infracción a las garantías constitucionales del imputado.

Así, ha resuelto de la siguiente manera:

“Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración del fallo y del juicio que le precedió (...)”⁴⁰

Por otro lado, como se verá, al estar los efectos anulatorios determinados por la ley y el petitorio del recurrente, cuando el tribunal *ad quem* dispone determinados efectos que desbordan ese margen de competencia, la Corte ha estimado que ello configura una falta o abuso grave.

2.1. Extensión de la nulidad en caso de acogerse el recurso por la causal del artículo 373-a) del Código Procesal Penal

En el recurso de nulidad, la declaración de nulidad del acto viciado (juicio y sentencia) puede conllevar, además, a la ineficacia procesal de los actos consecutivos que de él

³⁹ Marín G., Juan Carlos, El recurso de nulidad en el Código procesal penal: el reenvío y la sentencia de reemplazo, en Doctrina Procesal Penal 2008, Informes en Derecho, Defensoría Penal Pública.

⁴⁰ SCS Rol N° 40.045-17, 13.11.2017, (considerando 9º). Ver también: SCS Rol N° 44.457-2017, 30.01.2018, (considerando 11º).

dependieren, lo que puede incluso provocar que el procedimiento se retrotraiga a etapas anteriores⁴¹. Luego, tratándose del recurso de nulidad, la ineficacia procesal no se agota con la declaración de nulidad del juicio y de la sentencia, pudiendo extenderse a actos procesales desarrollados en etapas anteriores hasta llegar al acto inicial viciado o hasta aquel momento en que se dio inicio a la afectación sustancial de garantías fundamentales”. Y no puede ser otro el efecto anulatorio, si se considera que el recurso de nulidad actúa en algunas ocasiones como una oportunidad procesal para la exclusión de prueba de cargo ilícita⁴², y en otras como un mecanismo reactivo para la protección de garantías lesionadas en etapas anteriores al juicio.

En los fallos que se citan a continuación, la Corte Suprema, junto con anular la sentencia impugnada y el juicio, excluyó prueba de cargo ilícita del auto de apertura (o del conocimiento del tribunal del nuevo juicio) o dispuso retrotraer el procedimiento a etapas anteriores al juicio oral. Cabe tener presente que en todos estos casos el recurrente le entregó competencia a la Corte para proceder en esta forma, es decir, en el recurso de nulidad se solicitó los efectos anulatorios en los términos ordenados finalmente en el fallo de nulidad.

a) Exclusión de prueba ilícita del auto de apertura (o del conocimiento del tribunal del nuevo juicio)

Al respecto, el profesor Hernández Basoalto ha señalado que si el juez de garantía no excluyó la prueba ilícita del juicio y el tribunal del juicio oral no omitió valorarla, de suerte que se ha servido finalmente de fundamento de la sentencia definitiva, la respuesta normativa es bastante clara: contra el auto de apertura del juicio oral no procede recurso alguno – como no sea la apelación por parte del Ministerio Público para el caso inverso, esto es, cuando se le ha excluido por ilicitud – pero esto se extiende expresamente “sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales” (art. 277 inciso final), regulación a propósito de la cual el legislador tuvo especialmente en cuenta las

⁴¹ Los primeros dos incisos del artículo 165 del Código Procesal Penal deben ser complementadas con las que regulan el recurso de nulidad. Así, el artículo 386 del Código Procesal Penal dispone que, junto con anular el juicio oral y la sentencia, el tribunal ad quem “determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento”.

⁴² La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, N°2, 2002, Universidad Alberto Hurtado, p. 93.

hipótesis en que el juez de garantía no excluye la prueba ilícita”⁴³.

· **SCS Rol N° 38.692-2017, 25.10.2017:**

“UNDÉCIMO: (...) se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba testimonial, pericial, documental ofrecida por el Ministerio Público, así como las especies incautadas y la prueba de campo y pesaje.”

· **SCS Rol N° 40.045-17, 13.11.2017:**

Dado que los jueces del fondo valoraron en el juicio y la sentencia antecedentes ilegales, entonces se materializó una infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y que la sentencia que se pronuncie sea el resultado de una investigación racional y justa; de manera que la Corte Suprema indica que tal “infracción (...) sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella (...)”

· **SCS Rol N° 44.457-2017, 30.01.2018:**

“(...) los jueces de fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, [por lo que] se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos (...), infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y que dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con

⁴³ Ver también: SCS Rol N° 2.346-2013 y Rol N° 2.866-2013. En todos estos casos la Corte, una vez establecida la inobservancia de garantías fundamentales, excluyó la prueba ilícita originaria y derivada, en forma temática o toda la fuente de prueba.

exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, (...)”⁴⁴.

· **SCS Rol N° 23.305-2018, 04.12.2018:**

“(…) cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo, omitiéndose en consecuencia pronunciamiento sobre las causales deducidas de manera subsidiaria⁴⁵.

· **SCS Rol N° 358-2018, 19.02.2018**

La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, ya que en vista de los hechos del caso se indica que no existió situación de flagrancia como fundamenta el Ministerio Público, respecto de la tenencia del arma de fuego que tenía el amparado en su domicilio. Ello se debe a que conforme a lo indicado por agentes de la PDI, cuando llegan al domicilio del amparado, por sospechas del delito de receptación de un camión, es este mismo el que les indica que tiene una escopeta, indicándoles el lugar donde se encontraba y comunicándoles que no tenía la documentación necesaria para su tenencia; frente a ello la Corte Suprema indica que ello no califica como una situación de flagrancia, sino más bien se trataría de un hallazgo casual, pero los agentes policiales no actuaron conforme a la ley, e incautaron el arma sin la correspondiente orden. Así las cosas, indica que debido a que los agentes policiales actuaron fuera del marco legal, todas las pruebas obtenidas en dichas actuaciones más las que de ellas derivaron, devienen en ilegales.

⁴⁴ Ver también: SCS Rol N° 40.572-2016, 16.08.2016; Rol N° 9307-2017; Rol N° 13.119-2017.

⁴⁵ Ver también: SCS Rol N° 40.572-2016, 16.08.2016; Rol N° 9307-2017; Rol N° 13.119-2017.

En virtud de estos hechos es que la Corte Suprema indicó en la sentencia en comentario que

“(…) no se verificó una situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, y por ende el procedimiento fue practicado fuera del marco legal y de las competencias propias de la institución, vulnerando el derecho del acusado a un procedimiento y una investigación racionales y justos que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en esa actuación resulta ser ilícita. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el contenido de las pesquisas, los documentos y pericias que hayan derivado de tal indagación. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación. En autos, que el juez debe excluir las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales.”

SCS Rol N° 45.530-2021, 18.02.2022

Corte Suprema acoge recurso de nulidad presentado por la Defensa por infracción al debido proceso al haberse realizado un allanamiento, registro y detención debido a una denuncia anónima que no se sustentó en la existencia de indicio alguno, invalida la sentencia y el juicio y ordena la realización de una nueva audiencia excluyendo la prueba presentada por el Ministerio Público. La Corte señala que, al proceder al ingreso y registro del inmueble en una forma no autorizada por la ley, la evidencia incautada constituye prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la evidencia que de ella deriva, esto es, no sólo la droga encontrada, sino que también las declaraciones de los funcionarios policiales. Finalmente, por no haberse constatado una situación de flagrancia o un indicio (de hecho, los funcionarios nada vieron) ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional, de modo que la evidencia recogida en el procedimiento resulta ser ilícita, al haber sido obtenida al margen de la ley.

b) Se retrotrae el procedimiento a la etapa intermedia

- **SCS Rol N° 2.925-2012:**

“(…) en consecuencia, se invalida la sentencia y se invalida, asimismo, el juicio oral simplificado que le sirvió de antecedente. Procédase por el juez no inhabilitado del tribunal a citar a audiencia para los efectos previstos en los artículos 249 y 250 del Código Procesal Penal”.

- **SCS Rol N° 4.909-2013:**

“(…) y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de comunicación de la decisión de no perseverar en el procedimiento por el Juez no inhabilitado que corresponda, excluyendo la posibilidad del querellante de forzar la acusación”.

- **SCS Rol N° 30.581-2020, 08.05.2020:**

“UNDÉCIMO: Que, la exigencia del debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental.

En este caso quedó de manifiesto que esos límites no se acataron, colocando a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus organismos auxiliares, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo que obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutive.

DUODÉCIMO: (...) se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, con exclusión de la prueba testimonial, pericial, documental y otros medios de prueba, contenidas en el auto de apertura de juicio oral.”

c) Se retrotrae el procedimiento a la etapa de investigación

SCS Rol N° 1.314-2010. 05.08.2010:

“(…) se invalida la sentencia así como el juicio oral que la motivó y todo lo obrado en este procedimiento, hasta la resolución por la cual se tuvo por formalizada la querrela criminal, única que se deja subsistente y que deberá ser completada, por juez no inhabilitado, con la orden que prevé el artículo 112 del Código Procesal Penal, en cuanto a remitir los antecedentes al Ministerio Público”.

d) Efectos anulatorios impropios

Por la vía del recurso de queja, la Corte Suprema ha procedido a invalidar efectos anulatorios impropios adoptados en la sentencia de nulidad dictada por una Corte de Apelaciones, estimando para ello que el tribunal *ad quem* incurre en falta o abuso grave cuando dispone efectos anulatorios no previstos en la ley o que no han sido solicitados por el recurrente.

e) Efecto anulatorio no solicitado por el recurrente

SCS Rol N° 6.029-2012:

“Que el artículo 360 del Código Procesal Penal dispone que el tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender los efectos de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en ese mismo precepto y en el artículo 379 inciso segundo, es decir, las actuaciones oficiosas que en estas materias se permite al tribunal que están acotadas a dos casos: por una parte, cuando sólo uno de varios imputados por el mismo delito entabla recurso de nulidad y obtiene una decisión favorable que también beneficia los demás; y cuando se acoge un recurso en favor del imputado por un motivo distinto del invocado, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374 del aludido código (...) Que con lo expuesto queda establecido que los jueces recurridos al dictar la sentencia(...) incurrieron en falta grave, pues contravinieron el claro tenor del artículo 360 del Código Procesal Penal al exceder los términos de lo pedido en el recurso y sus facultades, invalidando de forma oficiosa actuaciones carentes de vicio y privativas del Ministerio Público, a cuyo respecto la jurisdicción no ha podido inmiscuirse, todo lo cual conduce a este tribunal a acoger el recurso de queja deducido”.

f) Efecto anulatorio no previsto en la ley

SCS Rol N° 7.677-2012:

“Que como puede advertirse, la actuación de los recurridos excede las potestades relacionadas en el motivo segundo precedente, pues a consecuencia de la nulidad acordada por la concurrencia de un motivo absoluto de invalidación, la decisión no se ajustó a los términos pedidos por la recurrente ni a las prescripciones de los artículos 374 y 386 del Código Procesal Penal, que sólo hacían procedente en el evento constatado la nulidad del juicio y la sentencia, para efectos de realizarse uno nuevo ante el tribunal oral no inhabilitado correspondiente, sin embargo, extendiendo los términos del artículo 385 del referido código a una hipótesis no contemplada en él y apartándose de lo pedido por el impugnante, dictaron un improcedente fallo de reemplazo sobre la base de hechos diversos de los asentados en la sentencia impugnada como consecuencia de una valoración diversa de la prueba rendida (...) Que con lo expuesto queda establecido que los jueces recurridos, al dictar la sentencia de reemplazo de ocho de octubre del año en curso, cuya transcripción se acompaña de fojas 22 a 25 de este cuaderno, incurrieron en falta grave”.

3. El efecto parcial del fallo de nulidad

El tema del efecto parcial del fallo de nulidad tiene mucha relevancia en los procesos penales con pluralidad de sujetos pasivos (más de un acusado) u objetos procesales (más de un delito imputado). En estos casos, puede suceder que uno de los imputados sea absuelto o, en la otra hipótesis, que el único acusado sea absuelto por un delito, pero condenado por otros. Por razones obvias, la impugnación se dirigirá contra la decisión de condena, quedando indemne la parte absolutoria, ya que el tribunal *ad quem*, de acoger el recurso, dictará un fallo anulando el juicio y la sentencia de acuerdo a la pretensión recursiva del condenado exitoso, esto es, anulará solo la condena (que es el agravio) quedando en lo demás firme la sentencia (absolución de los otros acusados o del delito por el que fue absuelto).

El efecto parcial del fallo de nulidad tiene fundamentos normativos claros. En primer lugar, el inc. 2° del art. 360 del Código Procesal Penal contiene la regla que hace extensivos los efectos favorables del fallo a los imputados que, no obstante no haber impugnado la sentencia, también les pudiere aprovechar el recurso acogido, en la medida que los fundamentos de lo resuelto no sean exclusivamente personales del recurrente. Esta regla pone de manifiesto que el fallo de los recursos tendrá efectos relativos en el proceso al que

acceden, a menos que corresponda extender sus efectos favorables.

Luego, aplicando esta regla a la sentencia que acoge la nulidad del juicio y de la sentencia, se debe concluir que la nulidad no tendrá, necesariamente, efectos totales en el proceso si existe pluralidad imputados y sólo uno de ellos ha recurrido. En efecto, si uno de varios imputados ha obtenido la nulidad del juicio y de la sentencia y existen otros coimputados por el mismo hecho que han sido absueltos, los efectos del fallo del recurso no deberían extenderse a estos últimos, porque claramente el fallo les perjudica y no es ese el efecto buscado por la regla del art. 360, inc. 2º.

En segundo término, el inciso primero del mismo artículo, impone al *ad quem* un rol pasivo frente a la pretensión recursiva, en el sentido que sólo puede pronunciarse sobre el agravio que se invoca, pero no sobre eventuales errores de la resolución recurrida, ni presupuestos de validez del proceso o de la sentencia, a los que el recurrente no les atribuye la condición de perjudiciales. Por tanto, si son los recurrentes quienes provocan la competencia del tribunal que debe conocer y fallar el recurso y esa competencia queda limitada por el agravio manifestado, y respecto las absoluciones nadie ha manifestado agravio, no es aceptado por el sistema que sean afectadas por la nulidad.

De este modo, los hechos sobre los que recayó absolución no podrán ser objeto de un nuevo juzgamiento, salvo que la nulidad haya sido obtenida por el Ministerio Público o el querellante, quienes manifestaron agravio respecto de tales absoluciones.

En un comienzo el efecto parcial de la nulidad no fue reconocido por la Corte Suprema, acertadamente esta jurisprudencia fue abandonada, y actualmente el efecto relativo del fallo de nulidad es plenamente reconocido por la Corte:

SCS Rol N° 1.179-2013:

“(…) SE ANULA el juicio oral y la sentencia de cuatro de febrero del año en curso, agregada de fojas 27 a 98, pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Angol, sólo en cuanto al cargo por el delito de homicidio frustrado a Carabineros en acto de servicio como consecuencia de las lesiones que sufrió el Sargento 1º de Carabineros (…) y por el que se acusó a (…), y se repone el procedimiento al estado de celebrarse un nuevo juicio conforme a derecho únicamente en contra de los indicados acusados en relación a esos precisos hechos, hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, ante el tribunal oral competente y no inhabilitado que corresponda, declarándose que respecto de los otros cargos de la acusación, dicho juicio y sentencia son válidos, rechazándose los recursos

deducidos en su contra. II.- La decisión favorable adoptada no se extiende al condenado (...)”.

SCS Rol N° 19.008-17, 11.07.2017:

El Tribunal Oral en lo Penal, por dos votos contra uno, condena al recurrente a la pena de quinientos cuarenta días de reclusión menor en su grado mínimo, por su responsabilidad en calidad de autor de un delito de violación de morada violenta, en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 144 inciso 2° del CP. Luego, a la pena de doce años y ciento ochenta días de presidio mayor en su grado medio, por su responsabilidad en calidad de autor de un delito de femicidio, en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal, cometido en contexto violencia intrafamiliar; y a la pena de doce años y ciento ochenta días de presidio mayor en su grado medio, por su responsabilidad en calidad de autor de un delito de lesiones graves-gravísimas, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 397 N°1 del Código Penal, cometido en contexto violencia intrafamiliar.

La defensa levanta cuatro reclamos de nulidad, en lo principal, causal en relación al artículo 373-a), y en subsidio dos causales 374-e) y 373-b), todos del Código Procesal Penal.

La sala penal de la Corte Suprema acoge parcialmente el recurso de nulidad, anulando sólo la sentencia y resuelve que no habiéndose establecido en la forma requerida por el artículo 340 del Código Procesal Penal que el acusado obró con dolo directo al propinar los golpes en la cabeza a la víctima con trozos de concreto, no han podido estos hechos ser calificados como delito de femicidio frustrado como proponen las acusaciones, sino sólo como delito de lesiones simplemente graves consumadas, previsto y sancionado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal.

SCS Rol N°134.189-2020, 17.02.2021:

En este fallo la Corte Suprema acoge parcialmente recurso de nulidad deducido por defensa. De esta forma estima que no se constituye la causal de numeral 373 letra a), pero si sostiene la aplicación de la causal por errónea aplicación del derecho. Sostiene que el fallo recurrido yerra sobre la calificación del dolo como directo, cuando en realidad discurren sobre la base de dolo eventual, el cual es incompatible con las etapas de ejecución imperfecta del delito, por lo que decide recalificar el delito de homicidio simple frustrado al de lesiones graves gravísimas y respecto de la tentativa de homicidio, señala que no se logró acreditar dolo, por lo que se debió absolver por ello, subsumiendo los hechos en el delito de daños simples. De esta forma se difiere de la opinión del TOP de Viña del Mar, en donde se condenó al acusado J.M.C a a sufrir una pena de cinco años y un día de presidio mayor

en su grado mínimo, más accesorias legales, por su responsabilidad como autor del delito de homicidio simple, en grado de frustrado, en la persona de L.A.V; a una sanción de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, por su participación en calidad de autor en el ilícito de homicidio simple, en desarrollo de tentativa, en perjuicio de D.M.M; y a un castigo de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, y accesorias legales, en su carácter de autor del delito de disparo injustificado de arma de fuego, ilícitos todos acaecido en la ciudad de Viña del Mar, el día 10 de noviembre de 2019.

“En lo tocante al segundo de los ilícitos atribuidos, y como ya se dijo, al no haberse acreditado la existencia de una actuación dolosa o culposa atribuible al acusado, el mismo debió ser absuelto.

Así, la correcta aplicación de las normas antes estudiadas hubiese llevado a imponerle sólo una pena de presidio menor en su grado medio, como autor de los delitos de lesiones simplemente graves –respecto del primer hecho- y por el segundo ilícito que le fuere atribuido, la de reclusión menor en su grado mínimo, lo que pone en se evidencia el agravio causado al acusado con el yerro en comento, el que deberá ser enmendado acogiendo esta sección del recurso y dictando la correspondiente sentencia de reemplazo en los términos ya adelantados”.

C. El objeto del recurso de nulidad

El objeto del recurso de nulidad depende de la causal. La Corte ha señalado que el objeto de la causal prevista en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, apunta a la cautela de un procedimiento e investigación racionales y justos (debido proceso): “Conforme a la discusión habida en el Senado respecto de la norma del artículo 373 letra a), el objetivo al que apunta esta causal sería la cautela del racional y justo procedimiento, lo que se lograría “mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule.” (Emilio Pfeffer U., Código Procesal Penal Anotado y Concordado. Editorial Jurídica, 2001, pág. 369).

La misma identificación entre el concepto de infracción sustancial de derechos o garantías ocurrido en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, por una parte, y garantía del debido proceso, por la otra, ha manifestado buena parte de la doctrina nacional. (María Inés Horvitz-Julián López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno,

T.II, Editorial Jurídica 2004, pág. 412)”⁴⁶. También ha dicho que: “parece relevante el énfasis que la letra a) introduce en términos de reiterar como principal parámetro de control del procedimiento y del fallo el respeto por las garantías básicas contenidas en la Constitución y los Tratados Internacionales. Esta regla tuvo como sentido principal el de resaltar las garantías del debido proceso como el criterio fundamental de validez del proceso, lo que por otra parte constituye la columna vertebral del nuevo Código, que se expresa en otras instituciones como son el mandato general de control de garantías, dirigido a los jueces por medio del artículo 10, la regulación de las nulidades contenida en los artículos 159 y siguientes y la regla de exclusión probatoria del artículo 276”⁴⁷⁻⁴⁸.

En cuanto a la causal establecida en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal⁴⁹, la Corte Suprema estima que está referida únicamente a una errónea aplicación de la ley penal sustantiva, de modo que sólo puede dirigirse contra decisiones netamente de carácter *decisoria litis* relacionadas con las normas penales relativas a la calificación jurídica del ilícito y de la participación del responsable del mismo:

“Conforme con lo dicho resulta evidente que este motivo de nulidad sustancial quiso mantener la esencia del antiguo recurso de casación en el fondo en materia penal, reducido solo al reproche de la sentencia definitiva, que es ejercido en contra de decisiones netamente de carácter decisorio litis, relacionadas con las normas penales relativas a la calificación jurídica del ilícito y de la participación del responsable del mismo, por lo cual los

⁴⁶ SCS Rol N° 6.631-2007, (considerando 4°).

⁴⁷ SCS Rol N° 12.196-2011, (considerando 12°).

⁴⁸ Si bien es cierto que conforme a la historia de la ley el objeto de la causal sería “la cautela del racional y justo procedimiento”, en realidad lo que protege el recurso de nulidad conforme a lo expresado por el artículo 373 letra a) son todos los “derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”, lo que excede con mucho el marco del derecho al debido proceso. Ver Horvitz y López, Op. Cit., Tomo II, p. 412. En los mismos términos Cortez M. Ob. Cit., p. 148.

⁴⁹ No debe perderse de vista que la innovación esencial de esta causal, es que la infracción no debe ser solo una errada aplicación de la “ley”, como se decía tradicionalmente a propósito de la casación, sino que se extiende a la aplicación del “derecho”, lo que comprende a todas las demás fuentes del ordenamiento jurídico. Es decir, podrá fundarse un recurso de nulidad alegando que se ha producido una errónea aplicación de las normas constitucionales, en los principios generales del derecho, de normas contenidas en los tratados internacionales, en la equidad o principios de justicia y, en general, en cualquier otra fuente de preceptos jurídicos, permitiendo superar la identificación entre derecho y ley que traba de imponer el positivismo jurídico. Ver Cortez M., Gonzalo, Ob. Cit. p. 172. Un claro ejemplo de este giro es la SCS Rol N° 4.419-2013, en donde la Corte Suprema, entre otras razones, declaró la existencia de un error de derecho por la vulneración de una regla de soft law (art. 21.2 de las Reglas de Beijing).

errores de derecho por esta causal sólo se pueden determinar sobre la base de estas dos vertientes, descartándose la posibilidad de impugnación de aplicación errónea de la ley penal en aspectos ordenatorio litis como lo son generalmente las leyes procesales que determinan las reglas del enjuiciamiento criminal, incluyendo las relativas a la prueba, puesto que en el actual sistema con la libertad de probanza y de valoración que se permite, no es posible en el proceso penal considerar la existencia de las denominadas leyes reguladoras de la prueba, que en el sistema antiguo permitían la casación en el fondo por errónea aplicación del derecho en estos espacios prohibitivos probatorios que hoy, por el sistema actual se conducen a través de otras causales (...) De este modo, la invocación de normas procesales de carácter probatorio no es posible discutirla en cuanto a su debida aplicación por la impugnación invocada y por ello es que dicho capítulo en su integridad resulta impertinente y deriva en su necesario rechazo”⁵⁰.

En relación con esta misma causal, la Corte ha precisado que la errónea aplicación concurre cuando “existe una contravención formal del texto de la ley, es decir, cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente, el texto legal; cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y cuando existe una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica si el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resulta realmente pertinente su aplicación”⁵¹.

D. En la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal, la Corte Suprema puede hacerse cargo de algunos aspectos de la determinación de los hechos que se ha realizado en la sentencia

En la decisión de haberse infringido sustancialmente los derechos y garantías fundamentales durante el procedimiento o en la sentencia, la Corte Suprema ha resuelto que puede hacerse cargo de algunos aspectos de la determinación de los hechos que se ha realizado en la sentencia, es decir, que puede modificar los hechos establecidos por el *a quo*, lo que implica una ampliación notable de las habituales posibilidades de control en un recurso de derecho estricto⁵².

⁵⁰ SCS Rol N° 5.654-2012. Ver también: SSCS Rol N° 1.079-2013; Rol N° 2.263-2013; y Rol N° 21.408- 2014.

⁵¹ SCS Rol N° 7.913-2012.

⁵² Como se sabe, el control de la sentencia vía casación –clásico recurso de derecho- todas las decisiones, valoraciones y constataciones que son obtenidas de acuerdo con los principios de inmediación y oralidad, quedan excluidas de la jurisdicción casatoria.

“Además de esta clara diferencia de orientación que la causal de la letra a) introduce respecto de la casación tradicional, la formulación de esta norma cumple también en nuestra opinión la función de romper con el criterio tradicional de la casación, según el cual el control que ésta exige sobre el proceso y el fallo está en general limitado a los aspectos de derecho. En efecto al plantear la letra a) que el control recae sobre la infracción de garantías parece claro que la evaluación del tribunal superior de haberse o no dado cumplimiento a los derechos y garantías vigentes puede suponer hacerse cargo de algunos aspectos de la determinación de los hechos que se ha realizado en la sentencia” (Proceso Penal, Editorial Jurídica. 2007, págs. 516 a 518)”⁵³.

En consecuencia, en virtud de la prueba rendida en etapa recursiva, la Corte podría modificar los hechos establecidos por el *a quo* en la sentencia, como consecuencia de lograr la convicción de que sí existió una infracción sustancial de garantías fundamentales en el procedimiento o en el fallo condenatorio.

E. Falta de legitimación activa del Ministerio Público para alegar infracción de garantías constitucionales

Aun cuando cualquier interviniente agraviado puede recurrir en contra de una resolución judicial, en sus últimos fallos⁵⁴ la Corte ha resuelto que el Ministerio Público no se encuentra legitimado para recurrir de nulidad por infracción de garantías constitucionales⁵⁵. Las razones para negarle legitimación activa al Ministerio Público en esta materia son en síntesis las siguientes:

1. Las garantías a que se refiere el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal están establecidas en beneficio del imputado y no del ministerio público

“El debido proceso fue establecido por nuestros legisladores en términos amplios, desde

⁵³ SCS Rol N° 12.196-2012.

⁵⁴ SSCS Rol N° 5.654-2012 y Rol N° 6.831-2012.

⁵⁵ La Corte Suprema sistemáticamente le había reconocido legitimación activa al Ministerio Público, distinguiendo para ello la garantía del debido proceso –cuyo titular es el imputado- y la garantía de un procedimiento previo legalmente tramitado cuya infracción puede ser reclamada por cualquier interviniente. SCS Rol N° 1.300-2007. Ver también: Rol N° 3.003-2010; Rol N° 3556-2007; Rol N° 4.656-2005; Rol N° 4.805-2009; Rol N° 6.093-2005; Rol N° 5.869-2004.

que no era posible señalar un catálogo expreso y acotado que pudiera determinar de una sola vez y en forma permanente todas las garantías que dicho derecho debía comprender. Empero, entre otros cuerpos normativos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles dan una idea bastante clara de cuáles son los derechos y las garantías judiciales mínimas involucradas en el concepto, de cuya lectura aparece con meridiana claridad que han sido establecidas a favor del imputado de un delito y no del Estado en cuanto ejerce la potestad punitiva. (...) Esto es así tanto porque, en general, la naturaleza jurídica de esta clase de derechos determina que sus titulares sean las personas, cuanto porque en el proceso penal también cumplen la función de imponer límites a resultados de lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, lo que ciertamente no sería eficaz si desde ellos se atienden intereses jurídicos contrapuestos en permanente tensión, derecho subjetivo de defensa y potestad de persecución”⁵⁶.

2. El ministerio público como codetentador de la actividad punitiva del Estado, no le corresponde esgrimir la garantía del debido proceso

“De ahí deviene el hecho que esta Corte ha dicho ya en ocasiones previas, que dado que el Ministerio Público desarrolla con exclusividad la investigación penal y que tiene la facultad de ejercer y sustentar la acción penal pública, ocurre que el inculpado “está frente a un detentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza desbordarse frente a un imputado que aparece en posición de desigualdad y que debe, por ello, ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica, mediante la garantía de un procedimiento formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el fundamento básico para su defensa.” (SCS, 26.10.2005 Rol N° 4011-05) (...) Se ha sostenido también que el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil por otra parte de la potestad punitiva centralizada. (SCS 21.04.2005 Rol N° 5869-04 y SCS 11.08.2004 Rol N° 2600-04). (...) A consecuencia de lo que se viene analizando, es posible concluir que las garantías a que se refiere el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal están establecidas en beneficio del imputado y no del Ministerio Público ni del Estado querellante, de modo que éstos últimos no pueden recurrir de nulidad por esta causal, quedándoles a salvo naturalmente, las

⁵⁶ SCS Rol N° 5.654-2012, (considerando 10°).

restantes causales y medios de impugnación que establece el Código Procesal Penal”⁵⁷.

3. Los derechos fundamentales son atributos de los individuos frente al poder estatal

“(…) en palabras de Luigi Ferrajoli, “se trata de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”, (Derechos Fundamentales, en Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Editorial Trotta, p. 38); esto es, dicho de otro modo, son “atributos de los individuos frente al poder” (Eduardo Aldunate Lizana. Derechos Fundamentales, p.159). El mismo entendimiento lo sostiene Humberto Nogueira: “...los derechos esenciales son derechos que tienen a la persona como sujeto activo, y al Estado como sujeto pasivo, en la medida que reconocen y protegen ámbitos de libertad o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a los individuos” (Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Tomo I, p. 55). Todo lo anterior, es reconocido expresamente en el texto de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 1° señala: “El Estado está al servicio de la persona humana”⁵⁸.

● SCS Rol N° 358-2018, 19.02.2018

En este caso agentes policiales incautaron un arma de fuego en el domicilio de recurrente, sin una orden judicial para ello, indicando que estaban bajo las circunstancias de flagrancia, pero la Corte Suprema indica que ello no es así, porque el recurrente les comunica que tiene un arma de fuego, les indica donde se encuentra y que además no tiene la documentación necesaria para su tenencia.

La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que el proceder de los agentes policiales sin la orden judicial en la incautación del arma de fuego en el domicilio del recurrente provoca que se hayan transgredido garantías constitucionales del mismo. Así indica

“Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, incurrieron en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del encartado que aseguran su derecho a un

⁵⁷ SCS Rol N° 5.654-2012, (considerando 10°). En el mismo sentido: SCS Rol 40.961-2021 (considerando 3°).

⁵⁸ SCS Rol N° 5.654-2012, (considerando 11°).

debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, con la exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo”.

Ello es así por cuanto

“sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947).”.

II. CONTENIDO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

A través de la causal genérica del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal, se pretendió entregar al máximo tribunal la importante labor de dar protección y dotar de contenido a los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

La justificación que dio el legislador para atribuir competencia en estos casos al máximo tribunal fue la “necesidad de que la Corte Suprema no sólo continúe desarrollando, sino que robustezca su papel de fijar estándares jurídicos básicos, en una función que no sólo es de control, sino de carácter normativo, de la cual resulten ciertos criterios que apunten a la

uniforme aplicación del derecho⁵⁹. Esta competencia, obedece sin dudas al rol que juega el máximo tribunal en la definición de la extensión y alcances de las garantías individuales dentro de la sociedad chilena.

A. MOMENTO DESDE EL CUAL LAS GARANTÍAS Y DERECHOS PUEDEN HACERSE VALER

El artículo 7° del Código Procesal Penal determina el momento en que una persona adquiere la calidad de imputado, y desde ese momento hasta la completa ejecución de la sentencia, podrá hacer valer las facultades, derechos y garantías que la Constitución, el Código Procesal Penal y otras leyes reconocen al imputado. Señala al efecto:

Artículo 7º. **Calidad de imputado.** Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

De acuerdo con esta norma, la calidad de imputado la adquiere una persona desde el momento en que se le “atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”, entendiéndose por “primera actuación del procedimiento “cualquiera diligencia o gestión , sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible⁶⁰. Como se puede apreciar, la norma desformaliza el

⁵⁹ Emilio Pfeffer Urquiaga, citado por Horvitz y López, Ob. Cit., Tomo II, página 430.

⁶⁰ Se consignó en la historia de la ley lo siguiente: “En relación con el inciso 2°, se creyó útil estampar la idea de que el procedimiento incluye la etapa de investigación, y que puede iniciarse tanto por diligencias de investigación propiamente tales como por otras actuaciones. En efecto, aunque la investigación es informal por naturaleza, hay determinados hechos que obligan al ministerio público a formalizarla ante el juez de garantía, como la solicitud de medidas cautelares. Para obtener esa claridad, se acordó intercalar la idea de que, para este efecto, esto es, para que el imputado haga valer sus derechos, se entiende por primera actuación del procedimiento que se dirige en su contra cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie”. Citada en Pfeffer, Emilio, Ob. Cit., p. 39.

concepto de procedimiento penal y deja atrás ciertas posiciones de la doctrina nacional que asociaron, en el antiguo régimen procesal penal, el surgimiento de los derechos y facultades procesales del imputado a la adquisición de la calidad de parte o “procesado” del mismo derivada del auto de procesamiento. Entonces, el artículo 7° constituye una norma de garantía, porque el propósito del legislador fue ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito, desvinculándola de cualquier actuación formalizada de los órganos de persecución penal que pudiera obstaculizarla o impedirle, como hubiese sido, por ejemplo, esperar la formalización de la investigación para tener la calidad de imputado⁶¹.

En este contexto, la Corte Suprema ha declarado que no puede quedar entregada a una autoridad administrativa (policía) la determinación del atributo legal que se tiene en un momento determinado, definiendo por sí y ante sí, sin mayor control, si se le toma la declaración a una persona en calidad de testigo o imputado, con las diferencias jurídicas considerables que supone cada estatuto⁶²⁻⁶³.

B. GARANTÍAS PROCESALES

1. Debido Proceso

1.1. El contenido de Debido Proceso

La garantía del debido proceso se encuentra recogida en el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República en los siguientes términos:

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un

⁶¹ Véase Horvitz y López, Ob. Cit., Tomo I, páginas 223 y 224.

⁶² SCS Rol N° 3.849-2012. Ver también: SSCS Rol N° 9.758-09; Rol N° 28451-2014.

⁶³ En un fallo bastante discutible la Corte Suprema no reconoció la calidad de imputado al sentenciado en estos autos: “(...) la verdad es que cuando lo llevaron al Cuartel, no lo condujeron como sospechoso de homicidio, sino que efectivamente como testigo en una investigación por presunta desgracia. Luego, cuando en el transcurso de una entrevista asume una posición determinada y decide hablar de lo que ha hecho, sorprende también a los funcionarios con lo que asevera y en su primera frase ha confesado ya su delito” (SCS Rol N° 11.482-2013).

procedimiento y una investigación racionales y justos.⁶⁴

Así lo ha reconocido la Corte Suprema, cuando en el Rol N° 6.360-2013 indicó “Que sin lugar a dudas el fundamento de todo recurso procesal está en la garantía constitucional del debido proceso. En materia penal se traduce en el derecho a la defensa, contenido en los incisos 2° y 3° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (...)”.

El contenido del debido proceso se construye, además, con las garantías contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes⁶⁵.

La Corte Suprema ha desarrollado distintas acepciones de debido proceso, a saber:

a) Conjunto de garantías mínimas

La Corte Suprema ha definido el debido proceso como un conjunto de garantías mínimas establecidas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de derechos humanos:

“Es así que en torno a los aspectos que contempla el derecho a un debido proceso no hay pareceres discrepantes en cuanto lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (...)”⁶⁶.

En otro fallo ha indicado que,

“como ya ha sido resuelto en ocasiones anteriores, en las causas números de ingreso 4954-08, 1414-09 y, más recientemente, 4164-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza

⁶⁴ La fórmula constitucional nos habla de la mediatez de la respuesta estatal, que debe estar materializada en un procedimiento legal. En materia penal, el procedimiento legal está conformado por una serie de disposiciones del Código Procesal Penal destinadas a hacer efectivas las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, las que en su conjunto configuran un debido proceso.

⁶⁵ En la Convención Americana de Derechos Humanos la garantía del debido proceso se encuentra desarrollada en su artículo 8°. Lo propio hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.

⁶⁶ SCS Rol N° 3.521-2012 (considerando 4°). Ver también: SCS Rol N° 6.345-2007, (considerando 6°); Rol N° 6.742-2009, (considerando 7°); Rol N° 3.909-2009, (considerando 9°); Rol N° 8.042-2009, (considerando 9°); Rol N° 1.414-2009; Rol N° 990 -2010; Rol N° 3.682-3012.

jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

“En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa.”⁶⁷

Luego, podemos observar que la Corte Suprema mantiene el respeto por la garantía del debido proceso cuando indica que “(...) es preciso señalar que esta Corte ha sostenido consistentemente, en torno al debido proceso, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República en el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19, N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone,

⁶⁷ SCS Rol N° 6.165-2009, 04.11.2009, (considerando 9°).

se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas. Así, el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales no forman parte de aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, pues configuran condiciones de legitimidad del proceso penal.”⁶⁸

Más recientemente, la Corte Suprema ha entendido el debido proceso como:

“un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas”⁶⁹

“CUARTO: En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso no hay discrepancias en aceptar que lo constituye, a lo menos, un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que

⁶⁸ SCS Rol N° 47.605-2016, 04.08.2016, (considerando 3°). Ver también: SSCS Rol N° 6.902-2012, 06.11.2012; Rol N° 2.747-13, 24.06.2013; Rol N° 6.250-2014, 07.05.2014.

⁶⁹ SCS Rol N° 33.771-2017, 03.08.2017, (considerando 4°). Ver también: SCS Rol N° 990-2010, 03.05.2010, (considerando 7°); Rol N° 999-2015, 03.03.2015, (considerando 5°); Rol N° 6.676-2015, 25.06.2015, (considerando 5°); Rol N° 37.213-2017, 11.10.2017, (considerando 4°); Rol N° 34.418-2017, 29.09.2017, (considerando 4°).

puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten sentencias motivadas, etcétera.

Así, la necesidad de resguardar la igualdad de las partes, garantía fundamental al interior del proceso penal, se traduce en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, infringiéndose este derecho cuando una de las partes queda situada en una posición de desigualdad o impedida del ejercicio efectivo de sus prerrogativas, siendo deber del juzgador velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el imputado y la parte acusadora, representada por el fiscal o el querellante particular, durante las fases de desarrollo del juicio oral”.⁷⁰

b) Garantía del imputado

En otros fallos ha conceptualizado el debido proceso como una garantía del imputado, así la Corte Suprema ha indicado:

“(…) las garantías a que se refiere el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal están establecidas en beneficio del imputado y no del Ministerio Público ni del Estado querellante, de modo de que estos últimos no pueden recurrir de nulidad por esta causal, quedándoles a salvo naturalmente, las restantes causales y medios de impugnación que establece el CPP”⁷¹, así también en otro fallo ha establecido, “En efecto, el carácter tutelar del proceso no sólo asegura a la persona a quien se le desconoce un derecho a fin que le sea reconocido, sino que, además, y para lo que nos interesa, si el Estado o un particular pretenden que se ejerza la potestad punitiva cuando se le imputa la comisión de un delito, asegura que la pena sea impuesta a través de un proceso que reúna las mínimas condiciones que autoricen al Estado para castigar”⁷².

Complementando esta idea, la Corte ha señalado que “(…) el origen de la garantía procesal señalada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental se encuentra en el derecho anglosajón, de donde fue tomado por nuestros legisladores, sistema en el cual, efectivamente, el *due process of law* no está concebido para el Estado en cuanto ejerce el

⁷⁰ SCS Rol N° 112.393-2020

⁷¹ SCS Rol N° 6831-2012.

⁷² SCS Rol N° 5.898-2008, (considerando 23°). Ver también: SCS Rol N° 6.764-2007, (considerando 7°); Rol N° 7.351-2009, (considerando 7°).

poder punitivo, sino para el imputado que es el sujeto pasivo de ese poder y con el claro objetivo de frenar los excesos propios que se advirtieron durante muchos años en que el proceso fue empleado como un mero argumento de forma, más que como el desarrollo de un conjunto de etapas en que el acusado tuviera oportunidades mínimas de ejercer su defensa (...) El debido proceso fue establecido por nuestros legisladores en términos amplios, desde que no era posible señalar un catálogo expreso y acotado que pudiera determinar de una sola vez y en forma permanente todas las garantías que dicho derecho debía comprender. Empero, entre otros cuerpos normativos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles dan una idea bastante clara de cuáles son los derechos y las garantías judiciales mínimas involucradas en el concepto, de cuya lectura aparece con meridiana claridad que han sido establecidas a favor del imputado de un delito y no del Estado en cuanto ejerce la potestad punitiva.⁷³”

c) Legalidad de los actos del procedimiento

El debido proceso garantiza la legalidad de los actos del procedimiento, por ello la Corte Suprema ha indicado que “(...) el Ministerio Público desarrolla con exclusividad la investigación penal y que tiene la facultad de ejercer y sustentar la acción penal pública, ocurre que el inculcado “está frente a un co-detentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza desbordarse frente a un imputado que aparece en posición de desigualdad y que debe, por ello, ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica, mediante la garantía de un procedimiento formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el fundamento básico para su defensa.” (SCS, 26.10.2005 Rol N° 4011-05)⁷⁴.

En un reciente fallo – rol N° 358-2018⁷⁵ – la Corte Suprema ha indicado que “(...)cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, incurrieron en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del encartado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad

⁷³ SCS Rol N° 5.654-2012, (considerando 10°).

⁷⁴ SCS Rol N° 5654-2012, 10.10.2012 (considerando 10°).

⁷⁵ SCS Rol N° 358-2018, 19.02.2018 (considerando 8°).

actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, con la exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella (...)

d) Principios de contradicción e igualdad de posiciones

Asimismo, la Corte considera que el *debido proceso* se nutre fundamentalmente de dos principios, el de *contradicción* e *igualdad de posiciones*, sin los cuales un proceso no puede detentar tal calidad de justo y racional:

“La doctrina nacional y extranjera concuerdan en que el catálogo de garantías mínimas para que exista “un proceso racional y justo” incluye las de que siempre exista un procedimiento que ostente la existencia de un contradictor y de que las partes en el juicio tienen derecho a un trato en igualdad de condiciones. (Diego Hauva Gröne, “El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos tratados internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código”, Revista Procesal Penal Nro. 5, págs. 13 y s.s.)”⁷⁶.

Agrega la Corte en un fallo más reciente:

“Así, la necesidad de resguardar la igualdad de las partes, garantía fundamental al interior del proceso penal, se traduce en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, infringiéndose este derecho cuando una de las partes queda situada en una posición de desigualdad o impedida del ejercicio efectivo de sus prerrogativas, siendo deber del juzgador velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el imputado y la parte acusadora, representada por el fiscal o el querellante particular, durante las fases de desarrollo del juicio oral.”⁷⁷

Sobre el principio de contradicción la Corte ha precisado sus dimensiones:

“Tal derecho a defensa parte por el de a ser oído y a intervenir en el juicio, pues es

⁷⁶ SCS Rol N° 3.795-2006, (considerando 12°). Ver también: SCS Rol N° 2.925-2012, (considerando 7°); Rol N° 4.001-2010, (considerando 17°)..

⁷⁷ SCS Rol N° 5851-2015, (considerando 5°).

interesado en los resultados del mismo y puede intervenir en la decisión jurisdiccional que podrá afectar algunos de los bienes jurídicos que tiene, entre ellos su libertad personal, su patrimonio. Asimismo, implica el derecho de contradecir las alegaciones del demandante o acusador, a formular sus propias alegaciones destinadas a desvirtuar los cargos formulados en la acusación, a presentar sus pruebas, y a tener un defensor técnico y jurídico? (Derechos Fundamentales y garantías constitucionales Tomo 2, Pág.300, Humberto Nogueira Alcalá) (...) Este derecho a contradecir alegaciones y formular las propias, junto a la acreditación de lo reclamado, constituye una expresión de los principios de contradicción y audiencia bilateral, propios de nuestro nuevo sistema procesal penal. La restricción a ese derecho por parte de un tribunal, deviene necesariamente en una falta flagrante y grave de su deber de tutela jurisdiccional y una abierta violación al derecho a defensa”⁷⁸.

En cuanto al *principio de igualdad de posiciones*, la Corte ha referido:

“Que la igualdad de las partes es una garantía que debe proyectarse al interior del proceso penal, traduciéndose en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estamos ante una infracción de esta naturaleza cuando se sitúa a las partes a una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva del principio de contradicción (...)”⁷⁹.

Ambos principios, han sido desarrollados ampliamente por la Corte Suprema en relación con las garantías del derecho de defensa e imparcialidad del tribunal. En cuanto al derecho de defensa, a propósito del control de la prueba de cargo, la Corte ha dicho:

“Que, en el principio de contradicción se ha incluido, tradicionalmente, el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la ejecución penal”⁸⁰.

Y en su conexión con la imparcialidad del tribunal ha indicado:

“Que las dudas del tribunal oral deben ser satisfechas por las partes, en este proceso, fiscal

⁷⁸ SCS Rol N° 4.954-2008, (considerando 7°).

⁷⁹ SCS Rol N° 4.164-2009, (considerandos 16° y 17°)..

⁸⁰ SCS Rol N° 3.795-2006, considerando 13°. Ver también: SCS Rol N° 2.925-2012, (considerando 8°).

y/o querellante en su caso, y defensor. Ellos deben poner en conocimiento de los jueces todos sus argumentos y plantear los hechos de forma acabada y suficiente para que queden bien informados sobre aquello que ha sido sometido a su conocimiento, de suerte que de subsistir cualquier dificultad o de haberse verificado alguna inexactitud, el tribunal pregunta a los mismos comparecientes en la audiencia, sobre lo que le ha resultado oscuro o desconocido (...) Esta fórmula de llevar adelante la audiencia, es una manifestación del principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal y que constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria (...) En este entendido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y/o de la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad”⁸¹.

En relación a los juicios realizados de manera remota, en un fallo de abril de 2021, la Corte Suprema acogió recurso de nulidad deducido por la defensa que sostiene una infracción al debido proceso, producto de rendirse prueba testimonial en juicio oral realizado mediante plataforma de video conferencia en contradicción a la normativa consagrada en el CPP, específicamente por haberse prestado el atestado de la víctima en compañía de tercero quien además le facilita información precisa para su declaración, vulneración que se expresa en que testimonio no fue anulado, sino que valorado por el tribunal a quo.

La Corte considera que dicha circunstancia atenta contra el principio de contradicción y el principio de igualdad de las partes, que forman parte del debido proceso, debido principalmente a que afecta la facultad de la defensa para controlar la calidad de la prueba de cargo del adversario poniéndolo en una situación de desventaja frente al ente persecutor, en el sentido que las disposiciones relativas a la prueba testimonial son materialización de tales principios. Señala que según el régimen jurídico de excepción establecido en el contexto de la pandemia del Covid-19, específicamente el artículo 10 de la Ley N°21.226, le corresponde al tribunal que proceda de forma remota tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías

⁸¹ SCS Rol N° 4.164-2009, (considerando 14°).

judiciales del proceso, contempladas en la CPR y en los Tratados Internacionales, por lo que al no sólo rechazar el incidente de nulidad promovido por la defensa sino que valorar el testimonio prestado bajo dichas condiciones contrarias a la ley, el tribunal vulneró la garantía constitucional del imputado de ser juzgado bajo un debido proceso.⁸²

1.2. El Debido Proceso en los Procedimientos Especiales

a) Proceso penal contra adolescentes

La Corte ha expresado en forma contundente que la garantía del debido proceso se encuentra reforzada en los procesos penales contra adolescentes. En este sentido, la Ley N° 20.084 ha venido a establecer un régimen jurídico especial para el juzgamiento de adolescentes por infracciones a la ley penal:

“Que por tanto, la Ley N° 20.084 viene a consagrar una categoría más sofisticada que un mero cúmulo de preceptos reunidos en un mismo texto y que aborda una materia común, sino que se eleva como un nuevo conjunto de reglas y principios estructurados y enlazados entre sí por valores, fines y una lógica inspiradora sustancialmente diversa a la que informa el sistema penal de adultos⁸³”.

“1°) Que, la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus

⁸² SCS Rol N°122.148-2020

⁸³ SCS Rol N° 4.419-2013.

derechos.”⁸⁴

A propósito del artículo 31 de la Ley N° 20.084, la Corte reconoce que las competencias de un joven para evaluar su situación procesal y tomar decisiones acerca de cómo comportarse en un proceso son menores que las de un adulto y ello supone que el Estado deba preocuparse especialmente de dotarlo de información y asesoría permanente en la toma de decisiones en el proceso que puedan afectarlo decisivamente:

“Que, la actuación policial reseñada precedentemente, contraría abiertamente la norma del artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, cuerpo normativo que por su especialidad contempla más que reglas, principios que tienden a resguardar en mayor medida a aquellas personas que por su grado de desarrollo personal o de madurez, no están igualmente capacitados que los adultos para tomar decisiones con libertad y por ende para comprender las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a una persecución penal por parte del aparato estatal”⁸⁵.

Asimismo, la Corte ha expresado que aun cuando existen cuestiones que no han sido abordadas explícitamente por la Ley N° 20.084, queda obligado el intérprete a una lectura diferenciada de las reglas supletorias aplicables a los adultos, y evitar el uso de normas que sean asistemáticas para el régimen jurídico especial establecido para el juzgamiento de los adolescentes:

“Sólo en aquello que suplan una carencia del sistema de responsabilidad penal adolescente establecido en la Ley N° 20.084, o lo complementen, para lo cual necesariamente el precepto extraño en el que se busca auxilio, deberá reforzar, servir y vitalizar el sistema de responsabilidad penal adolescente creado por dicho cuerpo normativo, descartando naturalmente toda norma que contraría no sólo su texto, sino también, conforme al inciso 2° del artículo 2° de La Ley N° 20.084, los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores, en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes (...) Tal ejercicio hermenéutico podrá llevar a decidir que determinadas instituciones, pese a no ser expresamente desarrolladas ni proscritas por la Ley N° 20.084, no pueden integrar el sistema que ella consagra, sencillamente porque éste no tiene las carencias o vacíos en el aspecto que gobierna ese instituto, en pocas palabras, la norma

⁸⁴ SCS Rol N° 132.178-2020; ver también VEC Ministros Sres. Künsemüller y Brito SCS Rol N° 119.102-2020.

⁸⁵ SCS Rol N° 6.305-2010.

dubitada le es asistemática”⁸⁶.

SCS Rol N°65.446-2022, 19.01.2022

Antecedentes: Corte suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa de adolescente en contra del fallo del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago impuso a un adolescente la sanción accesoria del artículo 17 letra a) de la Ley N°19.970, esto es, la medida de registro de huella genética. Sostiene el fallo (7) que dicho cuerpo normativo es anterior a la Ley 20.084 sobre RPA, no siendo aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes. La Corte señala que, los menores de 18 años no pueden ser objeto de sanciones penales (11), sino que de aquellas especiales que fija la Ley N°20.084, las que se establecieron en aras del interés superior del niño. Asimismo, dispone que se le está imponiendo una medida que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, afecta su reinserción futura. Finalmente, señala que no corresponde ingresar la huella genética y que sólo se le pueden imponer medidas o sanciones en el contexto de la Ley 20.084.

“**SÉPTIMO:** Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, cuerpo normativo que es anterior a la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente, no siendo aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes.

En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante la sanción que se impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente. En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores, en circunstancias que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor y toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría.

Así, por lo demás, lo ha sostenido este Tribunal, entre otros, en los fallos Roles N° 4.760-2012, de 31 de julio de 2012 y N° 11.461-2021, de 17 de febrero de 2021.

OCTAVO: Que, como puede advertirse, la Ley N° 19.970 habla de “Registro de Condenados”, de tal manera que al incorporar las huellas genéticas de determinada persona en tal sistema, ella debe

⁸⁶ SCS Rol N° 4.419-2013.

tener la calidad de condenado o sancionado. Por ende, la conclusión que puede extraerse es que, además de estar condenada la persona a una sanción obviamente principal, la inclusión misma viene a ser una especie de pena accesoria, con la grave circunstancia adicional de que ella le perseguirá de por vida, con la repercusión inevitable que esta clase de registros y otros de similar naturaleza que existen en el sistema legal provocan, que pudiera ser incluso más dañino que el propio prontuario penal o el registro de condenas, ya que la ley dispone que la eliminación de los antecedentes del prontuario penal no implicará la eliminación de la huella genética a que se refiere la Ley Nº 19.970. Es decir, según la ley, aquel puede eliminarse, más ésta última no.

NOVENO: Que, establecido que la incorporación en el registro de la Ley Nº 19.970 constituye una suerte de sanción accesoria, que perseguirá a quien sea incluido en él de por vida y, en el caso de un menor adolescente, producirá efectos no sólo cuando mantenga dicha calidad, sino que incluso cuando alcance la mayoría de edad, hay que concluir que se trata de una medida que se encuentra al margen de los principios inspiradores de la Ley Nº 20.084, relativa a la Responsabilidad Penal de los Adolescentes.

DÉCIMO: Que, en el caso de la especie resulta pertinente también traer a colación que el Título I de la Ley Nº 20.084, llamado *“Consecuencias de la declaración de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la Ley Penal”*, en su párrafo 1º trata *“De las sanciones en general”*, disponiendo en su artículo 6º acerca de las sanciones, señalando que en sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes allí taxativamente enumeradas. Posteriormente se explyó la ley sobre los diferentes tipos de castigos, entre los cuales no se menciona la obtención de huella genética; en tanto que por el artículo 7º, referido a la sanción accesoria, en la que se faculta al juez a establecer, en caso de ser necesario, el sometimiento a tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol, entre las cuales tampoco figura dicha medida.

UNDÉCIMO: Que, la medida reclamada, que se ha impuesto por la sentencia que con justa razón se ha impugnado, se encuentra al margen de la ley, ya que como se ha manifestado, los menores de dieciocho años de edad no pueden ser objeto de sanciones penales, sino que de aquellas especiales que fija la Ley Nº 20.084, las que se establecieron en aras del interés superior del adolescente y no para perjudicarles.

Dicha sanción aplicada en el presente caso es ilegal además porque no aparece en el catálogo de la Ley Nº 20.084, ni tampoco ella se ha remitido a la primeramente mencionada. Por su parte, la Ley Nº 19.970 es muy anterior a la que se acaba de señalar, de manera que no podría haber estado en la mente del legislador hacerla aplicable a los menores infractores de ley. Al revés, no estuvo en el interés del legislador de la Ley Nº 20.084 esta medida, pues de otro modo no habrían dejado tan delicado asunto en manos del intérprete judicial, sino que se habría incluido en forma expresa en ella.

En el mismo sentido, la imposición a un adolescente de una sanción que no se encuentra prevista en la legislación especial, vulnera los principios generales contenidos en las Reglas Mínimas de las

Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocida como Reglas de Beijing, en particular el de mínima intervención, consagrado en el numeral 1.3, además del objetivo de justicia de menores que regula su N° 5.1, en cuanto *“El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito”*.

DUODÉCIMO: Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente acusado, luego de haber sido sentenciado, la obligación de tomarle muestras biológicas para ser incorporadas al registro respectivo, importa una afectación de sus derechos de adolescente, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso”.

b) Procedimiento por delito de acción privada

Tratándose del procedimiento de acción penal privada, la Suprema asume que el *debido proceso* tiene un contenido neutral, de modo que la garantía debe ser asignada indistintamente al querellante e imputado:

“En torno a los aspectos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituye la facultad de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De este modo, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente, privar a uno de los litigantes de la potestad de presentar y obtener la posibilidad de comprobar sus pretensiones”⁸⁷.

No obstante, la Corte ha señalado que en el procedimiento de acción penal privada al querellante se le ha impuesto la misma carga que pesa sobre el acusador fiscal, en cuanto al señalamiento de los medios de prueba en la querrela:

“Que conviene traer a colación el sentido y alcance de las expresiones ofrecer y señalar, utilizadas por el legislador en los preceptos legales ya citados. Ofrecer es sinónimo de comprometerse alguien a dar, hacer o decir algo, presentar y dar voluntariamente algo, manifestar y poner patente algo para que todos lo vean; a su turno, señalar es poner o

⁸⁷ SCS Rol N° 380-2009.

estampar señal en una cosa para darla a conocer o distinguirla de otra, o para acordarse después de algo, llamar la atención hacia alguien o algo, designándolo con la mano o de otro modo, nombrar o determinar persona, día, hora, lugar o cosa para algún fin. (...) En consecuencia, el empleo de los verbos ofrecer y señalar, contenidos en los mencionados artículos 261 y 259, respectivamente, evidencia sin lugar a dudas, el deber de determinar o singularizar, en todos sus detalles, los medios específicos de los que pretende servirse el querellante en la audiencia de juicio, cuya “oferta” se materializa junto con la querella, para ser efectivamente rendida en un acto posterior”⁸⁸.

Sobre este mismo tópico la Corte ha resuelto: “Que es efectivo que este procedimiento especial no está sujeto al rigor que exige el juicio ordinario, pero la brevedad y simpleza del mismo no puede provocar al imputado un estado de indefensión, al privarle del derecho a conocer con la debida antelación no sólo los términos de la imputación, sino los medios con los que se la pretende probar; a fin de no generar esa situación, que alteraría el indispensable equilibrio entre los intervinientes; la interpretación armónica de las disposiciones en juego, determina que la querella debe contener una singularización mínima de las probanzas de que se servirá su titular, punto éste que no deja de tener relevancia, ya que esa información, que debe ser puesta en conocimiento del imputado por el Juez de Garantía, como lo prescribe el artículo 394 del Código Procesal Penal, constituirá sin duda un elemento decisorio para admitir o no su responsabilidad”⁸⁹.

c) Procedimiento simplificado

Normalmente los códigos procesales estructuran un modelo de procedimiento común u ordinario, aplicable a la gran mayoría de casos. Sin embargo, en las legislaciones se encuentran también procedimientos especiales vinculados con la idea de simplificación del proceso. En general, las legislaciones del derecho comparado contemplan procedimientos especiales y sumarios para enjuiciar los delitos bagatelarios o de menor entidad (por ejemplo, el procedimiento por órdenes penales del sistema de justicia criminal alemán, *Strafberfehlsverfahren*; o el *procedimento per decreto* italiano). Se trata de la introducción de mecanismos de celeridad y simplificación al procedimiento en atención a la ausencia de gravedad de los hechos imputados.⁹⁰

⁸⁸ SCS Rol N° 2.249-2010, (considerando 7°).

⁸⁹ SCS Rol N° 8.042-2009, (considerando 17°).

⁹⁰ Horvitz. y López M., Ob. Cit., Tomo II, p. 459.

En consecuencia, la existencia de procedimientos simplificados pareciera inevitable ante la gran cantidad de delitos de bagatela que debe enfrentar cualquier sistema de justicia criminal hoy en día, ya que su enjuiciamiento en todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario resulta imposible. Al respecto, señala Roxin “Un procedimiento sumario es indispensable; en vista a la gran cantidad de delitos de bagatela (...) no se tendría el tiempo absolutamente necesario para el esclarecimiento diligente de los delitos más complicados y de mayor gravedad”⁹¹.

Algunas de las principales significaciones de esta respuesta particular son: (i) La simplificación del procedimiento de investigación. Algunos códigos, incluso, llegan a modificar totalmente el sistema de investigación en estos casos; (ii) Tribunal unipersonal. Aquellos sistemas que juzgan mediante tribunales colegiados, suelen dejar que los casos de menor gravedad sean juzgados por tribunales integrados por un solo juez; (iii) Simplificación de los trámites. Así, por ejemplo, la realización del juicio oral se rige por normas simplificadas, incluso se permite la admisión de los hechos por parte del imputado lo que torna innecesaria la realización del juicio⁹².

La Corte le ha restado cierta eficacia a la garantía de *debido proceso* en este procedimiento por su brevedad y simpleza. Como consecuencia, algunas formas procesales dispuestas para asegurar el derecho de defensa no han sido reconocidas en toda su plenitud. Por ejemplo, la Corte ha resuelto que la ley no exige que se expresen determinadamente en el requerimiento los medios de prueba que se harán valer en el juicio:

“Que, esta interpretación del artículo 389 del Código, que dispone que las normas del Libro Segundo tendrán aplicación supletoria en el juicio simplificado, en lo que el Título I, del Libro IV, no proveyere, encuentra sentido también en el texto sobre Derecho Procesal Penal Chileno de los profesores Sra. María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, 1ª Edición Tomo II, página 478, que sobre lo razonado escriben: “en cuanto constituye un acto jurídico análogo a la acusación, su contenido es muy similar al que exige el Art. 259 del Código de Procedimiento Penal. Pero, a diferencia de la acusación, y por el carácter menos grave de las infracciones penales que son perseguidas a través de este procedimiento más

⁹¹ Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, traducción de la vigésimo quinta edición alemana, ps. 550-551.

⁹² Al respecto Alberto M. Binder, Ob. Cit., ps. 271 y ss.

concentrado y simplificado, la ley no exige que se expresen determinadamente en el requerimiento los medios de prueba que se harán valer en el juicio, ellos podrán deducirse únicamente a partir de los antecedentes que fundamentan la imputación. El Código sólo requiere que las partes comparezcan a la audiencia del juicio con sus medios de prueba” (...) Que, de lo razonado y argumentado precedentemente, se concluye que no es necesario en el procedimiento simplificado, que se indiquen detalladamente los medios de prueba, como es exigible en la acusación en el procedimiento ordinario, y que ellos puedan deducirse claramente de la exposición que de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación”⁹³.

La Corte ha entendido que constituye una causal de declaración de nulidad la omisión de la íntegra escrituración de la sentencia en procedimientos simplificados. En este sentido ha indicado:

“Décimo: Que, como colofón de lo antes expuesto y razonado, es posible concluir que tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como aquella que se pronuncia en un juicio oral simplificado, deben ser escrituradas, aunque ello se haga inmediatamente después de terminada la audiencia en que se pronunciaron en forma verbal, lo que no aconteció en la especie, toda vez que consta del mérito de los antecedentes que solamente se transcribió la parte resolutive del fallo que se impugna pese a que la defensa instó por obtener su texto íntegro- lo que denota que el juez de la instancia no dio cumplimiento oportuno a dicho mandato.

Por lo demás, esta Corte ha advertido que en algunos tribunales se ha hecho práctica común, tratándose de juicios orales simplificados —en los que por cierto no ha existido un admisión de responsabilidad por parte del requerido—, registrar únicamente la parte resolutive de las sentencias, lo que no se ajusta a los derechos que les asisten a los intervinientes en el proceso penal y tampoco respeta sus garantías constitucionales, de modo que la infracción anotada, precisamente porque viola el derecho al proceso legalmente tramitado, conforma también un motivo de invalidación de acuerdo a lo señalado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, motivo por el que el recurso de nulidad incoado por la defensa del encartado será acogido”⁹⁴

⁹³ SCS Rol N° 3.556-2007, (considerandos 12° y 13°). Ver también: SCS Rol N° 4.805-2009, (considerandos 11° y siguientes); SCS Rol N° 5.461-2012, (considerando 8°).

⁹⁴ SCS ROL N° 24.296-2020, 2020.05.29. En el mismo sentido: SCS ROL N°40960-20; SCS ROL N°2885-20; SCS ROL N°143772-2020.

Frente a un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, en que se alegó la prescripción de la acción penal en procedimiento simplificado, la Corte sostuvo:

“DUODÉCIMO: Que de lo que se viene señalando se concluye que el requerimiento en procedimiento simplificado constituye una de las formas de dar inicio al procedimiento por el Ministerio Público, lo cual permite concluir que, como trámite inicial del proceso, produce el efecto de suspender el curso de la acción penal en los términos indicados por el precitado artículo 96 del código punitivo.

Tal conclusión es posible porque, por una parte, el artículo 233 letra a) del Código Procesal Penal, que confiere a la formalización de la investigación el efecto de suspender la prescripción, no es una norma de clausura, que otorgue en forma exclusiva esa consecuencia a la comunicación al imputado de los hechos que a su respecto se indagan y, por la otra, porque como se indicó previamente, la prescripción no es una institución procesal, sino que es de orden sustantivo, regulada en el Código Penal, cuerpo normativo a cuyas disposiciones ha de ajustarse el examen de este instituto y que fija como época de suspensión de su decurso el momento en que “el procedimiento se dirige contra el delincuente”, frase a la que, en definitiva, hay que dotar de sentido para resolver la cuestión debatida. En este punto y siendo inconcuso que el proceso se dirige contra el delincuente al momento de la formalización de la investigación, igualmente lo es cuando se impetra en su contra un requerimiento en procedimiento simplificado que cumple con todas las menciones exigidas por la ley”⁹⁵.

- **SCS Rol N° 21.978-21, 08.10.2021**

“DÉCIMO: Que como consecuencia de lo antes expuesto y razonado, es posible concluir que tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como la que se pronuncia en un juicio oral simplificado, deben ser escrituradas, aunque ello se haga inmediatamente después de terminada la audiencia en que se pronunciaron en forma verbal. No debe tampoco olvidarse que la copia digital exige, de cualquier persona, disponer del soporte adecuado para acceder a ella y que el audio no facilita la revisión de los motivos y argumentos del análisis desarrollados por los jueces.

El mismo artículo 39 antes transcrito exige que la sentencia sea registrada en su integridad

⁹⁵ SCS ROL N° 29.025-19.

y ello no se cumple en el soporte escrito, si sólo se copia su sección resolutive.

Por lo demás, esta Corte ha advertido que en algunos tribunales se ha hecho una práctica común, tratándose de juicios orales simplificados, registrar únicamente la parte resolutive de las sentencias, lo que no permite asegurar los derechos que asisten a los intervinientes en el proceso penal y tampoco respeta sus garantías constitucionales, de modo que la infracción anotada, viola el derecho al proceso legalmente tramitado, y conforma un motivo de invalidación de acuerdo a lo señalado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

UNDÉCIMO: En el mismo sentido y, complementando lo anterior es posible concluir que tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como aquella que se pronuncia en un juicio oral simplificado y en un procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, deben ser escrituradas dentro de plazo, lo que no aconteció, por lo que el juez de la instancia no dio cumplimiento oportuno a dicho mandato, razón por la cual el recurso de nulidad incoado por la defensa del encartado será acogido”.

- **SCS Rol N° 39.750-2021, 01.12.2021**

Antecedentes: Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa por infracción sustancial de garantías, particularmente del debido proceso, producto de haberse dictado sentencia condenatoria en Juicio Oral Simplificado sólo dejando constancia escrita de la parte resolutive. La Corte sostiene que, si bien de la lectura del artículo 39 del Código Procesal Penal pudiera desprenderse que bastaría con que la sentencia sea dictada en un registro de audio y quede, por lo tanto, íntegramente registrada en aquél, ocurre que el artículo 396 del mismo cuerpo de normas, que se refiere a la realización del juicio oral simplificado, dispone de modo expreso que la sentencia debe ser comunicada mediante “texto escrito”, no quedando dudas de que la sentencia debe ser incorporada al registro por escrito y de manera íntegra.

- **SCS Rol N° 39.755-2021, 01.12.2021**

Antecedentes: Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa por infracción de garantías fundamentales, en particular del debido proceso y el derecho a defensa, producto del incumplimiento por parte del 13° Juzgado de Garantía de Santiago del (1) del deber de escriturar oportunamente la sentencia condenatoria dictada en un procedimiento simplificado en delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, privándole de conocer entonces los fundamentos (3) de hecho y derecho

contenidos, como también de ejercer adecuadamente su derecho al recurso. La Corte mediante una lectura exhaustiva de la normativa pertinente, esto es, los artículos 39, 43, 389, 395 y 396 del CPP, dispone que la celeridad en este tipo de procedimientos no supone omitir las obligaciones que pesan sobre el tribunal, como el derecho que tienen los intervinientes a recibir copia íntegra (8) y legible de la sentencia, y en esa línea, tanto la sentencia que recae en (9) procedimiento ordinario como la que se pronuncia en el simplificado, deben ser escrituradas ,aunque ello se haga inmediatamente después de terminada audiencia en que se pronunciaron de forma verbal, cuestión que no se cumple si sólo se copia su sección resolutive. En virtud de todo lo anterior, la Corte Suprema concluye que el tribunal que dictó la sentencia impugnada no cumple con el deber de escrituración (10) dentro del plazo correspondiente en este caso, apartándose del mandato legal impuesto por las normas expuestas, por lo que determinar acoger el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

d) Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad

Existen situaciones particulares que obligan a una respuesta particularizada del proceso penal. Y lo que hace que el proceso responda de un modo diferenciado a cada una de ellas es la existencia de decisiones político-criminales, que transforman o condicionan la persecución penal o todo el proceso. En algunos casos, lo que importa es dotar de mayores garantías al proceso penal, ya sea porque la persona se halla en una situación potencial de mayor indefensión o porque los efectos del proceso pueden ser en sí mismos más dañosos, como sucede con el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad regulado en el Título VII del Libro Cuarto sobre Procedimientos Especiales, del Código Procesal Penal⁹⁶.

Luego, la especialidad o particularidad de este procedimiento no puede ser óbice para reconocer a plenitud al imputado enajenado mental las garantías procesales. Así, la Corte ha señalado que el imputado que se encuentra en esta situación tiene en forma plena el derecho a un juicio con todas las garantías:

“Que de lo expuesto se pueden concluir los siguientes corolarios concernientes al cuestionamiento planteado. Es así como se trata sin lugar a dudas de un Juicio Oral que se realiza con ciertas particularidades, pero en modo alguno ello faculta desnaturalizarlo para

⁹⁶ Ver Alberto M. Binder, Ob. Cit., ps. 271 y ss.

estimar que otro sería su carácter. Prueba de ello es que ya el artículo 1º del Código Procesal Penal asegura el derecho a juicio previo y única persecución penal, explicita allí que ninguna persona podrá ser condenada o castigada, y en lo que interesa: "...ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial.", y a continuación agrega que todo individuo tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desplegado con arreglo a las normas de dicho cuerpo legal, lo que guarda perfecta armonía con el artículo 462 del Código Procesal Penal, el cual al igual que el previsto en el Libro II correspondiente al procedimiento ordinario por persecución penal pública, debe ventilarse ante el competente tribunal de juicio oral en lo penal, y sus preceptos son aplicables supletoriamente en todo lo no previsto y que no resultaren contradictorios con lo estatuido en su título respectivo, como lo señala expresamente el artículo 456 del mismo estatuto, con la particularidad, en cuanto al punto sub iudice, que debe realizarse a puerta cerrada, lo que se vincula con la publicidad del juicio, para así evitar perturbaciones que se produzcan durante la audiencia y que provengan del público".⁹⁷.

También se le debe reconocer al imputado enajenado mental el derecho de defensa, particularmente el derecho a estar presente en el juicio sino no se encuentra en la hipótesis del art. 463 letra b) del Código Procesal Penal:

"Que como se puede apreciar no es dable convalidar la ausencia del encartado, al no haberse acatado los presupuestos que conforme a su reglamentación particular, permitían la ausencia justificada del requerido al inicio, desarrollo y conclusión del juicio oral, celebrado precisamente para imponerle una medida de seguridad, lo que se enmarca dentro de los objetivos de la reforma procesal penal, como aparece del mensaje del Ejecutivo a la Honorable Cámara de Diputados, en su número 8) donde se explica que: "...Entre las innovaciones que vale la pena resaltar se encuentra la incorporación de garantías básicas en el procedimiento aplicable a los inimputables por enajenación mental. Entre esas garantías se encuentran las de limitar la posibilidades de aplicación de una medida de seguridad a aquellos casos en que se acredite judicialmente la existencia de un hecho típico y antijurídico, el reconocimiento del derecho a defensa del afectado, la limitación de la duración de la medida aplicable al tiempo correspondiente a la pena mínima asignada al delito de que se trate y el establecimiento del control judicial de las medidas de seguridad"⁹⁸.

⁹⁷ SCS Rol N° 5.203-2009.

⁹⁸ SCS Rol N° 5.203-2009.

Si en este procedimiento especial lo que importa es dotar de mayores garantías al proceso penal, porque la persona enajenada mental se halla en una situación potencial de mayor indefensión, llama la atención el voto de minoría de la SCS Rol n° 1079-2013, el que niega el derecho al recurso contra la parte de la sentencia definitiva que impone la medida de seguridad:

“En la especie, la sentencia dictada fue absolutoria, situación que no puede entenderse, en modo alguno, que configura el agravio que habilita a la parte a recurrirla de la forma intentada, por cuanto lo atacable por la vía del recurso de nulidad es la decisión principal del juicio, cuyas variables ya han sido detalladas en el párrafo que precede. 3º Que refuerza lo expresado lo dispuesto en el artículo 481 del Código Procesal Penal, que dispone, en lo pertinente, que “las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias”, describiendo, a continuación, el procedimiento que cautela el respeto del carácter de provisionalidad y de necesidad de la medida impuesta mientras existan elementos suficientes para estimar peligrosa a la persona enjuiciada, juicio que las asemeja a las medidas cautelares que contempla el cuerpo de leyes ya citado. Tal provisionalidad, por expresa disposición legal, priva, entonces, a esa parte de la decisión, de la naturaleza propia de las resoluciones atacables por la vía del presente arbitrio, cuyo objetivo es subsanar ciertos y precisos vicios cometidos durante el procedimiento o en la dictación de la sentencia de instancia, cuya ocurrencia impone, en la generalidad de los casos, la realización de un nuevo juicio o, en ciertas situaciones excepcionales, la dictación de una sentencia de reemplazo, lo que en la especie no corresponde, ya que la decisión principal adoptada (absolución) fue favorable a los intereses del recurrente. 4º Que, por otra parte, de acuerdo a lo expresamente dispuesto en el artículo 456 del Código Procesal Penal, el procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad se rige por las *reglas de su título, y en lo que éste no prevea expresamente, por las disposiciones del Libro Segundo, esto es, las relativas al procedimiento ordinario, en cuanto no fueren contradictorias*. De acuerdo, entonces, a lo anterior, no resultaba pertinente atacar lo decidido conforme a las reglas generales de los recursos consagradas en el Libro III del Código Procesal Penal, que son de interpretación estricta, por lo que al ser lo impugnado en esta sede, de naturaleza eminentemente provisional, la vía escogida no es la procedente”.

1.3. Rendimiento de la garantía, en su acepción de legalidad de los actos del procedimiento

La importancia práctica de esta dimensión del *debido proceso*, se haya cuando la infracción o vicio no es posible conectarlo con una garantía determinada. En estos casos, la

legalidad del procedimiento surge como una verdadera contención a la persecución penal, ya que la sola contravención formal de las disposiciones legales, trasunta en un vicio o defecto de legalidad de una norma superior. En efecto, esta dimensión del debido proceso debe correlacionarse con el mandato que el Constituyente ha impuesto al Legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. En este sentido, la vulneración de normas contenidas en el Código Procesal Penal y leyes especiales, que son el resultado de dicho mandato, producirá inmediatamente la infracción de la norma fundamental establecida en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución.

a) Actuaciones autónomas de la policía

La Constitución, en su artículo 83, y el Código Procesal Penal, entre otros, en sus artículos 80 y 180, entregan al Ministerio Público la exclusividad de la investigación, lo que se traduce en que será el ente persecutor quien dirigirá la investigación, debiendo la policía ejecutar sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales. Esta definición restrictiva de la autonomía policial que nuestro ordenamiento jurídico asume, responde a la consideración de experiencias comparadas relacionadas con la necesidad de enfrentar problemas generalmente reconocidos.

Como demuestran algunos estudios empíricos “las intervenciones policiales en la etapas más tempranas del proceso son las más problemáticas para los derechos humanos (...) El Código Procesal Penal, al restringir la autonomía de la actividad policial busca obviamente suprimir la fuente o causa del problema, busca eliminar las condiciones en que el abuso de la policía podría eventualmente darse”⁹⁹. Además, el Código ha buscado “juridizar” el trabajo de la policía. En tal sentido, el Código impone siempre la intervención del fiscal y lo responsabiliza de todo lo que hace la policía, porque el fiscal es quien tiene el criterio jurídico y se trata que transmita ese criterio jurídico a la actuación policial. Por lo mismo, estas restricciones o limitaciones deben verse como mecanismos de refuerzo del interés en la vigencia cabal de las garantías.

Si bien el artículo 83 del Código Procesal Penal permite a la policía realizar determinadas actuaciones sin orden previa, tales actuaciones, sin embargo, tienen un carácter

⁹⁹ Mauricio Duce J., Felipe González M., María Angélica Jiménez A., Cristián Riego R., Juan E. Vargas., La Reforma de la Justicia Penal, Universidad Diego Portales. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Seminarios 38, Año 1998, Editorial Alfabeto Artes Gráficas, págs. 38 y 39..

excepcional, por cuanto la determinación de las diligencias conducentes de la indagación recae sobre el Ministerio Público, el que dirige el trabajo de la policía:

“Que la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repiten su Ley Orgánica Constitucional y múltiples instrucciones de parte de la autoridad superior de aquel. No obstante, tal como lo ha manifestado esta Corte, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas (SCS 11767-13, 30 de diciembre de 2013). Tales actuaciones, sin embargo, tienen un carácter excepcional, por cuanto la determinación de las diligencias conducentes de la indagación recae sobre el Ministerio Público, el que dirige el trabajo de la policía”¹⁰⁰.

Las actuaciones autónomas de la policía fuera de los casos autorizados por la ley¹⁰¹, constituyen una vulneración de aquella parte de la *legalidad del procedimiento* destinada a garantizar una investigación racional y justa. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que “el actuar autónomo de la policía a fin de evitar abusos, arbitrariedades y atropellos de los derechos ciudadanos, particularmente cuando su función es colaborar con el Ministerio Público, titular de la acción penal y encargado de dirigir la investigación, atento lo preceptuado en el artículo 83 de la Constitución Política de la República, ley 19.640, y artículo 79 y siguientes del Código Procesal Penal (...) Que en tal contexto y considerando que la dirección de la investigación penal corresponde al Ministerio Público, de quien son auxiliares las policías, corresponde a este órgano velar por la corrección de los procedimientos en los que aquéllos intervengan, en cuanto deben adecuar sus conductas a la ley y a las instrucciones que les entregue el Fiscal del caso”¹⁰². Por tanto, “por no haberse verificado situación alguna de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho de los imputados a un procedimiento justo y racional.”¹⁰³.

De esta forma, cuando la policía sobrepasa el ámbito normativo que le permite actuar

¹⁰⁰ SCS Rol N° 18.011-2014, (considerando 6°).

¹⁰¹ El artículo 83 del Código Procesal Penal establece en forma taxativa las actuaciones que la policía puede realizar sin orden previa.

¹⁰² SCS Rol N° 2.573-2012, (considerandos 9°).

¹⁰³ SCS Rol N° 11.513-2011, (considerandos 6° y 7°). Ver también: SCS Rol N° 2.573-2012; Rol N° 11.835-2014; Rol N° 23.683-2014 y Rol N° 1946-2015.

autónomamente, como por ejemplo, cuando a raíz de una denuncia desarrolla una investigación¹⁰⁴ sin control del Ministerio público, la Corte ha sancionado con la nulidad la sentencia y el juicio, procediendo además a excluir los medios de prueba de cargo obtenidos en dicho contexto irregular del conocimiento del tribunal del nuevo juicio oral:

“Que en tales condiciones, los funcionarios policiales tienen la obligación, atento lo dispone el artículo 84 del Código Procesal Penal, de comunicar al Ministerio Público, de inmediato y por la vía más rápida, las denuncias que reciban, sin que les sea permitido realizar ninguna actuación de oficio, salvo las excepciones legales, desde que carecen de facultades para ello (...) Que la sola contravención formal de tales disposiciones, trasunta un vicio o defecto de legalidad que afectará todas aquellas actuaciones que directa o inmediatamente procedan o se generen en relación causal con motivo u ocasión de dicha infracción, por lo que tales antecedentes carecerán de valor y por ende no podrán servir de prueba de cargo, en razón de su ilegalidad, debiendo el juez excluirlas materialmente o el tribunal desvalorarlas, en mérito de tal fundamento, según corresponda (...) Que, de la misma forma, con ello se resguarda de manera más eficiente y efectiva, -mediante el control judicial -la legitimidad de los procedimientos y el pleno ejercicio de los derechos y garantías establecidas en favor de los ciudadanos frente a los abusos y arbitrariedades en que puedan incurrir los órganos de la indagación, debiendo desatender en el juzgamiento todas aquellas actuaciones o evidencias que provengan de actos viciados en razón de haberse practicado u obtenido al margen de la ley, prácticas que deben ser excluidas en un Estado de Derecho”¹⁰⁵ En los mismos términos se pronunció en la siguiente sentencia: “Así, entonces, es un hecho no controvertido en autos que las actividades de Carabineros (interrogación de testigos, examen de videos, concurrencia a la casa del menor imputado e incautación de especies) lo fueron sin orden del Ministerio Público, así como que la detención del menor de autos – que fuera interrogado por el personal policial en el marco de las actuaciones cuestionadas - fue declarada ilegal en el momento procesal correspondiente. Tal escenario se comprende en atención a que los agentes policiales ejecutaron una actividad investigativa al margen de la ley, los que actuaron con independencia del curso procedimental iniciado por la denuncia del delito de que se trata (efectuada el día antes de la actividad policial) para obtener

¹⁰⁴ El artículo 84 del Código Procesal Penal impone a la policía, recibida una denuncia, el deber de informar inmediatamente y por el medio más expedito al ministerio público, sin perjuicio de realizar, si procediere, las actuaciones previstas en el artículo 83 del mismo código.

¹⁰⁵ SCS Rol N° 11.513-2011. En este fallo (que incidía en un proceso por porte de arma de fuego), la Corte excluyó del conocimiento del nuevo juicio la declaración de los funcionarios policiales y la evidencia material, y la prueba derivada consistente en la declaración de un perito armero.

Ver también: SCS Rol N° 2.573-2012 y Rol N° 23.683-2014.

prueba tendiente a acreditar la existencia del delito, examinándola, determinando la identidad del autor, concurriendo a su domicilio en dos oportunidades y procediendo a su detención en la segunda de ellas. Las circunstancias anotadas confirman, entonces, la tesis de la defensa referida a que el personal policial realizó las diligencias de investigación anotadas y las actuaciones que fueron declaradas ilegales al margen de la normativa legal reseñada, toda vez que tanto el aspecto temporal del caso como el carácter de la evidencia analizada descarta con creces la hipótesis de flagrancia que habría permitido su actuar, juicio que también emitió el Tribunal de Garantía correspondiente en la audiencia de control de detención.”¹⁰⁶.

De la misma manera ha resuelto recientemente:

“Que en este escenario los agentes policiales ejecutaron un ingreso, registro e incautación de evidencia al margen de la ley, porque resultó demostrado que la detención del imputado y el hallazgo de las especies y otras evidencias de cargo son la conclusión de la investigación autónoma desplegada para acreditar la efectividad de los hechos denunciados antes de constituirse en su domicilio, por lo que las potestades autónomas que le entrega el sistema procesal se encuentran fuertemente regladas y han de ser de interpretación restrictiva, en atención a los derechos constitucionales involucrados y que asisten a todos los ciudadanos.”¹⁰⁷.

En fallo más reciente la Corte refuerza la idea de la estricta sujeción que deben tener funcionarios policiales en los procedimientos de investigación, tanto en la sujeción a la normativa vigente como a la dirección del Ministerio Público estableciendo que

“aun cuando la sentencia establece como hecho cierto y que, por ende, no puede ser desatendido en esta sede de nulidad, que existió una autorización del acusado para ingresar al inmueble que se halló la droga que constituye el objeto del delito atribuido (cons. 11°), tal autorización se obtiene sin previa instrucción del Ministerio Público, el que no había ordenado tal diligencia- ni siquiera aparece que se le haya informado de la detención derivada del control de detención- y, por ende, en los hechos, desde el control de detención en adelante, la investigación estuvo dirigida por los policías, y no por el fiscal, es decir lo medular de la investigación donde se obtienen los antecedentes probatorios esenciales para posteriormente formular cargos contra el imputado y la etapa en mayor riesgo existe

¹⁰⁶ SCS Rol N° 23.683-2014, (considerando 6°).

¹⁰⁷ SCS Rol N° 29.375-2014, (considerando 14°).

de vulnerar derechos de este y terceros -como alega la defensa ocurrió-, se dirige por agentes estatales no autorizados para ello y, a espaldas, de aquella autoridad a quien la Constitución atribuye de manera exclusiva esa potestad y responsabilidad.”¹⁰⁸

b) Técnicas especiales de investigación previstas en la Ley N° 20.000

b.1 Agente Revelador

La legalidad del procedimiento también constituye una importante garantía frente a las técnicas especiales de investigación establecidas en el artículo 25 de la Ley N° 20.000. La Corte ha resuelto que la técnica del agente revelador, por mandato legal¹⁰⁹, debe estar precedida de la correspondiente autorización del fiscal del Ministerio Público, porque “la exigencia del debido proceso supone también que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política del Estado, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez, preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de señalar los motivos que servirán de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Constitución Política”¹¹⁰.

Más recientemente, reitera la exigencia de que la autorización del fiscal debe ser previa a la actuación del agente revelador:

“Que, en este escenario, los agentes policiales ejecutaron una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador, al no encontrarse registrada no existía al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para obtener la respectiva autorización judicial e ingresar al inmueble del imputado procediendo a su detención, por lo que la diligencia quedó teñida de

¹⁰⁸ SCS Rol N° 5351-2018 (considerando 5°)

¹⁰⁹ El inciso primero del artículo 25 de la Ley N° 20.000 establece que “El Ministerio Público podrá autorizar a funcionarios policiales para que se desempeñen como agentes encubiertos o agentes reveladores y, a propuesta de dichos funcionarios, para que determinados informantes de esos Servicios actúen en alguna de las dos calidades anteriores”.

¹¹⁰ SCS Rol N° 2.958-2012, (considerando 11°). Ver también: SCS Rol N° 3.501-2014.

ilegalidad.”¹¹¹

De no constar tal autorización, el procedimiento policial nace viciado y los funcionarios actuantes incurren en instigación delictiva:

“Que, sin embargo, en este procedimiento no está demostrada la existencia de la autorización previa del Sr. Fiscal para que los funcionarios de Carabineros de la sección OS-7 de Puerto Montt hicieran uso de la técnica del agente revelador respecto del imputado (...) como tampoco en su domicilio, lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva (...) Existe reconocimiento expreso inmediato de las autoridades involucradas en el sentido que se hizo uso de la técnica que señala el artículo 25 de la ley 20.000, sin que resulten plausibles las explicaciones postreras de que ello no fue así y que habría sido otra la situación verificada en la especie (...) En este escenario, los agentes policiales ejecutaron una instigación delictiva, excluida por la ley, con el solo objeto de obtener un motivo para solicitar a la autoridad competente una orden legítima de allanamiento y registro, pero ocurre que por haberse engañado a esa autoridad, manifestándole un hecho inefectivo, se obtuvo una orden que no ha podido legitimar un procedimiento que nació viciado y que, por ende prosiguió con el mismo vicio hasta su culminación”¹¹².

La Corte también ha señalado que la autorización, al momento de realizarse la técnica de investigación, debe estar vigente:

“Que, a mayor abundamiento, la autorización vigente cuya existencia reclama el persecutor para proceder con la mencionada técnica no constaba en la carpeta de investigación, lo que manifiesta una infracción al deber de registro, pues lo único que se ha demostrado es la existencia de dos documentos con diverso número identificador ninguno de los cuales estaba vigente a la fecha de la diligencia, lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma

¹¹¹ SCS Rol N° 31.242-2014, (considerando 7°).

¹¹² SCS Rol N° 2.958-2012, (considerando 7°).

de instigación delictiva”¹¹³.

Por último, el máximo tribunal ha resuelto que si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde al Ministerio Público demostrarla:

“En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, y no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes, por muy fiable que sea, máxime si no se ha procedido en un caso urgente que motivara una autorización verbal. Por otra parte, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano que dispone del registro de aquélla proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo”¹¹⁴.

En este mismo sentido, la Corte en SCS ROL N°33721-19, señaló:

“SEXTO: Que, como es posible advertir, las conclusiones fácticas alcanzadas por los juzgadores arrancan de la convicción que les produce lo manifestado por el testigo de cargo Sr. Francisco Silva Saavedra, quien aseguró en estrados que la autorización para proceder con la técnica de agente revelador fue verbal y anterior a la coordinación para la compra de droga; no obstante, admite que no existe registro de ello. De esto surge que se incumplió la obligación prevista en el artículo 227 del Código Procesal Penal, que impone al Ministerio Público el registro de todas las actuaciones de la investigación -incluidas las autorizaciones verbales-, omisión que no puede ser subsanada por las aseveraciones del funcionario policial que participó en el procedimiento.

Así las cosas, es dable concluir que no está demostrada la existencia de la autorización previa del fiscal de turno para hacer uso de la técnica de agente revelador respecto del imputado J.I.G.G, pues no quedó registro de ello en la carpeta investigativa. Dicha autorización es absolutamente indispensable, no sólo porque lo exige la norma del artículo

¹¹³ SCS Rol N° 3.501-2014

¹¹⁴ SCS Rol N° 3.501-2014. Ver también: SSCS Rol N° 2.345-05; Rol N° 5.116-2012; Rol N° 2866-2013; Rol N° 1504-2013; Rol N° 5.461-2012; Rol N° 5.039-2013; Rol N° 4883-2013; Rol N° 7.802-2013. Registro de autorización agente revelador, ver: SSCS Rol N° 31.242-2014; Rol N° 3.501-2014; Rol N° 2858-2012, SCS ROL 9.171-2010.

25 de la Ley 20.000, sino porque, como ha dicho previamente esta Corte, se trata de una técnica de investigación tan violenta, que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva (SCS N° 2958- 2012, de seis de junio de dos mil doce).

Tal deber es aún mayor cuando la defensa impugna la existencia de la orden previa al inicio del cometido para llevar a cabo la técnica en comento, por cuanto el persecutor es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, a través del pertinente registro, máxime si se trata de una orden que ha dado una autoridad de ese mismo órgano. Exigir lo contrario, supone pedir la prueba de un hecho negativo.”

La técnica investigativa de agente revelador, la Corte ha estado por declarar su ilegalidad cuando la autorización fiscal para su realización se refiere a persona distinta a aquella respecto de quien se ejerce. En esta línea, en SCS ROL N°30581-20, sostuvo:

“SÉPTIMO: Que, en ese orden de cosas, no existió autorización expresa por parte del Ministerio Público para el empleo de la técnica investigativa de agente revelador respecto del sujeto apodado “P”, identificado como V.Q.N, ni para su domicilio —ubicado aproximadamente a 50 metros de aquel para el cual si se autorizó— y que correspondía a una vivienda de un piso, pintada color verde, lo cual impide asignarle validez al resultado del empleo de tal técnica, y que sirvió para obtener, posteriormente, las ordenes de entrada y registro que culminaron con la detención de los imputados y con la recolección de la evidencia incriminatoria a su respecto, no sólo porque la norma del artículo 25 de la Ley 20.000 exige tal autorización, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.

Existe, por tanto, un reconocimiento expreso de las autoridades involucradas en el sentido que se hizo uso de la técnica que señala el artículo 25 de la Ley 20.000, sin que resulten plausibles las explicaciones postreras de creer que actuaban al alero de una autorización vigente, cuando en realidad lo único cierto es que procedieron, respecto de una persona y de un domicilio que habían quedado al margen de la autorización dada, todo lo cual ha quedado en evidencia con la prueba rendida.

Octavo: Que, en este escenario, el agente policial ejecutó una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador no era válida al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para obtener las autorizaciones de entrada y registro respecto de los inmuebles de los imputados,

proceder a su detención y al levantamiento de la evidencia incriminatoria. En cuanto domicilio de L.M —que a la luz de los antecedentes correspondía a aquel respecto de la cual se autorizó la intervención del agente revelador— la actuación del citado agente, para los efectos de la comprobación de un ilícito, se vio frustrada dado que, al momento de instar por droga, no le fue suministrado alcaloide alguno desde dicho lugar, por lo que tampoco existieron antecedentes para la autorización de entrada y registro a su respecto.”

- **SCS Rol N°36.487-2021, 12.11.2021**

“**SÉPTIMO:** Que también en subsidio de los anteriores motivos de nulidad, alega la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en tanto, el Ministerio Público y la Policía infringieron el deber de registro.

Señala que el origen de los registros filmicos y fotográficos supuestamente capturados por Gaete y Bórquez, relativos a que su representado habría realizado las conductas que ellos dicen haber presenciado y registrado, como por ejemplo, las imágenes captadas por cámaras aéreas contenidas en el celular de Gaete, hace concluir la violación al deber de registro de las policías, reproche de ilegalidad al cual debe añadirse lo que dice relación con la inexistencia de registro por parte del Ministerio Público de la supuesta orden de investigar que habría librado el 12 de noviembre de 2019 y que habría habilitado, supuestamente, el actuar de la policía en el contexto de esta investigación.

Agrega que respecto del origen de las imágenes que corroborarían la participación culpable de su representado, se vulneraron los artículos 181, 187, 227 y 228 del Código Procesal Penal, que imponen el deber tanto a la policía como al ente persecutor, de dejar constancia escrita de las diligencias o actuaciones que llevan a cabo.

Indica que en el caso de autos, lo cierto es que la falta de registro de información relevante constituye una omisión de consignar el contenido de antecedentes de investigación que se tuvieron a la vista, desconocidos para la defensa, y que solo surgieron para ésta en el juicio oral, privando al imputado de ejercer sus derechos en todo el procedimiento.

Solicita se acoja el recurso por la causal invocada, ordenando la anulación de la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, y se sirva ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral”.

c) Vulneración al cuidado de la cadena de custodia del material probatorio

La Corte Suprema ha aceptado la vulneración al cuidado de las formalidades de la

cadena de custodia como vicio de Nulidad en los siguientes términos: Acoge recurso nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que la investigación que afectaba al imputado no se ciñó a los parámetros legales establecidos en relación a la observancia de la cadena de custodia en el delito de tráfico de estupefacientes. Estableciendo:

“Que en lo pertinente a la materia debatida el artículo, 41 de la Ley 20.000 dispone que las sustancias y especies... que sean incautadas...deberán ser entregadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al Servicio de Salud que corresponda. Cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, podrá ampliar este plazo hasta en cuarenta y ocho horas, a solicitud de los funcionarios....” Circunstancias que no acudieron al caso particular por lo que “...en especial la falta de control jurisdiccional, revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial y el del Ministerio Público, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política le reconoce y garantiza...” (Considerandos 8° y 11°). Esta sentencia se encuentra con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller y la Abogada Integrante Sra. Gajardo, quienes estimaron rechazar el recurso, toda vez que la infracción a los derechos y garantías del art. 373-a debe ser *sustancial*. Situación que no acontece en el caso particular y que por lo tanto correspondería aplicar la sanción administrativa del art. 42 de la ley 20.000.¹¹⁵

En ese mismo sentido la Corte ha señalado que la norma en cuestión (art. 41 ley 20.000) tiene por objetivo garantizar la fiabilidad de la evidencia que se presentará como prueba de cargo, limitando expresamente las facultades del ministerio público y la policía. En ese contexto se ha fallado:

“SÉPTIMO: Que la cadena de custodia de la prueba es un procedimiento que reglamenta la adecuada recolección, identificación, registro, conservación y manejo de la evidencia material, objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o estado destinados a la comisión del hecho investigado, que busca garantizar su conservación e indemnidad hasta el momento de la realización del juicio oral, y que la ley procesal ha puesto bajo la responsabilidad de la policía y del Ministerio Público, en los términos del artículo 188 del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que en el caso que se revisa, no hay dudas que la remisión de la sustancia incautada al Servicio de Salud excedió las 24 horas establecidas en la ley. En tal evento, la

¹¹⁵ SCS Rol N° 6288-2018.

ley impone al persecutor la obligación de requerir al tribunal de garantía la ampliación del plazo hasta por 48 horas, lo que no se verificó, de manera que el tribunal encargado de velar porque se guarden las formas procesales en este caso de excepción no estuvo en condiciones de emitir un pronunciamiento fundado acerca de la concurrencia de las circunstancias especiales habilitantes que prevé el legislador en el artículo 41 de la Ley 20.000.

NOVENO: Que como expresa el recurrente, la indicada norma persigue garantizar al sujeto sometido a persecución penal la fiabilidad de la evidencia que se presenta como prueba de cargo, restringiendo las facultades policiales y del Ministerio Público, lo que el fallo desatiende, aceptando las justificaciones del fiscal sin respaldo probatorio alguno, pues la supuesta negativa del Servicio de Salud de recibir las sustancias prohibidas que la ley le encomienda periciar, no se sostiene más que en los dichos del propio fiscal”.

La Corte, también ha tenido oportunidad de referirse en proceso en que la defensa alzó reclamación de afectación de garantías fundamentales por incumplimiento de las normas relativas a la cadena de custodia. En jurisprudencia reciente, la Corte Suprema ha estado por desestimarlas sosteniendo que no vislumbra cómo podría esto, directamente, afectar tales derechos. Así, sostuvo que no supone una vulneración de garantías fundamentales, o que a lo menos la defensa no argumentó cómo se habría producido tal lesión, en este sentido en el fallo SCS ROL N° 33.325-20 sostuvo:

“SÉPTIMO: Que en lo tocante al reclamo por la infracción del plazo previsto en el artículo 41 de la Ley N° 20.000 para la entrega de la droga al Servicio de Salud para su análisis, el recurrente sólo esgrimió la transgresión

formal de un plazo legal, pero sin argumentar y convencer a esta Corte, en cómo ello se traduce en una afectación relevante que haya impedido o perturbado el ejercicio del derecho del imputado a una investigación racional y justa, sin que producto de tal demora, pueda sospecharse o temerse que la droga objeto de la pericia sea distinta a la incautada, o que de algún modo fue alterada en el ínterin, y que dicha sustitución o alteración tenga alguna relevancia en la configuración del delito imputado.

Como lo ha resuelto en otras oportunidades esta Corte, “del texto de los artículos 41 y 42 de la Ley N° 20.000 resulta palmario que el legislador sólo ha establecido en forma expresa, como sanción para el incumplimiento por parte de la policía de lo dispuesto en el citado artículo 41, la imposición de una multa a beneficio fiscal al funcionario infractor, sin que el retardo en la entrega de las sustancias estupefacientes decomisadas constituya un vicio procesal que genere por sí solo la falta de validez de dicha evidencia, ni de las pruebas que puedan derivar de la misma” (SCS Rol N° 43.541- 17 de 29 de enero de 2018).

Finalmente, ni la ley ha exigido, ni tampoco parece razonable demandarlo -pues nada se ha dicho para así justificarlo-, que la entrega de la sustancia al Servicio de Salud sea realizada por el mismo funcionario policial que la incautó.”

El voto minoritario en el mismo proceso, del Ministro Sr. Llanos, que estuvo por acoger la causal de nulidad que se comentó precedentemente, al respecto sostuvo:

2°) Que lo antes dicho cobra especial relevancia si se suma a los demás defectos de registro que igualmente se han verificado en este procedimiento, esto es, el no allegarse a la carpeta de investigación ni el Oficio remitido de las plantas y sustancias ni tampoco los Rótulos y Formularios Único de Cadena de Custodia, omisiones cuya causa no se explica en el fallo, conformándose los sentenciadores con descartar su relevancia, volviendo entonces inútiles y banales todos los resguardos que legal y administrativamente se han dispuesto para *“garantizar al sujeto sometido a persecución penal la fiabilidad de la evidencia que se presenta como prueba de cargo”*, debiendo ahora éste, simplemente confiar en la buena fe de su acusador y de sus agentes auxiliares, de manera similar a lo que se esperaba en el sistema inquisitivo afortunadamente superado. Este corolario, huelga señalar, no puede ser aceptado por este disidente.

3°) Que tales circunstancias, en especial la falta de control jurisdiccional, revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial y el del Ministerio Público, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política le reconoce y garantiza, lo que impone entonces acoger el recurso por su causal principal a fin de excluir de un nuevo juicio la prueba derivada de las actuaciones ilegales constatadas.”

En este mismo sentido, la Corte en SCS ROL N°33721-19, señaló:

“SEXTO: Que, como es posible advertir, las conclusiones fácticas alcanzadas por los juzgadores arrancan de la convicción que les produce lo manifestado por el testigo de cargo Sr. Francisco Silva Saavedra, quien aseguró en estrados que la autorización para proceder con la técnica de agente revelador fue verbal y anterior a la coordinación para la compra de droga; no obstante, admite que no existe registro de ello. De esto surge que se incumplió la obligación prevista en el artículo 227 del Código Procesal Penal, que impone al Ministerio Público el registro de todas las actuaciones de la investigación -incluidas las autorizaciones verbales-, omisión que no puede ser subsanada por las aseveraciones del funcionario policial que participó en el procedimiento.

Así las cosas, es dable concluir que no está demostrada la existencia de la autorización previa del fiscal de turno para hacer uso de la técnica de agente revelador respecto del

imputado J.I.G.G, pues no quedó registro de ello en la carpeta investigativa. Dicha autorización es absolutamente indispensable, no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque, como ha dicho previamente esta Corte, se trata de una técnica de investigación tan violenta, que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva (SCS N° 2.958- 2012, de seis de junio de dos mil doce).

Tal deber es aún mayor cuando la defensa impugna la existencia de la orden previa al inicio del cometido para llevar a cabo la técnica en comento, por cuanto el persecutor es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, a través del pertinente registro, máxime si se trata de una orden que ha dado una autoridad de ese mismo órgano. Exigir lo contrario, supone pedir la prueba de un hecho negativo.”

La técnica investigativa de agente revelador, la Corte ha estado por declarar su ilegalidad cuando la autorización fiscal para su realización se refiere a persona distinta a aquella respecto de quien se ejerce. En esta línea, en SCS ROL N°30.581-20, sostuvo:

“SÉPTIMO: Que, en ese orden de cosas, no existió autorización expresa por parte del Ministerio Público para el empleo de la técnica investigativa de agente revelador respecto del sujeto apodado “P”, identificado como V.Q.N, ni para su domicilio —ubicado aproximadamente a 50 metros de aquel para el cual si se autorizó— y que correspondía a una vivienda de un piso, pintada color verde, lo cual impide asignarle validez al resultado del empleo de tal técnica, y que sirvió para obtener, posteriormente, las ordenes de entrada y registro que culminaron con la detención de los imputados y con la recolección de la evidencia incriminatoria a su respecto, no sólo porque la norma del artículo 25 de la Ley 20.000 exige tal autorización, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.

Existe, por tanto, un reconocimiento expreso de las autoridades involucradas en el sentido que se hizo uso de la técnica que señala el artículo 25 de la Ley 20.000, sin que resulten plausibles las explicaciones postreras de creer que actuaban al alero de una autorización vigente, cuando en realidad lo único cierto es que procedieron, respecto de una persona y de un domicilio que habían quedado al margen de la autorización dada, todo lo cual ha quedado en evidencia con la prueba rendida.

OCTAVO: Que, en este escenario, el agente policial ejecutó una compra de estupefacientes al margen de la ley, porque la autorización para actuar en calidad de agente revelador no

era válida al momento de la transacción, lo que de manera irregular les sirvió para obtener las autorizaciones de entrada y registro respecto de los inmuebles de los imputados, proceder a su detención y al levantamiento de la evidencia incriminatoria. En cuanto domicilio de L.M —que a la luz de los antecedentes correspondía a aquel respecto de la cual se autorizó la intervención del agente revelador— la actuación del citado agente, para los efectos de la comprobación de un ilícito, se vio frustrada dado que, al momento de instar por droga, no le fue suministrado alcaloide alguno desde dicho lugar, por lo que tampoco existieron antecedentes para la autorización de entrada y registro a su respecto.”

- **SCS Rol N°38.185-2021, 25.11.2021.**

“Noveno: Que conviene tener presente que la cadena de custodia, considerada en los sistemas penales de corte acusatorio como una de las garantías particulares que integran la noción del debido proceso, tiene como finalidad asegurar al juzgador, que la evidencia física que se le presenta en el juicio sea la misma que se recolectó en el sitio del suceso, es decir, que no ha sido alterada, cambiada o destruida, para con ello darle un sentido de veracidad, no sólo a la prueba, sino a la forma en que se recolectó y procesó la misma. De igual modo, si bien nuestro Código Procesal Penal no regula de manera sistemática la forma y procedimiento de la cadena de custodia del material probatorio, ésta se desprende de los artículos 181 y 188 del citado cuerpo legal, que imponen al Ministerio Público la obligación de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo, como la de conservar las especies recogidas durante la investigación, de modo de evitar que se alteren de cualquier forma y garantizar su debida preservación e integridad.

De este modo, si bien la cadena de custodia de los indicios materiales encuentra su fundamento en el debido proceso, para que se genere alguna duda sobre la certeza y seguridad de este procedimiento de control no basta el mero error cometido, sino que se requiere generar algún cuestionamiento directo que afecte la identidad e integridad de la evidencia.

Y, de acuerdo a lo anterior, si bien en este caso se ha constatado una irregularidad, ésta no genera como consecuencia la exclusión de esa evidencia o la ausencia de su valor probatorio, pues aquella no produce forzosamente la falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma.

Lo indicado resulta coherente con lo sostenido por el profesor Héctor Hernández, en cuanto a que: "la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que puede conceptualizarse como una afectación a la misma (Hernández B., Héctor. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004 N° 2)".

Por su parte, Claus Roxin, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Alemania (BGH) sobre las prohibiciones de producción y valoración de la prueba, señala que aquel ha desarrollado

la “teoría del ámbito de derechos”, “...en virtud de la cual en caso que se lesione prohibiciones de producción de la prueba la posibilidad de revisar, y, con ello, también la valorabilidad de las pruebas obtenidas, depende de si la ‘lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es solo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él’...”. Agrega el mismo autor: “Por otro lado, no está dicho, ni tampoco ha sido admitido directamente por el BGH, que una producción incorrecta de la prueba y que afecte el ámbito de derechos del acusado conduzca, sin excepciones, a la invalorableidad del medio de prueba” (Claus Roxin, “Derecho Procesal Penal”, págs. 192-193. Editores del Puerto, Bs. Aires, 2003).

Pero aún más, en el caso que nos ocupa ni siquiera se ha sostenido que la prueba de cargo en cuestión fue obtenida o se produjo con trasgresión de derechos fundamentales, sino que únicamente y debido a los defectos ya anotados en la cadena de custodia, por esa sola circunstancia debe concluirse que aquella constituye un “montaje” en virtud del cual se altera el contenido mismo de las video grabaciones, no siendo en consecuencias reales o ciertas las escenas que ellas se muestran. Si ese es el reparo, recaía entonces en la defensa la carga de acreditarlo, lo que no obstante no hizo, como se deja asentado en la sentencia atacada por el recurso.

Por lo que en tales condiciones la causal invocada de manera principal será desestimada”.

d) El querellante no está autorizado a forzar la acusación sin formalización previa

En resguardo de la *legalidad del procedimiento*, la Corte Suprema ha resuelto que el querellante no puede forzar la acusación sin formalización previa. Las razones:

d.1) Nuestro sistema se opone a los modelos de persecución privada, en los que la actividad se entrega fundamentalmente a los ofendidos por el delito o a personas vinculadas a ellos

“Que la interpretación armónica de las referidas disposiciones permite compartir la tesis planteada en el primer capítulo del recurso, toda vez que ellas – entre otras - dan cuenta de una opción hecha por el legislador procesal penal en orden a designar al Ministerio Público como responsable de la persecución criminal, lo que incluye tanto la facultad de investigar los hechos punibles como la de ejercer la acción penal pública con miras no solo a garantizar la imparcialidad del tribunal, sino también a sujetarla a parámetros de eficiencia y calidad razonables. Como consecuencia de tal decisión, la ley ha establecido mecanismos de discrecionalidad o descongestión restringida o reglada, sujetos de todos modos a la inexcusabilidad de la persecución, pero que permiten su organización y ejercicio por parte de los agentes estatales encargados de ella.

Tal definición de nuestro sistema se opone a los modelos de persecución privada, en los

que la actividad se entrega fundamentalmente a los ofendidos por el delito o a personas vinculadas a ellos. (Mauricio Duce, Cristian Riego, *Proceso Penal*. Editorial Jurídica, Santiago, 2007, pág. 177 y siguientes; Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T I, pág. 442 y siguientes). La circunstancia que el afectado por el delito y demás personas que determine la ley puedan ejercer igualmente la acción penal conforme lo dispone el artículo 83 de la Constitución Política de la República y los artículos 111 y 261 del Código Procesal Penal, no altera mayormente la titularidad de la actividad indicada en primer término, por cuanto la facultad entregada a los particulares en las disposiciones citadas precedentemente incide derechamente en la posibilidad de accionar, poniendo en conocimiento del órgano jurisdiccional respectivo la eventual comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, sea querellándose, adhiriendo a la acusación, presentando una propia o ejerciendo la facultad que consagra el artículo 258 del Código Procesal Penal, esto es, el forzamiento de la acusación (...) Que, por último, no escapa a la comprensión de este tribunal la circunstancia que una interpretación diversa de las disposiciones mencionadas implica transformar todas las acciones públicas en privadas, dejando a los ciudadanos expuestos al ejercicio de la acción penal por parte de particulares sin las posibilidades de control que contempla el sistema para las actuaciones y decisiones del Ministerio Público, ente que representa los intereses generales de la sociedad en la persecución penal, a diferencia del querellante, que sólo representa los propios”¹¹⁶.

d.2) El forzamiento de la acusación supone formalización previa

“Que el análisis de las diversas hipótesis que plantea el artículo 258 del Código Procesal Penal para habilitar a la presentación de una acusación suponen, en concepto de este tribunal, la existencia de una formalización previa, ya que entenderlo de otra manera implicaría privar de sentido a lo dispuesto en el inciso final del artículo 259 del código del ramo, cuando prescribe que “la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación”, idea reforzada a propósito de la acusación particular en el artículo 261, al habilitar al querellante para plantear una calificación de los hechos o una participación del acusado distinta de la propuesta por el persecutor, solicitar una pena diversa o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación; y a lo establecido en el inciso 3° del artículo 258, que impone al querellante la carga de formular

¹¹⁶ SCS Rol N° 4.909-2013, (considerando 8° y 13°).

su acusación en los mismos términos que se establecen para el Ministerio Público, esto es, cumpliendo las mismas condiciones que gravan a éste, entre las que se encuentra la de sujetarse a los términos de la formalización de la investigación.”¹¹⁷.

e) Admisibilidad de la prueba de reconocimiento fotográfico a la luz de la garantía de debido proceso

En Chile no hay una normativa de rango legal sobre la materia, entregando su regulación a instrumentos de carácter infralegal, tales como el Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados, del año 2013, que vino a reemplazar protocolos internos dictados por Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones. Es en este contexto que la Corte Suprema chilena, en un interesante fallo, a pesar de rechazar el recurso de nulidad, elabora un estándar para la admisibilidad de este tipo de prueba a la luz de un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, país en el cual hay un extenso desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre la materia. En ese sentido, nuestra Corte ha señalado¹¹⁸:

“VIGESIMO SEXTO: Que en relación al reproche formulado por la defensa, del reconocimiento que Claudio González efectuó del acusado C.S al momento de ser detenido, cabe apuntar al respecto, que en nuestro ordenamiento no existe una reglamentación legal de la forma en que han de llevarse a cabo los reconocimientos y, siendo indubitado que efectivamente se realizó uno en la forma prevista por el Fiscal de turno, esto es, mediante exhibición de kárdex fotográfico, la cuestión principal a dilucidar es si el reconocimiento efectuado por la víctima en el recinto policial, a través del kárdex fotográfico y en el juicio oral, puede o no considerarse inducido.

Que respecto a dicha cuestión principal, la prueba rendida por la recurrente ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal no aportó indicio alguno que acreditase tal inducción, ni tampoco lo estimó así el tribunal de la instancia, por lo que afirmar lo contrario vulneraría los principios de inmediación, oralidad y bilateralidad de la audiencia que se garantizan en el juicio oral.

Al contrario, los hechos establecidos en la instancia en relación con el grado de certeza con que el ofendido sindicó al acusado dan cuenta que “no tuvo ninguna duda que era él,

¹¹⁷ SCS Rol N° 4.909-2013, (considerandos 9°).

¹¹⁸ SCS Rol N° 7178-2017 (considerando 26°).

jamás”, lo que resulta consistente con la distancia desde donde lo observó arriba de su vehículo, así como el escaso tiempo transcurrido desde ese momento al del supuesto reconocimiento en persona -aproximadamente 1 hora-, todo lo cual permite descartar la incidencia de los supuestos defectos con que se llevaría a cabo la diligencia como para entender que de ellos se derivaría un reconocimiento inducido por la policía, de manera tal que dicho reconocimiento no ha podido tener como consecuencia una infracción sustancial al debido proceso.

En efecto, a la luz de las circunstancias antes anotadas, se vislumbra que el imputado y sus características fueron advertidas con claridad por el ofendido y recordadas firmemente al momento de su reconocimiento en el juicio oral, sin que exista prueba alguna de que la actividad policial tuviera el corolario de posicionar en la mente o recuerdos de la víctima la imagen del imputado antes inexistente, sustituyendo de ese modo ésta a la del verdadero autor.”

En un sentido similar, la Corte Suprema de EE.UU. ha establecido en **Manson v. Brathwaite, 432 U.S. 98 (1977)**, como estándar para resolver la admisibilidad de la prueba relativa a la identificación de testigo, por una eventual vulneración al debido proceso, el que estemos o no ante un proceso de identificación innecesariamente sugestivo o, al contrario, si se presentan indicios independientes de confiabilidad en el reconocimiento que puedan sopesarse contra el probable efecto corruptor de los errores del procedimiento policial, de manera tal que, en ese marco, se debe determinar si, consideradas la totalidad de las circunstancias, la identificación aparece ser confiable y, sólo si la conclusión es desfavorable, esa prueba debe ser excluida. Así, conforme a esta jurisprudencia, los factores relevantes para determinar la confiabilidad incluyen la oportunidad del testigo para ver el criminal en el momento del delito, el grado de atención del testigo, la exactitud de la descripción previa del criminal por el testigo, el nivel de certeza demostrado por el testigo en la confrontación, y el tiempo transcurrido entre el delito y la confrontación, todo lo cual, aplicado a las circunstancias del caso de marras que dio por ciertas la sentencia, refuerza la conclusión ya alcanzada de que los supuestos errores del procedimiento de identificación de la víctima respecto del acusado no tuvieron el efecto de volver inútil o ilegítima, por su falta de fiabilidad, esa diligencia, ni tampoco el reconocimiento que la víctima realizó directamente en la audiencia de juicio oral, por lo que tampoco resultan acreditadas estas circunstancias que fundan la causal en estudio.”

2. Imparcialidad del Tribunal

Una de las garantías fundamentales para el imputado es el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial. De allí que se encuentre recogida explícitamente en el artículo 8.1 de la

Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuenta además con reconocimiento legal en el artículo 1° del Código Procesal Penal. En la jurisprudencia de la Corte Suprema la imparcialidad ha tenido un amplio desarrollo, desde su conexión con el principio acusatorio hasta el reconocimiento de un ámbito objetivo que otorga mayor efectividad a la garantía.

2.1. El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial forma parte esencial de la garantía del debido proceso

En varias sentencias la Corte Suprema ha considerado el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial como parte esencial de la garantía del debido proceso:

“[c]onviene manifestar que el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial forma parte esencial de la garantía del debido proceso- asegurada en la Carta Fundamental - y así, lo han consagrado los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, entre los cuales debe mencionarse en primer lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 10 dispone que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”; a su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 14.1 Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, y en el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, expresa en su artículo 8.1 que: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”¹¹⁹. Recientemente la Corte Suprema ha fallado indicando “Que la garantía de la imparcialidad del tribunal comprende tres derechos individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos – en lo que concierne esta causa – a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el

¹¹⁹ SCS Rol N° 4.181-2009, (considerando 8°). Ver también: SSCS Rol N° 5.658-2009; Rol N° 4.889-2005; Rol N° 7.824-2008; Rol N° 6.165-2009; y Rol N° 4.760-2012.

esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predisposto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa”¹²⁰.

2.2. La imparcialidad comprende el derecho al juez independiente, imparcial y natural

En palabras de la Corte, en la imparcialidad se integran el derecho al juez natural, imparcial e independiente:

“Que, al respecto, resulta útil recordar lo manifestado recientemente por esta Corte, en orden a que: por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente.(Fallo de fecha 01 de septiembre de 2009, dictado en la causa rol N° 4164-2009)”¹²¹.

En el fallo Rol N° 913-2018 nos encontramos con que la Corte Suprema observó una infracción a esta garantía, toda vez que la infracción denunciada ha tenido lugar en una discusión previa a la realización del juicio oral simplificado, ello por cuanto la magistrada realizó consultas a la víctima, las que se transformaron en un verdadero interrogatorio, llevado a cabo en presencia de los demás testigos, extralimitando la citada jueza sus facultades jurisdiccionales y perdiendo la necesaria imparcialidad que se requiere para juzgar la existencia de un delito de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, vicio

¹²⁰ SCS Rol N° 913-2018, 05.03.2018, (considerando 8°).

¹²¹ SCS Rol N° 4.181-2009, (considerando 9°). Ver también: SCS Rol N° 4.164-2009; Rol N° 5.658-2009; Rol N° 6.165-2009.

que solo puede ser subsanado mediante la declaración de nulidad del fallo y del juicio condenatorio que se dictó con posterioridad. La defensa indicó que la infracción al derecho a ser juzgado por un juez imparcial conlleva la afectación al principio de igualdad de armas y posiciones que debe estar presente en todo proceso penal, puesto que la pérdida de la equidistancia lleva necesariamente a beneficiar la pretensión de uno de los intervinientes por sobre la posición de su contraparte, lo que importa un subsidio a quien resulta beneficiado, subsidio que está vedado en nuestro sistema procesal penal y que es atentatorio contra el derecho ya mencionado. Frente a lo cual la Corte Suprema indicó en su considerando décimo:

“que de lo que se consigna en el cuerpo del recurso y lo que fue posible escuchar en la audiencia, a través de la prueba de audio rendida por la defensa, aparece efectivo que la señora jueza desarrolló el interrogatorio antes de llevarse a cabo el juicio oral, una vez preparado aquél y respecto a hechos del requerimiento que no decían relación a la posibilidad contemplada en el artículo 395 del Código Procesal Penal, en torno a que el imputado pudiera admitir responsabilidad en los hechos, oportunidad ésta en que el juez de garantía tiene una actividad en lo que se refiere a explicar las consecuencias de aquella alternativa. De lo anterior, se concluye que tal interrogatorio no lo hizo en el ámbito previsto en el artículo 329 del Código Procesal, que implicó efectuar preguntas a la ofendida sobre las circunstancias de las amenazas, la entidad de las mismas, requiriendo mayor información, de modo que tomó conocimiento de los hechos e información relevante relativa tanto a la forma en que se produjeron así como la entidad de los mismos, que constituye producción de prueba por parte del tribunal en forma previa a la realización del juicio”. Y, luego agrega, “Que es preciso tener presente que el principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal, constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria, más aún antes de iniciado el juicio en el que la víctima debe prestar declaración sobre la ocurrencia de los hechos. El legislador sólo ha entregado la facultad al Juez de aclarar dichos, lo que supone que el juicio se encuentra en desarrollo y que el testigo o perito ya ha prestado declaración, por lo que esa atribución sólo tiene por propósito que un dicho incomprensible pueda ponerlo en claro, explicarlo, pero no explayarse sobre otros aspectos de la cuestión, por lo que le está vedado realizar un interrogatorio a la víctima antes de iniciado el juicio”.

“Que cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, lo que hace en realidad es conocer la entidad de los hechos antes de la realización del juicio, por lo que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad. Es aquélla la que constituye la posición desfavorable o desventajosa en que deja sumida a la defensa y porque priva a esa parte de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus

derechos como interviniente, una decisión jurisdiccional favorable, cuestión que en definitiva constituye la trascendencia del perjuicio requerido por la nulidad procesal, teniendo presente que no resulta posible separar la prueba producida con la intervención del magistrado, de aquella que fue legalmente introducida al juicio por las partes, habiéndose pronunciado en este escenario una especie de decisión anticipada”.

En similar sentido, la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que se concluye que el magistrado de garantía actuó en infracción de garantías constitucionales del imputado, principalmente su derecho a un Juez imparcial. Que durante el desarrollo de la audiencia de juicio la defensa presentó prueba testimonial siendo los declarantes dos testigos. Finalizada las declaraciones el Juez procede a hacer una denuncia por falso testimonio al Ministerio Público y calificar el actuar de la defensa como de mala fe, fundándose en que a su juicio estas declaraciones no resultaban creíbles y estaban dotadas de evidentes contradicciones. A juicio de la Corte Suprema el actuar del Juez de Garantía refleja un pronunciamiento previo de la apreciación de la prueba de una de las partes, cuya instancia era la sentencia definitiva, lo que denota una falta de imparcialidad que afecta la garantía del debido proceso, o en palabras de la Corte

“El examen de credibilidad de los testigos debió efectuarlo el juez en su sentencia, con los fundamentos apropiados y no pudo limitarse a descartar la prueba de la defensa con fundamentos iguales a los manifestados en la audiencia de juicio, evidenciando con su proceder una parcialidad del juzgador, situación que impide a las partes sentir confianza en que un tercero ajeno y desinteresado resuelva su conflicto”¹²².

2.3. La imparcialidad determina la definición de juez

La imparcialidad es un elemento que define la labor jurisdiccional:

“Que al referirse a la imparcialidad como elemento de la definición de juez, Maier señala con innegable precisión, que la palabra juez no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de imparcial; este adjetivo integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto “juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo- permanente o accidental- requiere. (Maier J., Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l.

¹²² SCS Rol 10.637-2018.

Buenos Aires,2002, 2ª edición, 2ª. reimpresión, p. 739)”¹²³.

2.4 Imparcialidad objetiva

La Corte, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que la imparcialidad presenta una dimensión subjetiva y otra objetiva (institucional):

“El referido concepto es el que tradicionalmente ha servido para delimitar el aspecto subjetivo de la garantía, pero junto a él se encuentran las limitaciones no reales o efectivamente comprobables sino las situaciones que se consideran, desde un plano externo al juzgador, como susceptibles de afectar el ideal del buen juicio (...) Concluyen que el corolario de la imparcialidad en su faz objetiva puede reducirse al siguiente principio: nadie puede ser sometido a proceso con intervención de un magistrado de cuya ecuanimidad pueda razonablemente desconfiar (Fleming A. y López Viñals P., Garantías del Imputado, Rubinzal - Culzoni Editores, Primera Edición, 2007, pp. 534 y 535) (...) En este contexto, todo acusado, en resguardo de su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, se encuentra en condiciones de reclamar la falta de dicha garantía cuando existen circunstancias externas, objetivas, que sugieren sospechas legítimas sobre la falta de prejuicios del juzgador en la solución del caso que debe resolver, sin que pese sobre el imputado la carga de demostrar que el juez, efectivamente, albergaba en su fuero interno la aspiración de una sentencia perjudicial a sus intereses. De este modo, en consonancia con las exigencias que postula la imparcialidad objetiva, todo juez respecto de quien puedan existir motivos plausibles para desconfiar de su imparcialidad debe inhibirse de conocer ese caso”¹²⁴.

Un caso paradigmático de afectación a la imparcialidad objetiva o institucional, es la incorporación al juicio oral de la sentencia condenatoria dictada respecto del coimputado en un procedimiento abreviado. La Corte ha aceptado esta actuación procesal, bajo el argumento que no está prohibida por el artículo 335 del Código Procesal Penal¹²⁵. No

¹²³ SCS Rol N° 4.181-2009, (considerando 9°). Ver también: SCS Rol N° 5.658-2009.

¹²⁴ SCS Rol N° 4.181-2009, (considerando 9°).

¹²⁵ En la SCS Rol N° 4.978-2008, (considerandos 13° y 14°) se resolvió: “Que en ese entendido, no se ha reclamado en esta sede ni ofrecido probar, que en la aludida sentencia dictada en procedimiento abreviado haya recaído pronunciamiento sobre la persona de los imputados cuyo juzgamiento se ventiló ante el tribunal del juicio oral en lo penal. En la misma perspectiva, nada impide al Ministerio Público incluir como

obstante ello, se transcribe el siguiente voto de minoría de los ministros Künsemüller y Brito, donde se ilustran los principales reparos que merece esta actuación probatoria: “Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes fueron del parecer de acoger el recurso deducido en razón de haber sido infringidas en el curso del procedimiento, garantías aseguradas en la Constitución Política de la República, en lo que dice relación con la incorporación de prueba que la ley prohíbe, luego de concluida la oportunidad de que disponía el Ministerio Público, lo que importa una autorización que contraría el deber objetivo de imparcialidad por las siguientes razones:

1° Que tal como ha señalado la doctrina chilena (Horvitz y López, Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, pág. 516 y siguientes, que cita a Cristian Riego, “El procedimiento abreviado”) el procedimiento abreviado tiene su fundamento en razones de economía procesal, así como en consideraciones de eficacia, al permitir la solución de un número importante de casos ante el estímulo que representa para el imputado la oferta de rebajas sustanciales de pena. Su regulación da cuenta de la existencia de tratativas preliminares entre imputado y acusador, negociación que comprende la calificación jurídica de los hechos con consecuencias sobre la entidad de la pena que se solicite y su forma de cumplimiento, renunciando el imputado a su derecho a un juicio oral.

2° Que, entonces, no obstante que subyace el deber de ponderar pruebas, la sentencia que se dicte en un procedimiento de este tipo se sustenta en la aceptación de los hechos de la acusación por parte del condenado, de manera que tales supuestos fácticos que sostienen lo decidido carecen de la fortaleza que emana de la contradicción propia de la rendición de la prueba en sede de juicio oral, con todas las garantías y resguardos propios de esta forma de enjuiciamiento. Así, el carácter negociado del procedimiento lleva a considerar que tales hechos son consecuencia de un estándar menor, que es funcional a los propósitos tenidos en cuenta al instaurar esta modalidad de juicio.

3° Que el entendimiento que precede obliga a extremar los cuidados al tiempo de ponderar

testigo para el juicio oral, a aquel imputado respecto de quien, ante el Tribunal de Garantía, propuso y aceptó un procedimiento abreviado con ocasión de los mismos hechos (...) Que tal como afirmó en estrados el representante de la Fiscalía, tampoco existe fundamento legal que reprima la posibilidad de incorporar como prueba de cargo la copia de la sentencia dictada en procedimiento abreviado contra otros imputados. Así quedó definitivamente resuelto en la discusión parlamentaria a propósito del artículo 335 del Código Procesal Penal, en que se suprimió la referencia al fallo a que aludía la norma”.

Ver también: SCS Rol N° 3.003-2010 y Rol N° 4.639-2014.

y precisar la prueba que se aporta por los intervinientes, pues la que proviene de un procedimiento abreviado que concluye en fallo condenatorio, como ocurre en el caso de autos en que se agregó la sentencia definitiva condenatoria, puede referirse a los hechos que imputa la acusación y, con su mérito, puede contribuir a formar convicción, no obstante que es claro que las probanzas en que se funda el fallo al que se alude no han sido escrutadas, luego de cumplirse el imprescindible proceso de contradicción, sobre la aceptación de los hechos y antecedentes de la pesquisa hecha por los imputados en tal forma de juicio. En efecto, la incorporación mediante lectura de una sentencia judicial dictada sobre los mismos hechos ventilados en el juicio oral correspondiente, pero en virtud de un acuerdo entre terceros, ingresa directamente, sin filtro, al acervo de conocimiento de los jueces del grado, lesionando en el proceso los legítimos derechos de la defensa del acusado que carece de posibilidades de refutación de tal instrumento y de los hechos asentados en él, amparados en una presunción de certeza sobre su contenido, atendido su origen jurisdiccional.

4° Que el principio de contradicción, integrante de la garantía procesal conculcada, es entendido - en términos generales - como la posibilidad de las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda influir en la decisión final, suponiendo la paridad de armas entre acusación y defensa en el proceso. Su respeto, entonces, obliga al mayor cuidado cuando se trata de ponderar actos formados fuera de ese modelo de contradicción, como lo es el analizado en este caso, por cuanto su efecto en la formación de la convicción de los sentenciadores del segundo juicio – el juicio oral- no es susceptible de control y torna plausible la alegación de contaminación del tribunal y pérdida de imparcialidad de éste en la decisión de lo debatido 5° Que, por el contrario, una interpretación respetuosa de los derechos del acusado habría extremado el control que los jueces del fondo deben hacer para la admisión de una prueba en la forma excepcional que ha ocurrido en la especie, debiendo pasar el estudio de su procedencia no sólo por la consideración del instrumento que se pretendía hacer valer a la luz de lo establecido en el artículo 335 del Código Procesal Penal, sino que también por el cuestionamiento sobre la naturaleza del mecanismo elegido, al existir otros susceptibles de control por parte de todos los intervinientes, como lo es la presentación – como testigo- del coimputado favorecido por una pena menor por los mismos hechos conocidos por el tribunal del juicio oral.

6° Que la declarada falta de relevancia asignada por los referidos sentenciadores al instrumento en cuestión, no permite soslayar los cuestionamientos precedentes al arrojar dudas sobre la realidad de la “ajenidad” que los referidos jueces deben ostentar respecto de los hechos que conocen, y permiten sostener la configuración de la primera causal subsidiaria esgrimida, tanto más cuando es inequívoco que los falladores conocieron

por medio de la lectura, los antecedentes esgrimidos para convencerlos de la ocurrencia de los hechos, cual es, precisamente, el hecho que altera las condiciones del juicio oral¹²⁶.

CS Rol N°41.757-2021, 31.12.2021

Antecedentes: Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa por infracción de garantías fundamentales toda vez que el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, incorporó oficiosamente el extracto de filiación y antecedentes fuera de audiencia (9), para así apoyar su decisión, sin abrir el debate necesario para que los intervinientes pudieran ser oídos y ejercer su rol contralor. La Corte señala que resulta agravante que el Tribunal concurre a suplir o corregir eventuales deficiencias del acusador, sumando una actividad ajena a los principios de objetividad e imparcialidad (10), particularmente cuando se trata de la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien pretende servirse de ella. Emergiendo así una especie de “subsidio procesal”. En virtud de todo lo anterior, la Corte Suprema señala que, el Tribunal incurrió en una vulneración de las garantías constitucionales, al incorporarse un elemento de convicción que (11), necesariamente, debió ser incorporado por los intervinientes, previo debate, en la audiencia del artículo 343, inciso final del CPP. Voto en contra de la Ministra Sra. Letelier, quien estuvo por rechazar el recurso, señalando que, no se logra visualizar la concreta y determinante repercusión de lo reclamado para efectos de poder aplicar una pena sustitutiva.

“**Noveno:** Que, en base a lo anterior, es dable concluir que dentro de las circunstancias que argumentaron los intervinientes para los efectos de determinar la pena a imponer y su cumplimiento, no se contempló la incorporación del extracto de filiación y antecedentes del imputado, sino que el tribunal optó por su obtención fuera de audiencia, para así apoyar su decisión, sin abrir al respecto el debate necesario para que los intervinientes pudieran ser oídos y ejercer el rol contralor que les asigna el código de enjuiciamiento criminal.

Décimo: Que, de este modo, ha resultado agravante para el debido proceso que el tribunal concurre a suplir o corregir eventuales deficiencias del acusador, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, particularmente cuando se trata de la incorporación de oficio de información que debió

¹²⁶ SCS Rol N° 4.639-2014

ser producida legalmente en el proceso por quien pretende servirse de ella. Emerge así una especie de “subsidio procesal” brindado por el juez más allá de lo pedido por los intervinientes, pues suple las omisiones de ella, conducta totalmente contraria a la garantía de la imparcialidad del juzgador, y que en los hechos priva a aquel que queda en situación desventajosa de la igualdad de armas, producto de las indagaciones de oficio y de resolver en base a ellas.

Undécimo: Que, como se ha analizado hasta aquí, el Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, incurrió en una vulneración de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso al incorporarse un elemento de convicción que, necesariamente, debió ser incorporado por los intervinientes, previo debate, en la audiencia del artículo 343, inciso final del Código Procesal Penal, todo lo cual configura la causal propuesta en autos, vicio que aparece revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que sólo es reparable por la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia objetada”.

2.5. La falta de imparcialidad objetiva se puede reclamar por motivos no expresados en la ley

Ya que la imparcialidad objetiva descansa en un motivo abierto, como es la existencia de circunstancias externas que sugieran sospechas legítimas sobre la falta de imparcialidad del juzgador, la ausencia de este derecho esencial no puede quedar limitada a la rigidez de los motivos legales de inhabilidad:

“A partir de tales pronunciamientos de la Corte Interamericana y tal como lo comenta Jauchen, se consagra el principio conceptual de que los motivos de parcialidad y en consecuencia de apartamiento del juez no se limitan a las taxativas causales de recusación enumeradas en los digestos procesales sino que también existe una variada gama de situaciones imposibles de enumerar pero que, genéricamente, aun cuando no estén expresamente previstas, configuran objetivamente motivos de apartamiento por colocar al juez o tribunal en duda sobre su imparcialidad (cit., p. 215) (...)De acuerdo con lo expresado precedentemente, resulta imperativo aceptar que, si bien tradicionalmente la imparcialidad del tribunal se ha tutelado por medio de las causales de implicancia y recusación, que pueden ser promovidas en forma incidental por la parte interesada o bien de oficio por el propio juzgador, una reclamación posterior a una decisión de un órgano jurisdiccional, relativa a la ausencia de este derecho esencial del debido proceso, no puede limitarse, a la luz de la denominada imparcialidad objetiva, a la rigidez de los motivos legales de inhabilidad, que han de interpretarse en relación a los principios constitucionales

informadores del proceso penal”¹²⁷.

2.6. La imparcialidad del tribunal constituye un imperativo directo del principio acusatorio

La imparcialidad impone al juez el deber de posicionarse frente al conflicto sin que medie compromiso con los litigantes o el asunto que ha de decidir. Acción y jurisdicción son esencialmente inconciliables, por ello un mismo órgano judicial no puede tener ambos poderes, esto es, no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, pues ello afecta la imparcialidad del juzgador:

“Conviene también destacar lo sostenido por el autor Eduardo M. Jauchen, quien entiende por imparcialidad del juzgador “el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia. Si el proceso es la forma civilizada como presupuesto para la realización del Derecho Penal, es indispensable que el encargado de decidir sólo podrá hacerlo con justicia si es imparcial, esto es, si no tiene inclinación favorable o negativa respecto a alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso” (Jauchen, E. Derechos del Imputado, Rubinzal - Culzoni Editores, Primera Edición, 2007, página 210) (...). A su vez, el señalado autor añade que “esta garantía también involucra necesariamente un sistema procesal en el que la acción penal no puede ser promovida de oficio. No se puede ser juez y parte al mismo tiempo, lo que conspira frontalmente con la esencia de la justicia. De ahí que el ajejo ne procedat iudex ex officio, pilar fundamental en todos los Estados de Derecho, sea el primer presupuesto insoslayable del respeto a la garantía constitucional del juez imparcial. El principio acusatorio formal dispone disociar las funciones requirente y decisorias, lo que apareja la necesidad del acto de instancia por parte de otro órgano totalmente distinto del juez. Acción y jurisdicción son esencialmente inconciliables, por ello un mismo órgano judicial no puede tener ambos poderes; no se puede ser juez y parte al mismo tiempo, pues ello afecta su imparcialidad objetiva” (op. cit., página 212)”¹²⁸.

¹²⁷ SCS Rol N° 4.181-2009, (considerando 9°).

¹²⁸ SCS Rol N° 5.658-2009, (considerando 9°).

La Corte, también ha dicho el juez debe posicionarse frente al conflicto “de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa”¹²⁹.

En un fallo más reciente la Corte Suprema ha indicado, “Que del análisis de la normativa descrita, aparece que el legislador ha establecido en forma estricta las facultades del tribunal en esta fase, consagrando atribuciones de carácter estrictamente procesal tendientes a cautelar la aplicación de tales procedimientos a los hechos que son calificados por el Ministerio Público como simples delitos o faltas a los que se solicite la imposición de una pena con el límite máximo señalado en la ley. En la ejecución del mandato entregado por la ley en tales procedimientos, el juez ha de velar por la adopción de todos los resguardos referidos a la decisión informada del imputado, recabando su voluntad inequívoca sobre los aspectos que la ley impone manifestar su aceptación o rechazo así como por la satisfacción de los deberes de información a la víctima y al mismo imputado sobre las posibilidades de acuerdos reparatorios y sus consecuencias, que contempla la ley. Tales prescripciones, entonces, permiten concluir que las atribuciones del tribunal en esta fase son de carácter meramente procedimental, reservando la calificación de mérito y valoración sólo para el momento de la sentencia que ha de dictarse en ellos, según la tramitación que corresponda, ya que ni siquiera la disposición que consagra la facultad del juez de garantía de rechazar el requerimiento en monitorio por insuficiencia de fundamento puede ser comprendida en una clave diversa de aquella que se desprende del análisis conjunto de dicha prerrogativa con lo dispuesto en el artículo 391 del Código Procesal Penal, por lo que el ejercicio de tal facultad consagrada en el artículo 392 se vincula exclusivamente con la satisfacción de los requisitos que impone la primera y no con un acto de valoración que es propio de momentos procesales en los que se ha recibido toda la

¹²⁹ SCS Rol N° 4.164-2009, (considerando 9°). Ver también: SSCS Rol N° 4.889-2005; Rol N° 5.658-2009; Rol N° 7.824-2008; Rol N° 4.760-2012.

prueba o los antecedentes necesarios para la dictación de una sentencia.”

“Por lo anterior, ha de disponerse la nulidad del acto viciado, al haber procedido el tribunal de garantía sobrepasando su competencia, instando improcedentemente por la reformulación de los hechos materia de la causa, atribución privativa del órgano designado constitucionalmente para el ejercicio de la acción penal, admitiendo una sustitución de procedimiento en un caso no previsto por la ley, perdiendo de vista que, como lo señala la doctrina en la materia, la palabra “juez” no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de “imparcial”. De otro modo, tal adjetivo integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto “juez”, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan sólo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo (permanente o accidental) requiere. (Maier, Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos, Ediciones del Puerto s.r.l., 2002, 2ª edición, pág. 739).”¹³⁰

2.7. La imparcialidad le impide al tribunal cualquier iniciativa probatoria

En forma reiterada la Corte ha resuelto “que de la lectura sistemática del Código se entiende que tanto el Juez de Garantía como el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, carecen de iniciativa probatoria”¹³¹.

Conforme a esta prohibición, ha resuelto anular el juicio y la sentencia en aquellos casos en que el tribunal se ha extralimitado en la formulación de preguntas aclaratorias:

“Que de lo razonado queda de relieve la restricción de cualquier iniciativa consistente en incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa por el tribunal, que no debe confundirse con la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente habilita a los jueces del tribunal oral, atinente a que sus miembros puedan formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto de la norma es que la prueba testimonial o pericial respectiva, ya fue presentada por uno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde, y por otro lado sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contra examen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los

¹³⁰ SCS Rol N° 34.418-2017, 29.08.2017, (considerando 6° y 10°).

¹³¹ SCS Rol N° 4.889-2005. Ver también: SSCS Rol N° 5.658-2009; Rol N° 7.824-2008; y Rol N° 7.785-2014.

casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellas [...] De lo constatado, aparece de manifiesto que la intervención reseñada no se ajustó a los supuestos del artículo 329 del Código Procesal Penal, pues no fueron dirigidas a aclarar aspectos puntuales entregados por la ofendida y la perito psicóloga [...] en orden a la efectividad de la agresión sexual y la eventual participación del inculpado, por lo que puede sostenerse que eso significó en los hechos la producción de prueba por parte del tribunal, dado que, como ya se dijo, ella no fue introducida por los contendientes, y la actividad desplegada por la jueza cuestionada no se ciñó precisamente a aclarar, que según el Diccionario de la Lengua Española significa “Disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo”, ni procedió a hacer perceptible, manifiesto, inteligible, aquellos temas ya indicados, sino que se propuso derechamente obtenerlos por sí misma, para así apoyar su decisión condenatoria, aspectos que sin duda van más allá de la claridad del examen y contraexamen de las deponentes ya individualizadas, conclusión que permite que el presente reclamo pueda prosperar”¹³².

¹³² SCS Rol N° 4.164-2009, (considerandos 10° y 11°). Ver también: SCS Rol N° 6.165-2009 y Rol N° 8.644-2014. Cabe tener presente que la Corte, para estar en condiciones de acoger la causal del artículo 373 a) CPP por este vicio, requiere la que defensa ofrezca como prueba de la causal el testimonio íntegro del testigo o perito, única forma de determinar si la actividad probatoria del tribunal implicó la incorporación de información novedosa al juicio y dejó a la defensa en situación de indefensión. Al efecto, ha resuelto la Corte: “(...) exceso que se reclama en las preguntas aclaratorias no está demostrado, puesto que sólo se ha escuchado un segmento de las preguntas, lo que por estar fuera del contexto del interrogatorio total, impide conocer si efectivamente ha existido el exceso”, SCS Rol N° 2.389-2013. En otro fallo declaró: “Que aun cuando, efectivamente, del tenor de las aclaraciones requeridas por la Sra. Juez, aparece que ésta formuló reiteradas preguntas al testigo, algunas precedidas de una breve introducción que pretendía explicar lo que no le quedaba claro, ocurre que en la especie la Sra. Defensora no ofreció dentro de su prueba del recurso, la declaración primitiva del testigo, obtenida del interrogatorio del fiscal de la causa y de la misma defensa, de modo que esta Corte sólo dispone de las interrogaciones formuladas por la Sra. Juez, situación de hecho que impide a estos juzgadores determinar si la Juez preguntó sobre hechos o circunstancias que no habían sido previamente indicadas por el ofendido y si fue cierto que a partir de sus propias conclusiones habría reducido al testigo a una mera afirmación o rechazo. Esta Corte ha resuelto con anterioridad que el artículo 329 del código del ramo establece una facultad para los jueces, en el sentido de formular sólo preguntas aclaratorias, vedando al tribunal la posibilidad de interrogar de manera directa a los testigos y peritos, puesto que la aportación de prueba debe ser cumplida por los intervinientes. Pero, como resulta necesario advertir, la definición de haberse incurrido o no en un exceso de esa facultad, pasa por la completa acreditación de sus circunstancias y, para ello, resultaba preciso que esta Corte tuviera acceso a la versión íntegra de la declaración del testigo y de las aclaraciones exigidas por el tribunal (...) Que la infracción de derechos o garantías constitucionales o establecidas en tratados internacionales vigentes, sólo tiene el efecto de conducir a la invalidación del acto, cuando con aquél se ha impedido el pleno ejercicio de tales garantías y derechos, de modo que no basta con la sola existencia de un interrogatorio por parte del tribunal

Y en otra sentencia señaló:

“Que de lo razonado queda en evidencia la restricción de cualquier iniciativa consistente en incorporar pruebas de cargo o descargo de forma oficiosa por el tribunal, labor que no debe confundirse, como aquí se ha pretendido, con la actividad que el artículo 329 del Código Procesal Penal expresamente habilita a los jueces del tribunal oral, atinente a que sus miembros puedan formular preguntas al testigo con el fin de aclarar sus dichos, toda vez que el supuesto de la norma es que la prueba testimonial o pericial respectiva, ya fue presentada por uno de los intervinientes en la controversia, sin tener en su producción ninguna injerencia el tribunal ante el cual se rinde, y por otro lado sus preguntas aclaratorias sólo se producen luego de ejecutado el examen y contraexamen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla - como ya se ha tenido oportunidad de advertir-, deberá serlo con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en juicio, y su deber el de mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellas (...) Que, en la situación sub lite, como ya se anticipó, esta Corte, luego de escuchar atentamente la prueba de audio ofrecida por la oponente y oída la intervención de la jueza presidente, algunos de cuyos trozos se reprodujeron en el recurso mismo y adicionalmente se escrituró en este dictamen, es dable concluir que consistió en un nuevo interrogatorio a dos testigos, asemejándose al examen que la ley sólo franquea al Ministerio Público, al querellante particular o a la Defensoría Penal en su caso, apreciándose de su desarrollo una serie de interrogantes que comienza a formular la magistrada, inquiriendo razones acerca de procedimientos operativos al interior de la sociedad afectada que no han sido abarcados en la acusación, para luego, a continuación, solicitar detalles acerca de eventuales responsabilidades del propio testigo o de terceros diversos de los acusados. Posteriormente procede, a partir de diversas aserciones, a obtener sólo confirmaciones respecto de presupuestos que son elaborados exclusivamente por la propia jueza. En otros pasajes responde por los testigos a modo de afirmaciones que ellos no entregan, formulándolas en su lugar, y cercenándoles la posibilidad de explayarse sobre los tópicos que se les requería a la sola voluntad de la

al acusado, puesto que -entendiendo que al exigirse una aclaración, lo que se pide es hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo en claro, explicarlo(según la acepción décima de esa palabra en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española)- es preciso demostrar que con la actuación del tribunal, el interpelado no sólo hizo claro algo ininteligible o lo explicó, sino que además, habría incorporado antecedentes o circunstancias que no manifestó cuando fue interrogado por los intervinientes, porque sólo de esa manera pudiera estimarse que el tribunal subsidió a una de las partes en la aportación probatoria.” SCS Rol N° 1.407-2010.

Ver también: SCS Rol N° 2.126-2012 y Rol N° 5.061-2010.

juez. En síntesis, se aprecian numerosos asertos que desarrolla autónomamente la juez, que después son presentados a los testigos para conseguir de ellos sólo afirmaciones o negaciones. De lo constatado, aparece de manifiesto que la intervención reseñada no se ajustó a los supuestos del artículo 329 del Código Procesal Penal”¹³³

Por otro lado, ha procedido a declarar la nulidad del juicio y de la sentencia, cuando el tribunal *a quo* ha incorporado en forma oficiosa a su decisión información que las partes no le han proveído. Así por ejemplo:

a) En la decisión del quantum de la pena y de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad

La Corte ha resuelto:

“Que, de acuerdo a lo señalado, es evidente que con el proceder del juez de garantía, se han quebrantado las normas analizadas, desde el momento en que de oficio trae a la vista el expediente referido que no fuera materia del requerimiento, tomándolo en consideración para determinar la pena, aumentarla y negar los beneficios solicitados por el imputado, situación que refleja que no se han respetado las normas referentes al derecho a un debido proceso contemplada en el artículo 19 N°3 inciso quinto ya citado, razón por la cual es forzoso concluir que el presente juicio y la sentencia en él recaída resultan ser nulos”¹³⁴.

En otro caso decidió: “Que, en virtud de los razonamientos y conclusiones precedentes, cuando el inciso segundo del artículo 395 del Código Procesal Penal, dispone que, en los casos en que el imputado admita responsabilidad en el hecho y deba dictarse sentencia inmediata, se permite la incorporación de antecedentes que sirvieran para la determinación de la pena, no posibilita al juez a realizar de oficio tal actividad, menos aún si con ello termina perjudicando al imputado, como sucedió en la especie al imponerle una pena con cumplimiento efectivo en circunstancias que el fiscal no se había opuesto a la petición de la defensa de concesión de algún beneficio alternativo [...] Que, en conclusión, la actuación del Juez del Tribunal de Garantía [...] que ha sido reprochada en estos autos, puso al imputado en una situación desventajosa o desfavorable, ya que al incorporar de oficio

¹³³ SCS Rol N° 3.873-2011.

¹³⁴ SCS Rol N° 4.889-2005, (considerando 9°).

antecedentes que no fueron hechos valer por el ente persecutor y comprometer su decisión con el interés de este último, le ha impedido al enjuiciado ejercer sus derechos como interviniente en un plano de igualdad frente a su oponente y consecuente con ello, le ha imposibilitado obtener una decisión jurisdiccional favorable, experimentando así el perjuicio trascendente requerido para la procedencia de la nulidad procesal”¹³⁵.

En los mismos términos procedió en la siguiente causa:

“[...] de los registros de audio de la audiencia de procedimiento simplificado escuchados como medio de prueba, que ninguna de las partes cuestionó la existencia y reconocimiento de la atenuante de irreprochable conducta anterior del imputado, ni aparece mencionada la eventual existencia a su respecto de condenas anteriores [...] La señora Juez de Garantía [...] a pesar de las anteriores circunstancias, procedió indebidamente a incorporar de oficio la información acerca de la existencia de una causa anterior, la que ni siquiera fue identificada en sus aspectos más mínimos en el fallo que se analiza, tales como la numeración correspondiente al RIT o RUC, el delito, las partes, fechas de acaecimiento del hecho, así como aspectos relevantes de la supuesta condena. No obstante, dicha circunstancia fue considerada para negarle al imputado la medida alternativa solicitada [...] Que, en este escenario, el imputado fue puesto en una situación desfavorable o desventajosa, ya que por la irregular actuación de la Juez de Garantía se vio privado de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus derechos como interviniente -que debe estar en absoluta igualdad de posiciones respecto de su oponente-, una decisión jurisdiccional favorable, experimentando así, el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal”¹³⁶.

b) En la resolución de la apelación del auto apertura

La Corte anuló el juicio y la sentencia condenatoria, en un proceso en que la prueba de cargo utilizada por el tribunal oral para fundar su convicción condenatoria, fue reincorporada al auto de apertura por la Corte de Apelaciones tras acoger un recurso de apelación del Ministerio Público. Pero antes de adoptar dicha decisión, la Corte de Apelaciones, fuera de audiencia y una vez finalizada la vista del recurso, solicitó como medida para mejor resolver traer a la vista la carpeta de investigación. La Corte Suprema

¹³⁵ SCS Rol N° 5.658-2009, (considerandos 11° y 12°).

¹³⁶ SCS Rol N° 7.824-2008, (considerandos 10° y 14°).

señaló en la sentencia de nulidad lo siguiente:

“En este sentido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa disponer una determinada diligencia, lo que hace en realidad es suplir la insuficiente exposición del persecutor y/o de la defensa, de modo que se entromete en el debido desarrollo del proceso, quebrando el principio de contradicción y, de paso, afectando su propia imparcialidad [...] Que como se ha analizado hasta aquí, aparece evidente que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al decidir solicitar la carpeta de investigación del Ministerio Público, para el mejor acierto de la apelación planteada, incurrió en una violación de las garantías constitucionales que aseguran al imputado el derecho a defensa y su debido proceso. El empleo de esa carpeta como aporte de conocimiento faltante o necesario de los datos de la causa, para resolver la apelación pendiente, queda en evidencia de la sola lectura del fallo pronunciado con motivo de ese arbitrio procesal, y donde es posible advertir, por ejemplo en su motivo tercero, que la Corte decidió con el mérito de los antecedentes de la carpeta de investigación de cuyo contexto tuvo por establecidos ciertos hechos”¹³⁷.

c) En la resolución de exclusión de prueba de la defensa

En otro caso, el máximo tribunal estimó vulnerada la imparcialidad porque el juez de garantía excluyó un metaperitaje de la defensa con argumentos que no le fueron entregados por el Ministerio Público:

“Que de lo razonado queda de relieve la restricción de cualquier iniciativa consistente en excluir pruebas de descargo de forma oficiosa por el tribunal o de abandonar su posición equidistante de los intereses de los intervinientes para suplir eventuales falencias de alguno de ellos (...) Que, atento a estas reflexiones, es posible advertir que del mérito de los antecedentes entregados por los intervinientes al momento de la vista del recurso y luego de oída la prueba producida, resulta inconcuso que la actuación del juez de garantía encargado de la audiencia de preparación del juicio oral respectivo no permitió el ejercicio de la ya señalada garantía que se observa vulnerada y los reproches que plantea el recurrente resultan idóneos para atribuir tal vicio a la presente causa, lo que permite acoger el libelo intentado”¹³⁸.

¹³⁷ SCS Rol N° 4.954-2008, (considerandos 9° y 10°).

¹³⁸ SCS Rol N° 8.637-2011.

2.8. La imparcialidad constituye un límite en la imposición de la pena

La Corte determinó que se vulneró sustancialmente esta garantía, en un proceso en que el tribunal *a quo* aplicó la pena de inclusión del perfil genético del sentenciado adolescente en el Registro Nacional de Condenados, la que no fue solicitada por el Ministerio Público:

“Que, el persecutor penal, es el exclusivo motor del proceso penal en vigencia, por lo que resulta agravante para la igualdad de posiciones de las partes que el tribunal concurra a suplir o corregir deficiencias en esa actividad, incorporando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, como la incorporación de oficio de sanciones que ni siquiera han sido pedidas por alguno de los intervinientes ni sometidas a escrutinio para justificar su procedencia, surgiendo una especie de “subsidio procesal” brindado por el juez en beneficio de las posiciones del Ministerio Público o parte que –conforme se comprobó de los audios que fueron escuchados en la audiencia- no efectuó ningún planteamiento al respecto (...) Que, en este escenario, el adolescente imputado fue puesto en una situación desfavorable o desventajosa, ya que por la irregular actuación del Juez de Garantía se vio privado de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus derechos como interviniente -que debe estar en absoluta igualdad de posiciones respecto de su oponente-, una decisión jurisdiccional favorable, experimentando *así, el perjuicio trascendente requerido por la nulidad procesal*”¹³⁹.

- **SCS Rol N° 42.438-17, 09.11.2017**

El Ministerio Público solicitó al Tribunal de Garantía la medida cautelar de prisión preventiva en contra del amparado formalizado por el delito de desacato (artículo 240 CPC), bajo el fundamento de que su libertad constituía un peligro para la seguridad de la víctima. Así las cosas, el Tribunal de Garantía resolvió acerca de la medida cautelar, decretando la prisión preventiva bajo el fundamento de que su libertad constituía un peligro para la seguridad de la sociedad.

“Que sin embargo, el Tribunal de Garantía resolvió acerca de la medida cautelar, extendiéndose a circunstancias no pedidas por el fiscal, pues consideró que el delito por el cual el amparado fue formalizado, de desacato, previsto en el artículo 240 del Código de

¹³⁹ SCS Rol N° 4.760-2012

Procedimiento Civil, “atenta contra la recta administración de justicia”, lo que lo condujo a estimar que su libertad constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, apartándose de manera flagrante de los términos de lo debatido y a lo dispuesto en la letra c) artículo 140 antes citado.”

2.9. La imparcialidad del tribunal cautela el contradictorio

Sobre este tópico, la Corte ha fijado como criterio que “las dudas del tribunal oral deben ser satisfechas por las partes, en este proceso, fiscal y/o querellante en su caso, y defensor. Ellos deben poner en conocimiento de los jueces todos sus argumentos y plantear los hechos de forma acabada y suficiente para que queden bien informados sobre aquello que ha sido sometido a su conocimiento, de suerte que de subsistir cualquier dificultad o de haberse verificado alguna inexactitud, el tribunal pregunta a los mismos comparecientes en la audiencia, sobre lo que le ha resultado oscuro o desconocido”¹⁴⁰.

La garantía de la imparcialidad se proyecta en la instancia recursiva para cautelar también, en esta fase, el contradictorio:

“El artículo 358 del código procesal, al establecer las reglas generales para la vista de los recursos, indica de modo expreso que, tras el anuncio, en la audiencia pública, se otorgará la palabra a él o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formularen. Esa norma dice precisamente que se permite intervenir a los recurridos y finalmente se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate. Se contempla, asimismo, la posibilidad que los miembros del tribunal formulen las preguntas que estimen necesarias a los representantes de las partes, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

Finalmente, en esa norma se señala que la sentencia se pronunciará de inmediato, y si no fuera posible, en un día y hora que deberán señalar [...] De todo lo expresado, es posible extraer como conclusión, que la Corte de Apelaciones cuando conoce del recurso deducido por el Ministerio Público contra el auto de apertura por la exclusión de pruebas

¹⁴⁰ SCS Rol N° 4.164-2009. Ver también: SSCS Rol N° 5.658-2009; Rol N° 6.165- 2009 y Rol N° 7.824-2008.

determinadas por el Juez de Garantía, debe limitarse a escuchar los hechos y argumentos que las partes le exponen y los antecedentes que ya obren en la carpeta que ha recibido. Cualquier duda que se le presente puede salvarla de inmediato, ante las mismas partes, por cuanto ello tiene el objeto que lo dicho por una de ellas pueda ser siempre conocido por la otra y controvertido o complementado, en su caso. Esta es la forma en que, actualmente, se conoce la apelación de un proceso penal. El tribunal no pide pruebas, no dispone oficiosamente la práctica de ninguna diligencia probatoria, ni para mejor resolver, puesto que la naturaleza propia de éstas cual sería la de las contempladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil- es precisamente agregar antecedentes probatorios o datos que no habían quedado suficientemente satisfechos”¹⁴¹.

Por último, sobre este ámbito de la imparcialidad, cabe señalar que la pasividad o neutralidad del tribunal en materia probatoria, constituye sin duda una garantía ineludible para un adecuado desarrollo del contradictorio. Así lo ha expresado el máximo tribunal: “es una manifestación del principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal y que constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria [...] Es este último, también, el motivo por el cual se ha asegurado a los intervinientes el derecho a ejercer sus facultades con tiempo y con los medios adecuados [...] razones todas por las cuales no se ve cuál podría ser la necesidad de dotar al tribunal, además, de atribuciones probatorias o “para mejor acierto” de lo que se somete a su conocimiento [...] En este entendido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y/o de la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad, y en algunos pasajes

¹⁴¹ SCS Rol N° 4.954-2008, (considerandos 8° y 9°). Ver también: SCS Rol N° 1.123-2010: “Que, en este sentido, cuando el tribunal de alzada se entromete, de propia iniciativa, en un asunto que no ha sido planteado ni discutido por ninguno de los intervinientes -en este caso, el giro de los cheques y sus protestos notificados en tiempo y forma-, se inmiscuyen en el normal desenvolvimiento del proceso, sobrepasando la competencia que le acuerda el sistema procesal, quebrantando el principio de contradicción y, de paso, afectando su imparcialidad”; y en la SCS Rol N° 7.649-2009: “En este sentido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa estudiar privada y directamente la carpeta de investigación, lo que hace en realidad es suplir la insuficiente exposición de alguno de los intervinientes, de modo que adopta un rol activo en el debido desarrollo del proceso, quebrantando el principio de contradicción y, de paso, afectando su propia imparcialidad”.

derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado”¹⁴².

2.10. La imparcialidad del tribunal garantiza la igualdad de posiciones

A través de la imparcialidad se resguarda, además, la igualdad de posiciones, ya que el favorecimiento indebido por parte del tribunal a las pretensiones de una de las partes coloca a la otra en una situación desventajosa o desfavorable. En tal sentido, la Corte ha señalado:

“Que la igualdad de las partes es una garantía que debe proyectarse al interior del proceso penal, traducándose en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estamos ante una infracción de esta naturaleza cuando se sitúa a las partes a una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva del principio de contradicción. Este relevante rol incumbe al tribunal oral, quien deberá velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el enjuiciado y la parte acusadora, representada por el fiscal y/o querellante particular, durante el desarrollo del juicio oral [...] Que, por consiguiente, el persecutor penal es el exclusivo motor del proceso criminal en vigencia, de manera que resulta agravante para la igualdad de posiciones de los litigantes que el tribunal concurra a suplir o corregir deficiencias en esa actividad, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo, como la incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien soporta ese peso; y emerge una especie de “subsidio procesal” brindado por la juez en beneficio de las posiciones del Ministerio Público, conducta que resulta totalmente fuera de lugar en el contexto de estos procedimientos”¹⁴³.

3. Fundamentación de la sentencia

La sentencia definitiva es la resolución judicial a través de la cual el tribunal efectúa una

¹⁴² SCS Rol N° 4.164-2009 (considerando 14°). Ver también: SCS Rol N° 4.954-2008; Rol N° 7.824-2008; Rol N° 6.165-2009.

¹⁴³ SCS Rol N° 4.164-2009, (considerandos 16° y 17°). Ver también: SCS Rol N° 7.824-2008; Rol N° 4.954-2008; Rol N° 4.760-2012.

motivación pública de su decisión mediante la explicación de todas las inferencias inductivas que justifican y apoyan su conclusión, a partir de todas y sólo las pruebas y elementos probatorios producidos durante la audiencia del juicio oral. En suma, la motivación de la sentencia es una garantía específica cuya principal función consiste en hacer posible un control *a posteriori* sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión, lo que incluye el control sobre la valoración de las pruebas. En esta línea, la Corte Suprema ha señalado

“Que, la debida fundamentación de toda resolución judicial es una garantía constitucional y forma parte del control jurisdiccional y público que caracteriza el nuevo proceso penal. Además de ser un deber constitucional del juzgador, es un derecho del justiciable al reexamen de la cuestión sometida a decisión ante jueces distintos. El deber de motivar las sentencias es un componente esencial del modelo de jurisdicción propio de un estado democrático de derecho”¹⁴⁴. Asimismo, “la motivación de las sentencias constituye una faceta o cariz de un “justo y racional procedimiento” como exige nuestra carta fundamental, que debe cumplirse, por ser esta la ocasión en que el Estado, por medio del órgano jurisdiccional, responde al derecho de petición y especialmente a la acción intentada en el proceso, lo cual, sin duda, debe tener en consideración el tribunal superior al revisar eventualmente la decisión”.

Sólo a través del juicio y la motivación de la sentencia es posible la legitimación retrospectiva de la decisión jurisdiccional, que viene exigida por el principio de legalidad, esto es, la verificación del contenido fáctico de las normas jurídico-penales que constituyen el presupuesto para la adjudicación de responsabilidad penal¹⁴⁵. De este modo, si los sentenciadores incumplen su obligación de fundamentar el fallo, la sentencia se transforma en un acto ineficaz por incapacidad operativa:

“Que habiendo sido incumplida por parte de los sentenciadores su obligación de fundamentar el fallo, resulta procedente declarar la ineficacia de dicha resolución, sustentado en que estamos en presencia de un acto jurídico, como lo es la sentencia, el que no alcanzó a tener entidad jurídica, transformándose en un acto ineficaz por incapacidad operativa, esto es, por tratarse de un acto jurídico procesal que carece de sustancia, al estar falto de la motivación suficiente que le permita tener como fundamento o fuente de su decisión las argumentaciones y reflexiones que, a su vez, le permitan al

¹⁴⁴ SCS Rol N° 9.492-2009.

¹⁴⁵ López y Horvitz. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 341.

sentenciador arribar a su decisión conclusiva”¹⁴⁶.

En varias oportunidades la Corte Suprema se ha pronunciado sobre el motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 e) del Código Procesal Penal, especialmente por omisión del requisito de la letra c) del artículo 342 del citado Código¹⁴⁷, lo que ha generado una profusa jurisprudencia en materia de fundamentación. Cabe tener presente que la Corte ha ejercido un control en este ámbito teniendo en consideración para ello que “las señaladas normas reglamentan la forma de cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y si no son respetadas permite la anulación correspondiente. No hay en ello, consiguientemente, un control del tribunal ad quem sobre los hechos, sino sobre el cómo llegaron a ellos los jueces del tribunal oral”¹⁴⁸. o que “no constituye una nueva valoración de los antecedentes reunidos en la investigación y de los que tomaron conocimiento los jueces de modo directo en las audiencias en que se realizó el juicio oral, sino que conforma un simple ejercicio de control y verificación de aquello que la sentencia dice que han dicho los testigos, de acuerdo a lo que en ella misma se consigna y de la forma en que se aprecia, divorciándose de los principios que deben inspirar esta labor propia de esos jueces, esto es, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.”¹⁴⁹.

A continuación, se expondrán los estándares más relevantes fijados por la Corte en esta

¹⁴⁶ SCS Rol N° 6.751-2009.

¹⁴⁷ Esta disposición ordena imperativamente lo siguiente:

“Artículo 342. Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá (...) c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

Por su parte, el artículo 297 del mismo cuerpo legal dispone: “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba de la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

¹⁴⁸ SCS Rol N° 1.208-2008. Se manifestó en términos similares en la SCS Rol N° 964-2003: “Por tanto, las señaladas normas reglamentan la forma de cómo los jueces deben dar por acreditados los hechos y si no son respetadas permite la anulación correspondiente. No hay en ello, consiguientemente, un control del tribunal ad quem sobre los hechos, sino sobre el cómo llegaron a ellos los jueces del tribunal oral”.

¹⁴⁹ SCS Rol N° 1.258-2012.

materia.

3.1. Hay ausencia de fundamento tanto cuando éste se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad

La Corte Suprema ha resaltado la importancia que todo fallo cumpla con los fundamentos de claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos. En este contexto “surge la distinción racional sobre lo que constituye en efecto el fundamento del fallo por parte de los jueces, distinguiendo lo que son las motivaciones, fundamentaciones, justificaciones y argumentaciones, problema resuelto por la jurisprudencia comparada al señalar que hay falta de fundamento tanto cuando éste se encuentra ausente, como cuando la ausencia es parcial o son insuficientes los expresados, al igual que en el evento de existir incoherencia interna, arbitrariedad y falta de razonabilidad”¹⁵⁰.

En un sentido similar, criticando un razonamiento viciado, la Corte señaló:

“Vigésimo segundo: Que, en el motivo Duodécimo los sentenciadores acuden, para dar por establecida la convivencia entre Isidora González y Guillermo Atenas, a las siguientes circunstancias:

a) Que ella vivió con Atenas en una de las piezas del inmueble de calle Hurtado 1.201 durante unas tres semanas más o menos.

b) Que su cohabitación no estaba circunscrita a compartir techo, ya que, según los dichos de testigos, ellos mantenían una relación de pareja y aún cuando no constaba la práctica de relaciones sexuales, “esto era un elemento que podía colegirse”.

c) Que ella expresó su molestia con grupos feminazis por su falta de reacción al ver que había sido agredida por Atenas, a quien insultó por escrito, “mismo individuo respecto de quien manifestó un sentimiento amoroso”.

d) Que, pese a lo incipiente de la relación, decidió mantenerse junto al hechor “sin permitirse siquiera llegar más tarde a la pieza que compartían para lavar ropa o bañarse o socializar con otras amistades, dado que se trataba de una relación con vocación de permanencia, lo que permite sostener la existencia en ésta de seriedad y estabilidad, todo lo que en definitiva lleva a la conclusión que el desarraigo social, la vulnerabilidad

¹⁵⁰ SCS Rol N° 6.751-2009

económica, emocional y sanitaria en función del consumo de drogas y alcohol, no resulta un óbice para entender que entre Isidora González Rojas y Guillermo Fabián Atenas Cornejo hubo una relación de convivencia.

Vigésimo tercero: Que, todos los elementos precedentemente transcritos, no conducen, en modo alguno -a juicio de este tribunal- a llevar a la convicción más allá de toda duda razonable, de que la forma de vida común que compartieron durante tres semanas el imputado y la víctima, pueda equipararse a la que es propia del matrimonio.” 151

· **SCS Rol N° 40960-2020, 18.03.2020.**

“DÉCIMO: Que como colofón de lo antes expuesto y razonado, es posible concluir que tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como aquella que se pronuncia en un juicio oral simplificado, deben ser escrituradas, aunque ello se haga inmediatamente después de terminada la audiencia en que se pronunciaron en forma verbal, lo que no aconteció en la especie, toda vez que consta del mérito de los antecedentes que solamente se transcribió -en el acta de la audiencia-, un resumen del fallo que se impugna, lo que denota que el juez de la instancia no dio cumplimiento oportuno a dicho mandato.

Por lo demás, esta Corte ha advertido que en algunos tribunales se ha hecho práctica común, tratándose de juicios orales simplificados -en los que por cierto no ha existido una admisión de responsabilidad por parte del requerido-, registrar únicamente la parte resolutive de la sentencia, lo que no se ajusta a los derechos que les asisten a los intervinientes en el proceso penal y tampoco respeta sus garantías constitucionales, de modo que la infracción anotada, precisamente porque viola el derecho al proceso legalmente tramitado, conforma también un motivo de invalidación de acuerdo a lo señalado en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, motivo por el que el recurso de nulidad incoado por la defensa del encartado será acogido.”¹⁵²

3.2. La garantía de la fundamentación se refuerza en las sentencias condenatorias y el imputado ha negado los hechos

¹⁵¹ SCS Rol N° 26.180-2018

¹⁵² Ver también: SCS Rol N° 24296-2020, de fecha 29.05.2020.

La Corte ha señalado que “la necesidad de motivar las sentencias (...), se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos”¹⁵³. Precisa esta idea del siguiente modo:

“Que la necesidad de motivar las sentencias -que no pretende satisfacer necesidades en orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el tribunal que revise la resolución-, se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos, la que tendrá la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma: que los jurisdiccentes expliquen suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera. Es fundamental explicar con el máximo de detalles la convicción de condena, para que la sociedad comprenda las razones contenidas en las decisiones jurisdiccionales, basada en una actividad que ha permitido dar por comprobados hechos y circunstancias básicas relativas a la existencia del suceso punible y a la culpabilidad de los imputados”¹⁵⁴.

En estos casos, un plus de motivación es requerido por la sencilla razón de que los hechos imputados han sido controvertidos:

“Que la motivación de las sentencias debe permitir conocer las razones que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo de la pretensión punitiva ejercida por el Estado. De la motivación debe desprenderse con claridad las razones que ha tenido el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos”¹⁵⁵.

3.3. El dolo o los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal, solamente pueden fijarse por un proceso de inducción

Al respecto la Corte ha expresado

“Que, por consiguiente, el dolo o los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal, solamente pueden fijarse por un proceso de inducción. Estos juicios de

¹⁵³ SCS Rol N° 5.898-2008

¹⁵⁴ SCS Rol N° 6.751-2009. Ver también: SCS Rol N° 1.369-2010, (considerando 28°).

¹⁵⁵ SCS Rol N° 1.414-2009, (considerando 29°).

inferencia, como actualmente se prefiere denominarlos, permiten al tribunal, mediante una operación lógica deducir del material fáctico que la probanza practicada ha puesto a su alcance, la concurrencia de los componentes anímicos del suceso delictuoso, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que en un principio permanece reservado en el individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación se requiere de una inferencia a partir de los datos exteriores. Sobre estas consideraciones es indudable que las pruebas indirectas, indicios o presunciones, revisten sin duda aptitud probatoria y su utilización en el proceso será siempre necesaria, debiendo tenerse particularmente en consideración que, como apunta un autor, la intención criminal sólo puede ser puesta en evidencia de manera indirecta (Mauricio Silva Cancino, Las Presunciones Judiciales y Legales, Editorial Jurídica Conosur, 2ª edición, Santiago, 1995, p.50). De esta manera, cuando no existe prueba directa de un concreto estado de la conciencia o de la voluntad, ha de acudir a la denominada prueba de indicios, para a través de unos datos exteriores completamente acreditados inferir la realidad de este estado de espíritu del autor de la infracción penal, necesario para la incriminación del comportamiento de que se trate. Por tanto, el tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior de comportamiento, debiendo consignar los hechos acaecidos para extraer de él los las consecuencias que sobre tal cuestión estimaba oportunas, partiendo siempre de razonamientos indirectos porque sólo la prueba indiciaria -deducida lógica, racional y causalmente entre el hecho acreditado y la circunstancia acreditable- puede conformar la íntima convicción de los jueces”¹⁵⁶.

Si el dolo directo se comprobará mediante indicios, ello exige un mayor plus de motivación:

“Así tratándose de un componente del tipo criminal que se comprobará sólo por prueba indirecta o por indicios, toda vez que es la única disponible -prueba absolutamente necesaria- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como el dolo directo en este caso; si configura la especie más grave de dolo, se exige un mayor plus de motivación que requiere verificar la existencia de los datos incriminatorios que le permitieron construir el juicio de inferencia y singularmente comprobar la razonabilidad de las conclusiones alcanzadas de conformidad con las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ SCS Rol N° 5.898-2008

¹⁵⁷ SCS Rol N° 5.898-2008

En SCS ROL N°33238-20, la Corte sostuvo que el ilícito de receptación, supone que dentro principio lógico de la razón suficiente al condenar en virtud de indicios que no llevan de forma unívoca a tal conclusión. “DÉCIMO: Que cierto es que para establecer la existencia del dolo en el delito de receptación, no es necesario que el sujeto activo tenga un conocimiento exacto o preciso del hecho delito específico del cuál proviene la especie, bastando que tenga un conocimiento general de su origen ilícito; como también es efectivo que dicho conocimiento se puede establecer mediante pruebas indirectas o indiciarias que se hayan aportado al proceso.

Ahora bien, en el presente caso los sentenciadores del fondo infieren el dolo con que actuó el imputado basándose, como premisas, “...en las condiciones en que se encontraba el vehículo, esto es, con un total desorden y sin llave”, lo que estiman suficiente para determinar que aquél “...no podía menos que conocer que se trataba de un móvil que había sido previamente sustraído a su legítimo dueño, lo que además se deduce de la circunstancia indubitada de que no era de propiedad del imputado”. Del proceso se pruebe el conocimiento, o que a lo menos no podía sino conocer, el origen ilícito de el o los bienes. Sin dicha convicción, al Corte entiende que se contraviene el

UNDÉCIMO: Que el razonamiento anterior no aparece revestido de la necesaria lógica que se exige para construir, a base de indicios, la conclusión que permita dar por probado un hecho, en este caso, el conocimiento de que el vehículo en que se encontraba el acusado provenía de un delito.

En efecto, que un vehículo motorizado se encuentra estacionado en la vía pública, sin llave y con su interior desordenado, no puede llevar a establecer como necesaria consecuencia que ello permita conocer que proviene de la comisión de un delito, toda vez que tal estado puede derivar de distintos motivos (como por ejemplo, que el dueño olvidó cerrarlo). Tampoco se puede concluir tal conocimiento a partir del hecho que el vehículo no era de propiedad del acusado, toda vez que tal circunstancia simplemente solo permite establecer que, en el peor escenario, tenía la intención de sustraer las especies que estaban en el interior, pero no necesaria e ineludiblemente que supiera que provenía de un ilícito.

En suma, no existen premisas a partir de las cuales construir el hecho que da por establecido el tribunal de la instancia, del momento que no son unívocas, esto es, que a partir de ellas se pueda deducir o inferir una única conclusión, en este caso, el conocimiento del origen ilícito de la especie o la concurrencia del dolo como elemento del tipo penal.

Sigue de ello que los razonamientos respecto de la faz subjetiva del delito contravienen el principio lógico de razón suficiente, esto es, que el hecho que se da por probado debe tener una causa o razón determinante que lo explique, de tal modo que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. Tal no acontece en el fallo impugnado, como ha quedado más arriba dicho.”

La prevención, del Ministro Sr. Künsemüller, afirmó:

“Que, a juicio de quien previene, las circunstancias que menciona la sentencia impugnada, como bases o fundamentos de una prueba indiciaria sobre el dolo del imputado, no resultan idóneas para el efecto perseguido, omitiendo los jueces hacerse cargo del elemento central, sin el cual no puede plantearse el dolo eventual, cual es la representación por parte del hechor, en este caso, del origen ilícito del vehículo de que se trata, representación que implica "tener en cuenta", "considerar como probable" aquello que la ley penal reprueba y aceptar su ocurrencia, asentir en ella, esto es, un elemento perteneciente a la esfera intelectual, íntima, del sujeto.

Es evidente que las meras suposiciones, conjeturas, sospechas o barruntos – no constitutivas de prueba indiciaria – utilizadas para fundar la condena, poseen el defecto de falta de razón suficiente y su establecimiento, en la forma en que se ha hecho, evidencia una contravención a las reglas de la sana crítica.”

· **SCS Rol N° 33238-2020, 26.05.2020.**

DUODÉCIMO: Que así las cosas, en la sentencia atacada se ha incurrido en el motivo de nulidad previsto en el Art. 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los Arts. 342 letra c) y 297 del mismo cuerpo legal.

En efecto, la primera disposición consagra como causal del recurso interpuesto en autos “...cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);”; a su turno, la letra c) del segundo precepto citado establece que es requisito de la sentencia definitiva “La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”; y esta última regla procesal preceptúa, respecto de la valoración de la prueba y en lo que interesa, que “ Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.” (inciso primero); agregando en su inciso final que “La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

En la especie, la sentencia materia del recurso contradice, al valorar la prueba, el principio lógico más arriba indicado, de tal modo que su fundamentación fáctica no permite la reproducción del razonamiento en virtud del cual se concluyó que se reunían todos los elementos del tipo penal por el que se condenó al acusado, entre ellos, el elemento subjetivo constitutivo del dolo penal; circunstancia esta última que no es posible inferirla de los aludidos razonamientos, como ha quedado anteriormente expresado.

10°) Que, finalmente, en cuanto a la segunda causal subsidiaria invocada por la defensa, referida a la infracción de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, particularmente en lo que dice relación con la falta de fundamentación relativa al elemento objetivo del tipo penal receptación, a saber, “tener en su poder”, estos magistrados tuvieron en consideración que el delito de receptación se construye desde un presupuesto negativo, cual es, que el receptor no haya participado, de ninguna forma, en la comisión de un delito contra la propiedad; y un elemento positivo construido desde tres vértices, a saber, el primero dado por la tenencia del objeto; el segundo generado por el conocimiento de la procedencia ilícita del bien; y finalmente por la intención de aprovecharse para sí de ese delito, es decir, el ánimo de lucro.”

3.4. La prueba indiciaria es más garantista por el plus de motivación que exige

Citando al Tribunal Supremo español, la Corte Suprema ha señalado que la prueba indiciaria “es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más por el plus de motivación que exige....que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo....” (STS 33/2005, 19.01.2005)¹⁵⁸.

Ahora bien, las inferencias permitirán cumplir con el estándar de convicción previsto en el artículo 340 del Código Procesal Penal

“siempre que éstas tengan su punto de origen en hechos plenamente probados; que los hechos constitutivos del delito o participación se deduzcan de los primeros, a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano y, si los hechos probados permiten diversas conclusiones o interpretaciones, que la sentencia explique las razones de su elección. El nexo entre el hecho base y el hecho en consecuencia debe ser

¹⁵⁸ SCS Rol N° 5.898-2008. Ver también: SSCS Rol N° 1.369-2010 y Rol N° 1.414-2009.

coherente, lógico y racional. Su falta de concordancia con las reglas del criterio humano, que puede tener su origen tanto en la falta de lógica o de coherencia en la inferencia como por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la misma, harán que las presunciones sean inaptas para lograr la convicción necesaria para hacer desaparecer la presunción de inocencia del imputado y, en definitiva, establecer su culpabilidad”¹⁵⁹.

3.5. La fijación de los hechos debe estar precedida de una valoración racional de la prueba¹⁶⁰

Esta exigencia de valoración racional de las pruebas ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por ejemplo, ha declarado expresamente que “(...) Es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces: deben ser el resultado de la estimación racional de las probanzas exteriorizada como una explicación igualmente racional acerca del por qué se decidió de esa manera –y no de otra”¹⁶¹.

Al respecto, revisaremos algunos criterios jurisprudenciales.

a) Para que el *ad quem* esté en condiciones de pronunciarse sobre una eventual infracción al inciso primero del artículo 297 del Código Procesal Penal, el recurrente debe señalar en forma precisa el principio de la lógica o la máxima de la experiencia vulnerada.

Al efecto la Corte ha señalado:

“Es por ello que a fin de que esta Corte, en cuanto tribunal de nulidad, se encuentre en condiciones de efectuar un control sobre las reglas de la valoración de la prueba en la fundamentación de la sentencia penal, resulta indispensable que la parte recurrente precise al momento de formalizar su recurso las reglas fundamentales de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que habrían sido incumplidas por los jueces de la instancia, límites de ponderación que tradicionalmente se han entendido referidos a las leyes de

¹⁵⁹ SCS Rol N° 740-2005

¹⁶⁰ Como se sabe, el sistema recogido por el Código Procesal Penal es el de valoración de la prueba denominado "sana crítica". Esto significa que la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración, pero la operación misma está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad. Ver Ferrer, Jordi. La valoración racional de la prueba, Ed. Marcial Pons, 2007, p. 45.

¹⁶¹ SCS Rol N° 1.967-2013. Ver también: SCS Rol N° 790-2013.

coherencia y derivación y a los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Para dar cumplimiento a ese imperativo no basta con afirmar que la sentencia contraviene las reglas de la lógica, si no se dota de contenido a esa afirmación”¹⁶².

b) La descripción física para ser tal debe ser detallada. Ello constituye una máxima de la experiencia.

Así lo ha declarado el máximo tribunal:

“(…) La experiencia indica que una detallada descripción física incluirá aspectos tales como, estatura y peso aproximado, color de piel, de ojos y de pelo, contextura, forma del cuerpo y tal vez del pelo o su largo, etc., pero decir simplemente que era alto o que destacaba de entre sus acompañantes, sin que siquiera se sepa quiénes o cómo eran los demás no alcanza para una descripción y menos aún, para una que tenga la calidad de detallada. En sentido gramatical, identificar es comprobar si una persona o cosa es la misma que se supone o busca. Etimológicamente la palabra identidad deriva del latín “ídem”, el mismo, lo mismo, y “ens, entis”, ser o ente, significando “el mismo ser”. Por lo tanto es el conjunto de características que hacen única a una persona”¹⁶³.

c) La razón suficiente.

Bajo este principio se ha resuelto que la decisión de condena no puede basarse solo en testigos de oídas para concluir que el arma pertenecía al imputado:

“(…) En la especie, queda de manifiesto que la inferencia del hecho de pertenecer el arma al acusado no ha sido fundamentada. En efecto, la justificación que se echa de menos sobre ese hecho debió derivar de las probanzas producidas en el juicio, y en este sólo declararon los policías que nada podían saber acerca del origen del arma. Su conocimiento personal, entonces, es insuficiente, por cuanto la información vertida en sus declaraciones fue dada en su calidad de testigos de oídas respecto de la denunciante, cuyo testimonio fue excluido en la audiencia de preparación del juicio. Así las cosas, es claro que la afirmación de ocurrencia del referido hecho –pertenencia de la escopeta al acusado- debe ser consecuencia de una fuente distinta de las recién mencionadas, porque se trata de una

¹⁶² SCS Rol N° 11.785-2013. Ver también: SCS Rol N° 12.744-2013.

¹⁶³ SCS Rol N° 7.009-2012

proposición fáctica diferente de la existencia de dicha”¹⁶⁴.

Asimismo, el principio requiere que los razonamientos del tribunal demuestren una fuerza probatoria suficiente para tener por establecidos el delito y la participación:

“Que como se viene sosteniendo, en el fallo no hay una explicación acabada acerca de la fuerza probatoria que se atribuye a cada una de las pruebas rendidas ni es posible sostener la suficiencia de razonamientos acerca del modo como el tribunal decide tener unos hechos como justificados”¹⁶⁵.

· **SCS Rol N° 33156-2020, 19.06.2020.**

“Cuarto: Que, respecto de la causa principal del agravio, útil resulta tener en consideración que la ley exige respecto del examen de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, ya que la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocerla no sólo al acusado sino a todos los intervinientes en el proceso criminal. Este proceso, entonces, supone exponer razones, formular interpretaciones y exponer posiciones sobre las tesis que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y el razonamiento que respalda la convicción adoptada. Así, entonces, revisada la sentencia atacada para los efectos de tutelar la satisfacción de los mandatos antes descritos, forzoso es concluir que el reproche no es efectivo, pues el fallo cumple con todas las exigencias antes referidas: el tribunal recurre a la prueba rendida en juicio y expone las reflexiones que condujeron a los jueces inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye al acusado, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba ofrecidos, los que fueron apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal, por lo que lo expresado para dar valor a los testimonios y demás pruebas presentadas en la audiencia no se traduce, en modo alguno, en una contravención del principio lógico derivado de la razón suficiente denominado de corroboración, pues el fallo aporta sus motivos y expresa con claridad cómo y por qué tuvo por establecida la participación del acusado Reed Zúñiga, en los hechos configurados.

Así se lee de los motivos octavo, noveno, décimo y decimoctavo del fallo, que dan cuenta

¹⁶⁴ SCS Rol N° 189-2013

¹⁶⁵ SCS Rol N° 790-2013

de la tesis del tribunal sobre la forma de ocurrencia de los acontecimientos y la inexistencia de motivos para aceptar los postulados de la defensa, de manera que no resulta efectiva la omisión que se acusa ni menos que lo decidido se afiance solamente en una apreciación parcial de la prueba, toda vez que lo expuesto en tales motivaciones da cuenta tanto de los presupuestos de hecho como de las conclusiones normativas de los sentenciadores y que fundan el rechazo de la tesis defensiva.

Por lo expresado, en lo que se refiere a esta causal, el recurso será rechazado.”

· **SCS Rol N° 32881-2021, 11.11.2021.**

“**Décimo tercero:** Que como se ha señalado en diversas ocasiones, el deber de motivar las decisiones tiene como esencia, el posibilitar la fiscalización de la actividad jurisdiccional, tanto por otros tribunales superiores mediante los recursos, como por los contendientes y el resto de la sociedad.

De ello fluye que es imprescindible que los jueces expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso, de lo que no se trata en la especie, toda vez que la discusión se centra en la determinación de los elementos del tipo, cuestión de suyo relevante, a fin de evitar arbitrariedades.

Así, el artículo 297 del Código Procesal Penal, impone a los tribunales la obligación de apreciar la prueba con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, debiendo hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, cuestión que en la especie no ha ocurrido.

d) Constituye una infracción a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia que el imputado, habiendo negado su participación en los hechos, autorice una diligencia que pueda arrojar evidencia que lo incrimine. Asimismo, es contraria a toda racionalidad que determinado documento se encuentre al mismo tiempo en dos lugares distintos.

Sobre este tópico la Corte ha expresado:

“Que, sin embargo, la valoración que el tribunal hizo de las pruebas allegadas a la causa, tanto por el persecutor como por la defensa, repugna a las máximas de la experiencia, a los conocimientos científicamente afianzados y a la leyes de la lógica. Un sujeto que mantiene a la vista 442 gramos de cocaína clorhidrato, en conocimiento de ese hecho, no autoriza

voluntariamente el ingreso de un funcionario policial a su domicilio. En el presente caso, nadie discute que (...) admitió el ingreso, lo que se discute es que según el Ministerio Público, facultó el acceso a su domicilio, en tanto el acusado sostiene que permitió el ingreso a la casa de un vecino, que él sólo cuidaba. Del mismo modo, carece de toda lógica que el acusado mantenga la cédula de identidad en su poder y la entregue al funcionario policial, pero que al mismo tiempo aquélla aparezca al lado de la droga, como demostración que es suya o que se encuentra en su posesión. El referido documento de identificación no podía haber estado en dos lugares al mismo tiempo, porque ello atenta contra las leyes de la física. Tampoco aparece razonable que si los funcionarios vienen acompañados por un camarógrafo, entren al domicilio y no fijen la presencia de la cédula en el lugar del hallazgo. Ello contraría, sin duda, las máximas de la experiencia”¹⁶⁶.

e) Dividir la declaración del imputado, y aceptar solo aquella parte que lo perjudica, es contrario a las máximas de la experiencia.

Al respecto, la Corte señaló

“La acreditación misma de la residencia, domicilio o morada del sujeto, pudo ser demostrada por el hallazgo de su ropa o algún otro tipo de enseres dentro de la habitación, lo que no aparece en los antecedentes y, de la misma manera, habiendo discutido tanto el acusado como su hermana, que el domicilio del primero era el del lado, no aparece que la policía se cuidara de verificar si en la casa del lado estaba efectivamente su ropa, sus elementos de trabajo u otra cosa que avalara lo sostenido por una u otra parte. Por el contrario, se dejó constancia que frente al domicilio allanado estaba estacionada una moto de un tal “Halabi” que fue individualizado como (...) (fs. 32) uno de los sujetos que se había dado a la fuga, respecto de la cual el acusado también dijo que la cuidaba. Este extremo de su declaración fue aceptado, sin embargo no lo fue, la parte donde dijo que también cuidaba el inmueble donde estaba la droga. Esta discriminación que se ha hecho en la sentencia, se alza también en una infracción a las máximas de la experiencia”¹⁶⁷.

3.6. El tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba, conforme lo ordena el inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal¹⁶⁸

¹⁶⁶ SCS Rol N° 1.258-2012.

¹⁶⁷ SCS Rol N° 1.258-2012.

¹⁶⁸ La valoración racional de la prueba exige, además, que las pruebas sean valoradas individualmente.

a) Esta regla obliga al tribunal a quo indicar el contenido del medio de prueba en la sentencia.

“De todo lo relacionado, resulta muy claro que el nuevo proceso penal obliga a los jueces en la sentencia definitiva que dicten a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar, conforme a las normas de la dialéctica, a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para *darle preeminencia o resultan coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditado los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente*”¹⁶⁹.

b) Se infringe la regla cuando el tribunal no se hace cargo de los cuestionamientos que la defensa levantó contra la prueba de cargo.

“Que según se advierte del pasaje recién transcrito, el argumento de la defensa en el sentido que los carabineros habían incurrido en contradicciones que afectarían la verosimilitud de sus atestados, no puede ser soslayada con una elucubración como: “qué motivos tendrían los funcionarios policiales para mentir abiertamente e imputar un hecho falso al imputado”, toda vez que aquel aserto no presenta correlato alguno con la censura.

Por ello, deberían ser consideradas como violaciones a la regla del inciso segundo del art. 297 CPP, los supuestos en que algunas de las pruebas rendidas no hayan sido tomadas en consideración o se acuda a una “valoración conjunta de las pruebas”. Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Véase Ferrer, Jordi, Ob. Cit., p. 56. Al respecto la Corte Suprema declaró expresamente en la SCS Rol n° 4.001-2010: “(...) deben examinarse todas las pruebas una por una, sin que puedan descartarse en forma global como lo hace la sentencia o por razones de derecho que tampoco se fundamentan adecuadamente. Y que, por otra parte, el tribunal debe expresar y fundamentar las razones por las cuales dicha convicción no llega a configurarse, sobre todo cuando se ha rendido una prueba tan abundante como la que se contiene en autos”.

¹⁶⁹ SCS Rol N° 1208-2009, (considerando 9°). Ver también: SCS Rol N° rol 1743-2003 y Rol N° 5922-2012. La doctrina ha expresado que la valoración requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio (v.gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya (Cafferata Nores, La Prueba en el Proceso Penal. LexisNexis. 4ta edición. 2001, p. 49). En otras palabras, la valoración del tribunal a quo debe reflejarse en la sentencia mediante una secuencia configurada por dos momentos: un primer momento de carácter descriptivo, donde se indica el contenido del medio de prueba, y un segundo de carácter crítico, evaluativo del medio de prueba. Ambos momentos del razonamiento deben estar descritos o reproducidos en la sentencia, de omitirse alguno de ellos, la sentencia resulta inmotivada y, por tanto, nula.

La esencia de esta queja de la defensa atendía al hecho que no se cumplieron las formalidades propias del procedimiento policial y que constituyen el garante de la protección y respeto a los derechos del encausado. En esa porción la defensa destacó las inconsistencias o contradicciones que apreció en lo sostenido por los funcionarios de la policía (...) Es así como el tribunal pudo decidir que no existían tales antinomias o que ellas eran menores, o tal vez, que eran comprensibles, lo que fuera del parecer del tribunal, pero lo que no corresponde de acuerdo a la lógica y la experiencia, es señalar algo que no es atinente a lo que se critica. La defensa no alegó que los funcionarios mintieran, sino que no dieron cumplimiento a lo que la ley les obliga y allí fue que anotó las oposiciones que el tribunal desechó por un motivo impertinente”¹⁷⁰. Ello porque “(...) motivar la decisión sobre los hechos significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en la litis (...) Parte importante de ese requerimiento es dar respuesta a todos los planteamientos y circunstancias formulados por las partes atinentes a la Litis”¹⁷¹.

c) El tribunal debe hacerse cargo del medio de prueba indicando las razones para preferirlo o darle preminencia.

El tribunal *a quo* debe

“(...) razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preminencia o resultan coincidentes, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para apreciarla y llegaron a dar por acreditado los hechos y circunstancias que serán inamovibles posteriormente”¹⁷², porque de lo contrario se “impide conocer los motivos que puedan haber llevado al tribunal a valorarla en uno u otro sentido, así como su trascendencia(...)”¹⁷³.

SCS Rol N° 14751-2020, 06.04.2020 (rechaza nulidad).

VIGESIMO QUINTO: Que, no está demás recordar que en un recurso como el de la especie,

¹⁷⁰ SCS Rol N° 6.934-2009.

¹⁷¹ SCS Rol N° 1.967-2013.

¹⁷² SCS Rol N° 1.743-2003. Ver también: SCS Rol N° 964-2003, Rol N° 1.208-2009.

¹⁷³ SCS Rol N° 6.751-2009. Ver también: SCS Rol N° 1.743-2003.

no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. Por el contrario, la argumentación del impugnante se dirige en este sentido, por cuanto cuestiona la prueba producida por el ente persecutor, mediante el análisis de pasajes aislados, sin atacar -como supone la causal de nulidad en examen- el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados. Por ello, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, en donde se ha denunciado la falta o ausencia de análisis completo de la prueba rendida, agregando la omisión de alguna de las probanzas, extremos que no concurren pues quedó demostrado que las pruebas fueron efectivamente consideradas y valoradas, sin contradecir aquellos parámetros, lo que impide configurar que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta, que contempla el artículo 374 e) del Código Procesal Penal, de manera que la presente causal del recurso interpuesto será rechazada.

· **SCS N° Rol 42776-2020, 29.05.2020.**

Séptimo: Que, en lo que atañe al motivo subsidiario —artículo 374, letra e) —, esta Corte ya ha señalado que toda sentencia criminal debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. El cumplimiento de la obligación de motivación de la decisión significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos hechos como probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos en la litis, con las garantías inherentes al juicio oral. Tal deber apunta no sólo a permitir la comprensión de la decisión, sino además a garantizar la actuación racional en el terreno de la determinación de las premisas fácticas del fallo.

La satisfacción de esta carga posibilita la fiscalización de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores mediante el ejercicio de los recursos procesales. Si el tribunal explica las razones de su resolución, entonces es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha desarrollado dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, es el resultado de la arbitrariedad. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces, sino que deben ser el corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre las razones de la decisión de una determinada manera —y no de otra—, explicación que deberá

ser comprensible por cualquier tercero, mediante el uso de la razón.

Octavo: Que, al mismo tiempo, la fijación de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 ya citado. Atendiendo a esta norma, el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, único o plural, por los cuales se dieren por probados los hechos y circunstancias atinentes a la litis.

Noveno: Que tal exigencia de fundamentación ha sido debidamente satisfecha por la sentencia que se revisa. En efecto, el fallo extrae conclusiones del análisis de la prueba, como resultado de un proceso valorativo de cada uno de los elementos de convicción rendidos, tanto respecto de los hechos objetivos integrantes del tipo penal atribuido como de la conducta desplegada por los acusados. En las condiciones expresadas no puede catalogarse como carente de lógica y comprensión el fallo impugnado, como demanda el artículo 342 del Código Procesal Penal, desde que la sentencia entrega los basamentos que conducen a la decisión alcanzada respecto del delito pesquisado, fundado en el análisis singular y conjunto de las probanzas producidas, lo cual surge de la lectura de los considerandos del fallo. Tales consideraciones conducen a una conclusión unívoca, como expresa la sentencia, cuya inteligencia se justifica en virtud de los argumentos explicitados en ella y que no han sido desvirtuados por el recurso, por lo que sólo resta concluir que la impugnación formulada por la defensa da cuenta de una mera discrepancia con la conclusión referida a la forma de atribuir participación al acusado, juicio que el tribunal sustentó suficientemente como se advierte de los motivos decimocuarto y decimoquinto de la sentencia en revisión, por lo que la imputación relativa una presunta falencia en el razonamiento no será admitida.

d) El tribunal infringe en el inciso segundo del artículo 297, sino se hace cargo de las particularidades del testimonio de oídas.

Para darle preminencia al testimonio de oídas en un juicio donde también se incorporó prueba directa de los hechos, el tribunal *a quo* debe hacerse cargo de las siguientes cuestiones:

d.1) El testigo directo se encuentra revestido de una suerte de presunción de mayor credibilidad

“(…) Al efecto, es preciso tener en consideración que la declaración de un testigo directo, como es en este caso la víctima, se caracteriza por su inmediación con el hecho que se le ha presentado visual o auditivamente, lo que permite, en principio, sostener que debería

encontrarse revestida de una suerte de presunción de mayor credibilidad, juicio que el ejercicio de las técnicas de litigación por parte de los intervinientes permitirán consolidar o debilitar”¹⁷⁴.

d.2) Los testigos de oídas o de referencia, se utilizan fundamentalmente cuando no es posible obtener y practicar la prueba original y directa:

“(…) Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido la utilización de medios de prueba menos directos, como los testigos de oídas o de referencia, fundamentalmente cuando no es posible obtener y practicar la prueba original y directa, por lo que su admisibilidad no es incondicional ni puede soslayar el debate ni menos el razonamiento respecto de la realidad de los hechos y su capacidad persuasiva, que se ve relativizada en atención a la forma oblicua de adquisición del conocimiento que se expone”¹⁷⁵.

d.3) No resulta aceptable desestimar sin más la declaración del testigo directo por las referencias de testigos no presenciales del hecho que solo informan sobre los asertos del primero:

“(…) por cuanto tal proceso quebranta la inmediación y sustituye la obligación de razonar en torno al atestado directo y original. En este caso, tal proceso se ha visto reducido a la mera adjetivación de los dichos de la víctima, tildándolos de inseguros, poco asertivos o contradictorios con los que vertió ante los tantas veces mencionados testigos de oídas, sin que los jueces determinaran razonadamente si la víctima a la que han escuchado directamente dice la verdad en su declaración judicial o la ha dicho ante los policías, prefiriendo lo que el indirecto le afirma por cierto, atribuyéndole una función que es propia del juzgador y que solo es posible de asumir después de un proceso exhaustivo de análisis, que culmine con una argumentación consistente y completa que permita al lector de la sentencia arribar a las mismas conclusiones”¹⁷⁶.

d.4) Para la aceptación de un testimonio de oídas se requiere que el testigo de razón circunstanciada de sus dichos, que deberán ser justificados por el mismo fallo a través de

¹⁷⁴ SCS Rol N° 7.331-2013.

¹⁷⁵ SCS Rol N° 7.331-2013.

¹⁷⁶ SCS Rol N° 7.331-2013.

argumentaciones serias y claras:

“(…) En el caso concreto, los testigos de oídas se valoran no por las declaraciones mismas sino porque emanarían del dicho de un imputado cuya situación procesal es incierta, de modo que para su aceptación como medio cierto de prueba, deben cumplir los parámetros exigidos por el artículo 309 del Código Procesal Penal, en los que se exige la razón circunstanciada de sus dichos que deberán ser justificadas por el mismo fallo a través de argumentaciones serias y claras”¹⁷⁷.

e) El tribunal incurre en el motivo absoluto de nulidad, si no se hace cargo de lo señalado por la testigo protegida, en cuanto a que no reconoció a la acusada el día del hecho ni en el tribunal.

La Corte resolvió al efecto: “Luego, en relación a la otra testigo protegida, M.E.L.M., aquélla no reconoció a la acusada Herrera el día del hecho ni en el tribunal, sin que el tribunal haya dado respuesta satisfactoria a tal omisión”¹⁷⁸.

f) Se configura el motivo absoluto de nulidad, si el Tribunal pretirió toda consideración relativa a la prueba de la defensa¹⁷⁹.

¹⁷⁷ SCS Rol N° 15.187-2013.

¹⁷⁸ SCS Rol N° 1.844-2012

¹⁷⁹ Cabe tener presente la SCS Rol N° 1.743-2003, donde la Corte acogió los recursos de nulidad del Ministerio Público y querellante, deducido contra una sentencia absolutoria, por no valoración de la prueba aportada al juicio oral por dichos intervinientes: “Sin embargo, conforme se ha descrito en el considerando anterior, resulta claro y evidente que sobre la eventual participación de los imputados tanto el Ministerio Público como los querellantes particulares rindieron durante la secuela del juicio oral una serie de pruebas a que se hizo expresa referencia las que, sin embargo, el único fundamento que trata sobre la materia las ignora absolutamente, y, por lo tanto, no se hace cargo de ella, no da razones para su eventual exclusión o aceptación, no las valora del modo que exige la ley, de suerte que los hechos que los jueces den por acreditado no contradigan realmente los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, única forma de impedir cualquiera peregrina idea de arbitrariedad por parte del sentenciador. Esta obligación deben cumplirlas los jueces falladores también tratándose del análisis del grado de participación de los imputados en los hechos penales que se les imputa. En efecto, si bien respecto a ellos nuestra legislación procesal expresamente declara la presunción de inocencia en el artículo 4° del Código Procesal Penal, agrega que ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme, lo que impone a la parte acusadora la obligación de probar la culpabilidad, pero no hace excepción al cumplimiento irrestricto de las reglas que se deben seguir respecto a la fundamentación”.

Se infringe la regla del inciso segundo del artículo 297 cuando “(...) de la lectura del fallo recurrido se desprende que el tribunal pretirió toda consideración relativa a la prueba de la defensa, pues la afirmación consistente en que los esfuerzos de sus testigos para demostrar que vivía en un domicilio distinto al del hallazgo de la droga fue infructuoso, carece de fundamento si no se razona pormenorizadamente acerca de sus relatos y luego se confrontan con la prueba de cargo para decidir por qué se ha preferido una prueba en desmedro de otra”¹⁸⁰.

También cuando “(...) breves afirmaciones, que ni siquiera se sustentan mayormente, son las únicas referencias específicas para desechar dichas pruebas y condenar, ya que todas las demás se limitan principalmente a dejar constancia de las declaraciones de los testigos, y de las otras pruebas acompañadas por las partes. Esas meras frases que no se justifican ni fundamentan, no son suficientes para dar por cumplida la estricta exigencia legal de que ellas se examinen una por una, y se indiquen también una por una las razones por las cuales se las desecha, ni se indica por cuales razones o fundamentos se desecharon las de los demás testigos, limitándose la sentencia a omitirlas totalmente, lo que es la mejor demostración de que no se hizo prueba por prueba como es la exigencia legal, lo que conlleva a que el restante recurso interpuesto también será acogido”¹⁸¹.

La Corte también acogió un recurso por el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra e) porque “el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo, aspecto que fue incumplido en la especie, al omitirse en forma absoluta –aspecto que fue reconocido en estrados por el propio representante del Ministerio Público-, la prueba rendida por la defensa(...), que se consigna pormenorizadamente en el motivo trigésimo séptimo anterior. Aspecto que conlleva la ausencia de fundamentación que impide la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto, todo lo cual es constitutivo del vicio de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del código mencionado, defecto que conduce a acoger el primer reclamo interpuesto, lo que conduce a la anulación del juicio y la sentencia”¹⁸².

¹⁸⁰ SCS Rol N° 790-2013.

¹⁸¹ SCS Rol N° 4.001-2010.

¹⁸² SCS Rol N° 6.751-2009.

Asimismo, el *a quo* debe hacerse cargo de la prueba de la defensa incorporada en el juicio para demostrar una causal de justificación:

“(…) para hacerse cargo de la alegación de concurrir la causal de justificación de cumplimiento de un deber, el fallo debió valorar los testimonios de la defensa en cuanto a esta motivación que habría tenido el imputado, esto es para concluir acerca de la ocurrencia de hechos justificatorios en tal sentido, razonamiento que era preciso como cuestión previa al descarte de la norma del numeral 10 del artículo 10 del Código Penal mediante un razonamiento puramente normativo”¹⁸³.

3.7. Se configura el motivo absoluto del artículo 374 e), cuando en la sentencia que no existe mención alguna en su contenido a la alegación por parte de la defensa del acusado de la atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal

En dichos términos resolvió la Corte:

“Pues bien, en lo que se relaciona a este requisito, de la revisión íntegra del fallo emitido por el Tribunal de Juicio Oral de Curicó, se desprende que no existe mención alguna en su contenido a la alegación por parte de la defensa del acusado de la atenuante del N° 5 del artículo 11 del Código Penal, expresándose únicamente en su considerando tercero, que en su alegato de apertura la defensa: “estima que concurren otras atenuantes no sólo la que reconoce el acusador, las que menciona” sin precisar cuáles aminorantes fueron invocadas. Por otra parte, en los fundamentos décimo, décimo primero y décimo segundo, se refiere a las atenuantes de los numerales 6, 7 y 9 del artículo 11 del código punitivo, sin hacer mención a aquella que se reprocha habría omitido resolver, motivo por el cual fue menester recurrir al registro del juicio oral y escuchar el audio remitido a la Corte al momento de concederse el recurso de nulidad interpuesto, registro que permite concluir que efectivamente durante el alegato de apertura de la defensa y en la audiencia de determinación y cumplimiento de la pena, se solicitó por ésta, formalmente, acoger la atenuante de haber obrado el acusado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación. Planteado de este modo, en efecto, la sentencia no se hace cargo de todas las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal alegadas y de la prueba que existe en el juicio para acogerlas o rechazarlas, por lo que no

¹⁸³ SCS Rol N° 1.967-2013.

cumple cabalmente las exigencias legales a que debía someterse conforme ya se explicó”¹⁸⁴.

En el mismo sentido, la Corte señala que “si bien se hace alusión en parte a las declaraciones de los testigos funcionarios policiales para acreditar el porte y la forma en que se encontraba la droga, no se hace referencia en ningún momento al hecho de haber declarado los mismos funcionarios policiales, que el acusado fue encontrado consumiendo la droga, circunstancia que habría motivado su control. Lo anterior hace perder sustento a lo sostenido por el tribunal, en cuanto a la falta de prueba de consumo, toda vez que no sólo no analiza toda la prueba, sino que afirma que no hay más prueba de este hecho, cuando de la sola lectura del fallo resulta evidente que ésta si existe.”¹⁸⁵ Continúa señalando que “en tal sentido, es evidente que la decisión de condena no ha sido razonada, toda vez que la información que surge del relato policial, única prueba tendiente a demostrar el delito de tráfico que se atribuye al acusado no ha sido debidamente analizada, no haciéndose cargo la sentencia de manera suficiente de la hipótesis de consumo formulada por la defensa [...]”¹⁸⁶.

3.8. Las declaraciones de un coimputado, por sí solas, carecen de suficiencia para constituir una prueba de cargo en contra de aquel que es sometido a juicio

Así se declaró en el siguiente fallo:

“Que en lo que atañe al primer cuestionamiento, si bien es cierto que las declaraciones de un coimputado, por sí solas, carecen de suficiencia para constituir una prueba de cargo en contra de aquel que es sometido a juicio, no lo es menos que dicha declaración, en el caso en análisis, se encuentra refrendada y corroborada por otras pruebas, como son las declaraciones de las propias víctimas y de los funcionarios policiales, todo lo cual arroja datos suficientes que garantizan la veracidad de su contenido. Es el conjunto de tales probanzas lo que llevó los jueces a la convicción tanto acerca del acaecimiento de los ilícitos como de la participación culpable de los acusados”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ SCS Rol N° 1.208-2009

¹⁸⁵ SCS Rol 134.188-2020 (considerando 8°)

¹⁸⁶ SCS Rol 134.188-2020 (considerando 9°)

¹⁸⁷ SCS Rol N° 4.978-2008, (considerando 19°).

4. Principio de no autoincriminación. Cuestiones preliminares, el derecho a guardar silencio y la asistencia de abogado defensor

Entre las garantías mínimas previstas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos como las establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se encuentra el derecho a guardar silencio. El derecho del imputado a guardar silencio, expresado en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*, se encuentra recogido en el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, como una garantía judicial mínima: “Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.” En igual sentido, el artículo 14, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su letra g), asegura a toda persona en calidad de sujeto pasivo de un proceso penal “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.” Por su parte, en el Código Procesal Penal se establecen una serie de normas para resguardar el derecho a guardar silencio. Así, en el art. 93 g) se asegura expresamente el derecho a guardar silencio.

Pero, este derecho solo se garantizará efectivamente con la intervención del abogado defensor. De allí que la Corte Suprema haya expresado lo siguiente:

“la garantía de la defensa en juicio sólo queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida y suficiente defensa técnica, la que existe desde el momento del inicio mismo de la persecución penal, como ocurre en nuestro sistema procesal penal, lo que conlleva el derecho a contar con el profesional, por lo que cualquier acto o diligencia en la que deba realizar cualquier clase de manifestación como es una declaración o actos o diligencias que por su naturaleza sean inmodificables o irrepetibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor, sólo de esa forma el acto será válido”¹⁸⁸.

Por tal razón, el legislador estableció las siguientes normas:

- Artículo 8°, inciso primero, del Código Procesal Penal: “El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”;
- Artículo 93, letra b), del mismo cuerpo de normas, señala que el imputado tendrá derecho

¹⁸⁸ SCS Rol N° 9.758-2009

a “ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación.”; y,

- Artículo 91 del citado cuerpo legal que señala: “La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto. Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.”
- Artículo 31, inciso primero, de la Ley N° 20.084 que establece: “(...) El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3° del Título V del Libro I del Código Procesal Penal. Si se diere lugar a la ampliación del plazo de la detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente ley”.

Como se indicará, se debe tener siempre presente que esta garantía se puede hacer valer desde el momento en que materialmente se adquiere la calidad de imputado, en los términos que refiere el inciso segundo del artículo 7° del Código Procesal Penal.

- **SCS Rol N° 28.707-21, 18.10.2021**

Quinto: Que, el cuestionamiento de la causal esgrimida por los recurrentes se centra, en primer lugar, en las declaraciones prestadas en la unidad policial por los acusados y respecto de M.V. el reconocimiento de haber participado en los hechos efectuado ante los funcionarios policiales que concurrieron a su domicilio, de ser autor de los delitos.

En ese orden, los recursos no cuestionan que a los acusados se les hayan dado lectura a sus derechos por los funcionarios policiales y por la fiscal del Ministerio Público, al momento de prestar declaración ante ella, en particular, los mencionados en las letras b) y g) del artículo 93 del Código Procesal Penal, esto es, el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación y el derecho a guardar silencio, los que fueron reiterados en diversas ocasiones, hechos que fueron establecidos en base a la prueba rendida en el juicio y que no pueden ser desatendidos por esta Corte al resolver el asunto sometido a su

conocimiento.

De lo que se sigue que ambos imputados reconocieron su participación en los hechos ante la fiscal del Ministerio Público, una vez que fueron advertidos de sus derechos, manteniendo el acusado M.V. lo aseverado ante funcionarios policiales, luego de haber tomado conocimiento de tales derechos.

Sexto: Que, en ese contexto, parece de claridad meridiana que en el caso *sub lite* se dio cumplimiento a las condiciones que los artículos 91 y 93 letra g) del Código Procesal Penal imponen para tomar válidamente una declaración a los imputados ante la fiscal del Ministerio Público, reduciéndose entonces esta controversia a resolver si el derecho a ser asistido por un abogado puede ser renunciado, como lo fue en la especie.

Al respecto, como uniformemente ha resuelto esta Corte, *“el derecho a guardar silencio es renunciable, y si bien la presencia de un abogado defensor tiene por finalidad garantizar que la declaración se prestó de manera deliberada y consciente, esto es, que fue el fruto de una decisión libre e informada, no es la única forma como se puede demostrar aquello, pues su voluntad en el sentido indicado puede ser aclarada en la audiencia de juicio por otras vías”* (SCS Rol N° 65-2014 de 20 de febrero de 2014). Este criterio se ha sostenido por esta Corte también en las sentencias dictadas en las causas Rol N° 2095-2011 de 2 de mayo de 2011, Rol N° 11.482-2013 de 31 de diciembre de 2013, Rol N° 4363-2013 de 14 de agosto de 2013, Rol N° 12.494-2013 de 7 de enero de 2014, Rol N° 2882-17 de 13 de marzo de 2017 y Rol N° 2560-19 de 2 de abril de 2019, siendo ilustrativo lo que se expresa en la primera de ellas, en orden a que *“...es del caso precisar que si bien esta Corte ... ha sostenido que ‘toda persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar a un abogado desde ese mismo momento, lo que debe ser realizado de manera efectiva, sin que se pueda practicar ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste al mismo’, ha sido este mismo tribunal quien se ha encargado de dilucidar que dicha afirmación tiene cabida, ‘salvo que el propio imputado asienta a que esos actos se realicen sin la presencia del defensor’... Esto es así, por cuanto en el nuevo proceso penal el imputado, esto es, una persona sindicada de cualquier forma como partícipe de un hecho punible, es, sin duda, un sujeto procesal, que ya no sólo es objeto de la investigación sino que se encuentra dotado de derechos autónomos, tanto pasivos como activos, situándose dentro de los primeros, el derecho a la información y a la no autoincriminación del cual surge la posibilidad de guardar silencio y, en los segundos, se ubican, entre otros, la garantía de ser oído en cualquier etapa del procedimiento, es decir, tener la posibilidad de hablar, sea*

para hacerse cargo de la imputación en su contra, negarla, matizarla o entregar información adicional, como lo sería la intervención de un partícipe, o incluso, para confesar la comisión del delito, pues tal como lo plantea el profesor Tavolari, ‘de muy antiguo se ha reconocido el mecanismo de alivio psicológico que representa para el autor de un delito, en ocasiones abrumado por el remordimiento, reconocer su comisión’ (Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, página 169)”.

Séptimo: Que, así las cosas, habiéndose dado por cierta la renuncia voluntaria e informada de los acusados a su derecho a la asistencia letrada al momento de prestar declaración ante la fiscal del Ministerio Público, esta alegación deberá ser desestimada.

Octavo: Que, en cuanto a la alegación efectuada por la defensa del imputado Y.M. referente a infracciones a los derechos a guardar silencio y tener asesoría letrada respecto del imputado V.J.C., es necesario destacar que, los reclamos descansan únicamente en infracciones que la defensa observa respecto de las actuaciones, que habría afectado los derechos indicados respecto a terceros, esto es, de V.J., quien fue la persona que lo identificó como uno de los sujetos que participaron en la comisión de los hechos señalados como dos y cuatro, quien no ha formulado reclamo alguno, por lo que este tribunal no logra visualizar su concreta y determinante repercusión en los derechos del enjuiciado”.

4.1. Se vulnera el derecho a guardar silencio si la policía toma declaración al imputado con infracción a lo dispuesto en el artículo 91 del Código Procesal Penal

Sobre este tópico, la Corte Suprema ha declarado la nulidad del juicio oral y de la sentencia condenatoria cuando:

“(…) en la situación sub lite, oída la intervención de la defensa, la prueba ofrecida y analizado lo pertinente de la sentencia dubitada, aparece de manifiesto que la intervención del policía (...) no se ajustó a los requerimientos del artículo 91 del Código Procesal Penal, pues las declaraciones de los imputados que él recibió, no fueron prestadas en presencia de su defensor, ni del fiscal, ni bajo responsabilidad o con autorización de éste, lo que significó, en los hechos, la producción de prueba de cargo por parte del acusador obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”¹⁸⁹. Y en otro caso, procedió a acoger el recurso de nulidad de la defensa porque “encontrándose detenido el encartado para ser

¹⁸⁹ SCS Rol N° 9.521-2009

trasladado al fundo donde se cometió el injusto que ellos indagaban, procedieron a interrogarlo, sin encontrarse presente su abogado, sin que los carabineros intervinientes hayan tomado las medidas necesarias para que lo hiciera ante el fiscal, como tampoco aparece que hayan actuado bajo la responsabilidad y con la autorización de aquél, hecho que no ha sido controvertido y que se evidenció, igualmente, a través de la prueba rendida en audiencia, de donde aparece que sólo participó en los antecedentes el asistente del fiscal, sin que conste tampoco que este último haya actuado delegado por aquél”¹⁹⁰.

La contravención de esta norma puede ser muy sutil, si se considera que la policía habitualmente disfraza un interrogatorio con consultas aparentemente inocuas. Al respecto, la Corte ha resuelto:

“(…) Que, en efecto, en el caso sub judice el funcionario policial formula una pregunta al imputado de la cual obtiene una implícita, pero categórica confesión, a la que no antecede el asesoramiento y consejo de un letrado, ni la prevención de que puede no responder y guardar silencio, quebrantando su derecho a defensa técnica y a no autoincriminarse (...) Necesaria consecuencia de lo concluido, es que su interrogatorio debió ajustarse a lo prescrito en los artículos 91 y 93 letra g) del código del ramo, siendo por tanto perentoria la presencia de un abogado defensor para dicha actuación, en ausencia del cual las preguntas debieron limitarse a constatar su identidad”¹⁹¹.

4.2. El principio de no auto incriminación respecto del imputado adolescente, se encuentra reforzado en el artículo en el artículo 31 de la Ley N° 20.084

Sobre esta norma el máximo tribunal ha sostenido que:

“la norma en comento viene a constituir un derecho que refuerza mayormente la garantía el debido proceso, en su variante del derecho de defensa, en cuanto a que el adolescente sólo puede prestar declaración ante el fiscal y en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad, como aconteció en el caso propuesto”¹⁹². De esta forma, esta norma como otras de las Ley N° 20.084 “tienden a resguardar en mayor medida a aquellas personas que por su grado de desarrollo personal o de madurez, no están igualmente capacitados que los adultos para tomar decisiones con libertad y por ende para

¹⁹⁰ SCS Rol N° 6.934-2009

¹⁹¹ SCS Rol N° 12.494-2013

¹⁹² SCS Rol N° 6.305-2010

comprender las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a una persecución penal por parte del aparato estatal”¹⁹³.

Por la infracción de este artículo, la Corte ha anulado el juicio oral y la sentencia cuando: “(...) la declaración que se obtuvo del coimputado (...), menor sometido al estatuto de la Ley N° 20.084 al momento del acaecimiento de los hechos investigados, misma calidad que tenía al momento de prestar sus dichos ante los funcionarios policiales, fue irregular. Estos últimos reconocen en el juicio oral que concurrieron hasta su domicilio para entrevistarlo, y se le conminó a ser trasladado hasta la ciudad de Concepción para que declarara como testigo en los términos del artículo 83 letra d) del Código Procesal Penal, en relación a un reconocimiento, oportunidad en que no estaba su abogado defensor, privándosele de la debida asistencia jurídica a que tenía derecho como imputado, así como al de guardar silencio (...) Que de las diversas situaciones consignadas en el motivo anterior, aparece de manifiesto que, al momento de prestar su declaración, Pereira Peña lo hizo sin cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 91, 93, 94 y 194 del Código Procesal Penal y 31 de la Ley N° 20.084”¹⁹⁴.

No obstante los fallos anteriores, la Corte Suprema recientemente rechazó recurso de nulidad interpuesto por la defensa de condenado adolescente, justificando que, la actuación de la PDI se realizó conforme a la ley, no resultando controlable para ellos que el imputado - que acaba de participar en la comisión de un homicidio- se desbordara emocionalmente y confesara espontáneamente. En particular estableció lo siguiente:

Séptimo: Que, siendo ese el marco de actuación de la policía respecto de adolescentes, se hace necesario acudir al contexto fáctico que rodeó los dichos expresados por el imputado A.C, a fin de determinar si tal delimitación ha sido excedida.

Cabe dejar constancia, entonces, que según se desprende de las alegaciones vertidas en estrados por los intervinientes, la policía concurre al domicilio del adolescente luego de obtener, de familiares del imputado, información respecto de la circunstancia que aquél dio muerte a la víctima y que quería entregarse y reconocer su participación. En ese lugar, el padre del acusado autoriza a los funcionarios policiales a ingresar al domicilio y mientras se encuentran en su interior, aparece el menor, quien comienza a hablar reconociendo haber participado en el ilícito, dando detalles de donde se encontraba el

¹⁹³ SCS Rol N° 6.305-2010

¹⁹⁴ SCS Rol N° 4.001-2010

arma y la ropa que vestía al momento de ocurrir los hechos. Así también aparece de la lectura de la sentencia, en los pasajes en que se reproducen los dichos de los policías en juicio.

Octavo: Que el contexto referido ciertamente es, por sí solo, de alta complejidad, no sólo para un adolescente, sino para cualquier individuo, al indagarse las circunstancias en que se produce la muerte de una persona, pocas horas después de ocurrido.

De esta manera, mientras los funcionarios investigadores llevan a cabo las actuaciones propias de su labor, dentro de las cuales se encuentra el empadronamiento de testigos, deben apegarse a las facultades que la ley le otorga, no obstante lo cual debe considerarse que en tales pesquisas pueden ocurrir situaciones que escapan a su actividad y a su control, principalmente en la respuesta de los individuos que intervengan en esas actividades. Es así que no resulta controlable el hecho que un adolescente, que acaba de participar en la comisión de un homicidio, se desborde emocionalmente y confiese espontáneamente el hecho, sin dar a la policía la oportunidad de detener su relato para dar cumplimiento a las formalidades previstas en la ley, cuestión que es diametralmente opuesta a la práctica de un interrogatorio al menor, en que los policías formulen preguntas obviando la prohibición de efectuarlo sin la presencia de su defensor. En suma, no aparece en este caso actuación ilegal que reprochar a los funcionarios investigadores, desde que no incurrieron en acción alguna que exceda sus márgenes de actuación y que haya motivado la espontánea confesión del adolescente.¹⁹⁵

4.3. Auto incriminación ante peritos

Si bien en la siguiente sentencia la Corte reconoció al imputado el derecho a guardar silencio ante los peritos del órgano persecutor, estimó válida la renuncia del derecho porque el imputado fue informado previamente sobre el objetivo de las pericias, y aun así aceptó libremente someterse a las entrevistas:

“(…) Como se advierte de los datos transcritos, ambos peritos informaron de modo suficiente al imputado sobre el objetivo de sus pericias y de acuerdo a lo reportado por aquéllos, el imputado aceptó someterse a las entrevistas requeridas, sin que la defensa haya rendido ningún antecedente que permita suponer que ello no es efectivo (...) no aparece tampoco que el imputado haya sido compelido a revelar información alguna sobre

¹⁹⁵ SCS Rol N° 119102-2020, 16.11.2020

su vinculación con los hechos investigados”¹⁹⁶.

5. Derecho de defensa

Esta garantía ha sido ampliamente desarrollada. La jurisprudencia del máximo tribunal se ha referido a los siguientes ámbitos del derecho de defensa:

- Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa.
- Derecho a controlar la prueba de cargo.
- Derecho a rendir prueba.
- Imputación necesaria.
- Derecho a defensa técnica.
- Correlación entre acusación y fallo.

5.1. Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa

Este derecho se encuentra recogido en el artículo 8.2.c de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. A nivel legal, es cautelado por diversas normas del Código Procesal Penal. Así, el artículo 259, letra f), impone al Ministerio Público la obligación de señalar en forma clara y precisa en la acusación los medios de prueba que pensare valerse en el juicio. La misma obligación corre para el querellante en el procedimiento ordinario, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 261, y en el procedimiento por delito de acción privada, por disponerlo el artículo 400. Por su parte, el artículo 260 establece que al acusado se le entregará copia de la acusación y se pondrá a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.

Para un adecuado control de la prueba testimonial de cargo, en especial, para demostrar en el juicio la falta de credibilidad, imparcialidad o idoneidad del testigo¹⁹⁷, no basta que el

¹⁹⁶ SCS Rol N° 2.389-2013

¹⁹⁷ El artículo 309 establece: “Declaración de testigos. En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad. Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarar, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas”.

Ministerio Público (y el querellante) individualice al testigo en la acusación y señale los puntos sobre los que habrá de recaer su declaración, también debe registrar en la etapa de investigación esta fuente de prueba, conforme los prescriben los artículos 181¹⁹⁸ y 227¹⁹⁹ del CPP. Como contrapartida, para que el imputado pueda disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, el Código le reconoce desde el inicio del procedimiento el derecho a “conocer el contenido de la investigación”, como lo previenen los artículos 93, letra e), y 182.

Por lo anterior, la Corte Suprema declaró la nulidad del juicio y de la sentencia en un procedimiento por delito de acción privada, toda vez que el querellante no individualizó la prueba testimonial en la querrela:

“(…) el sentenciador incurre en un error al suponer que el derecho de defensa del imputado se salvaguarda simplemente con la facultad que tiene para contrainterrogar a los testigos del querellante en la audiencia de estilo. Su derecho a defensa pasa también por tener la oportunidad y tiempo suficiente para su debida preparación. A este respecto es pertinente traer a colación que el artículo 309 del Código Procesal Penal -aplicable aquí en virtud de lo que dispone el artículo 389 del mismo cuerpo legal-, sin perjuicio de declarar que en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles, dispone que los intervinientes pueden dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad, derecho que sólo podrá ejercer después de averiguar con anticipación todo cuanto concierna al testigo propuesto una vez que conozca con precisión su identidad y halla previsto las preguntas que le podrá formular en el juicio”²⁰⁰.

¹⁹⁸ El inciso primero del artículo 181 señala: “Actividades de la investigación. Para los fines previstos en el artículo anterior, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente”.

¹⁹⁹ Esta norma establece: “Registro de las actuaciones del ministerio público. El ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieron lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieron derecho a exigirlo. La constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados”.

²⁰⁰ SCS Rol N° 2.345-2005.

También declaró la nulidad del juicio y de la sentencia, en un proceso en que el *a quo* se valió de la declaración de un testigo de cargo del Ministerio Público para formar la convicción condenatoria, cuya existencia no estaba registrada²⁰¹⁻²⁰² en la investigación²⁰³.

²⁰¹ En la sentencia Rol N° 5.116-2012, la Corte Suprema distingue en forma muy acertada el deber de registro del carácter des-formalizado de la investigación: “Si bien es cierto, puede afirmarse que la investigación es de carácter des-formalizado, ello es en tanto la obligación de registro está desprovista de ritos o solemnidades especiales, imponiendo a la autoridad involucrada tan sólo el uso de un medio que garantice fidelidad e integridad en la información, pero no se extiende a suprimir el contenido de aquélla, que corresponde a un derecho de la defensa según se explica más adelante”.

²⁰² El estándar fijado por la Corte Suprema para acoger el recurso de nulidad por este vicio, es que la existencia del testigo de cargo haya sido totalmente desconocida para la defensa, esto es, debe tratarse de una fuente de información que no figura en ningún registro de la investigación. De este modo, no hay vulneración de norma fundamental si el testigo, aun cuando no declaró en la investigación, su nombre figuraba en el parte, en un informe policial u otro registro de la investigación. La Corte entiende que en estos casos, si bien puede haber inobservancia de una forma procesal, tal omisión de registro no le impide a la defensa ejercer las facultades que la ley le otorga. Así resolvió en la SCS Rol N° 1.504-2013: “Que en lo que atañe a la infracción que se reclama al debido proceso en su primer acápite, esto es, lo que dice relación con la declaración de los funcionarios policiales, sin que sus dichos se encuentren recogidos en la carpeta de investigación, en primer término es necesario decir que si bien dichos funcionarios concurren al juicio oral como testigos lo hacen para dar cuenta de las actuaciones policiales por ellos realizadas, y que han sido objeto de los informes del caso, de suerte que aunque no han declarado ante el Ministerio Público -por innecesario- para la defensa no le era desconocido lo que sería objeto de las declaraciones de dichos deponentes. Por tal razón no es posible sostener que en la especie se haya privado a la defensa de algún derecho, puesto que bien pudo preparar el contrainterrogatorio respecto de declarantes que no le eran desconocidos”. En los mismos términos en la SCS Rol N° 5.039-2013: “Si bien en estrados el representante del Ministerio Público y el querellante reconocen que no existía un registro de la declaración de todas las víctimas, tal hecho no afecta el derecho a la defensa, máxime si esos deponentes lo hicieron en calidad de víctimas, como se reconoce en el recurso de nulidad incoado, pues al momento de comunicarse al encausado el requerimiento, conoció no sólo los hechos materia de la investigación, sino quienes tenían la calidad de víctimas, de manera que la falta de registro de sus dichos en la carpeta fiscal no pudo impedir a la defensa preparar sus descargos, por cuanto en el requerimiento estaba determinado quienes eran los afectados, más aun cuando éstos revisten la calidad de querellantes, de manera que la omisión de no encontrarse agregada a la carpeta de investigación la declaración de todas las víctimas, no ha implicado la indefensión del requerido, toda vez que, como ya se ha expresado, conoció con la debida antelación los hechos que se le imputaban, es así que la defensa no podía menos que estar al tanto de la existencia de las lesiones sufridas por los querellantes, por ende la preparación de sus descargos no pudo verse afectada por la circunstancia descrita en el recurso de nulidad, de esta forma y como resultado de todas estas consideraciones fluye de manera inequívoca que no se ha vulnerado el derecho a defensa ni el debido, por lo expuesto la causal no puede prosperar”.

Ver también: SCS Rol N° 4.883-2013.

²⁰³ En este caso, como consignó la Corte en la SCS Rol N° 5.116-2012, “la declaración de la testigo (...) no constaba en la carpeta de la investigación, hecho no contrariado por el representante del Ministerio Público. Pero, ocurre que ni siquiera su nombre aparecía en ella, porque no fue indicado en el parte de carabineros, como tampoco en alguna declaración policial suya, porque tal como ella misma lo reconoció y lo admitieron los dos funcionarios que prestaron declaración en el juicio oral, la (...) no fue siquiera empadronada como testigo en el parte policial”.

“El artículo 93 del Código Procesal Penal, en su literal e), reconoce el derecho del imputado a imponerse del contenido de la investigación, lo que resulta necesario no sólo para la elaboración de la estrategia defensiva o la teoría del caso, sino que para la presentación adecuada a la audiencia de preparación del juicio, como asimismo, para el desarrollo de los conainterrogatorios de los testigos de cargo, puesto que no es posible pretender que la defensa esté en condiciones de elaborar una estrategia defensiva o adoptar alguna decisión sobre aquella, si no conoce todos los elementos de cargo. El escenario que le muestra la investigación del fiscal y que es la que recibe junto con la acusación -con el tiempo suficiente garantizado por el legislador antes de la audiencia de preparación de juicio-, es el que le permite discernir la mejor forma de enfrentar el juicio y defender los derechos del acusado.”²⁰⁴.

Sobre este mismo tópico, ha declarado la nulidad cuando el Tribunal *a quo* ha fundado su convicción condenatoria en el testimonio de personas respecto de quienes no existe registro en la investigación, aun cuando se trate de prueba del querellante:

“Estas exigencias, que por imperativo constitucional integran el debido proceso, no han sido respetadas por los jueces al aceptar la producción de prueba por la parte acusadora particular que la defensa no estuvo en condiciones de controvertir. Tal es el caso de la testigo (...), respecto de quien no existe registro en la investigación, previo a su testimonio en juicio, que la defensa haya conocido y podido controvertir, bien en el conainterrogatorio o por medio de la producción de prueba de desacreditación o descargo [...] Nadie ignora el derecho que le asiste a esta última parte para incorporar evidencia incriminatoria, pero ello debe hacerse en los mismos términos que lo puede realizar el ministerio público, de modo que se incorpore como corresponde en la carpeta de investigación, ya que de esta manera se lo exige la letra e) del artículo 113 del Código Procesal Penal, cuando se indica que el querellante deberá expresar, en su querella, las diligencias cuya práctica se solicitare al fiscal”²⁰⁵.

La obligación de registro también debe cumplirse respecto de las declaraciones que el imputado haya prestado durante la investigación, de lo contrario se impide a la defensa planificar y disponer oportunamente lo que serán sus descargos, así como someter la prueba de cargo al escrutinio jurisdiccional de admisibilidad en la audiencia de preparación de juicio oral:

²⁰⁴ SCS Rol N° 5.116-2012.

²⁰⁵ SCS Rol N° 2.866-2013

“Asimismo, la omisión del registro de este interrogatorio, entorpece o mengua el diseño y puesta en práctica de una estrategia o línea de defensa desde el inicio mismo de la investigación, como aseguran los artículos 8° y 93 letra e) del Código Procesal Penal, pues se priva al investigado, y más tarde acusado, de realizar o pedir que se realicen las pesquisas que podrían controvertir la información registrada y conocida que sustenta su imputación, así como de impedir que dicha información se incorpore al juicio oral, mediante su exclusión del auto de apertura (...) Por tanto, no puede aceptarse que tal información se mantenga fuera del registro en que el Ministerio Público consigna el iter de su investigación -como sea que este organismo prefiera llevarlo-, para sólo develarla en el juicio oral, ya que por esa vía se impide a la asistencia jurídica del encausado planificar y disponer oportunamente lo que serán sus descargos, así como someter la prueba de cargo al escrutinio jurisdiccional de admisibilidad en la audiencia de preparación de juicio oral”²⁰⁶.

5.2. Derecho a controlar la prueba de cargo

Uno de los aspectos básicos del derecho a defensa, es la posibilidad de controvertir la prueba de cargo. Esta garantía se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 apartado 2º letra e) que reconoce como derecho de quien es enjuiciado por un delito “a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8º apartado 2º letra f) reconoce el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Esta garantía viene a consagrar la participación activa de la defensa en el control de la prueba de cargo. Para ello, el derecho de la defensa de controlar la prueba de cargo comprende el derecho a conocer en su plenitud la pieza de cargo por la cual el tribunal puede condenar al imputado y, además, el derecho de someter a esta pieza a lo que se denomina “test de calidad”, esto es, que se la someta al conainterrogatorio del interviniente que no presentó la prueba para demostrar la falta de credibilidad, imparcialidad o idoneidad de la misma (artículo 309 del Código Procesal Penal). En este contexto, el artículo 332 del Código Procesal Penal constituye un

²⁰⁶ SCS Rol N°12.494-2013

dispositivo que posibilita y fortalece la posibilidad de este control.²⁰⁷

La Corte Suprema ha señalado que es parte fundamental del derecho a controlar la prueba de cargo, no solo el recibir con la debida anticipación los términos de la imputación, sino una singularización de las probanzas de las que se valdrá su titular como parte esencial del principio de contradicción:

“DÉCIMO SÉPTIMO: Que es efectivo que este procedimiento especial no está sujeto al rigor que exige el juicio ordinario, pero la brevedad y simpleza del mismo no puede provocar al imputado un estado de indefensión, al privarle del derecho a conocer con la debida antelación no sólo los términos de la imputación, sino los medios con los que se la pretende probar; a fin de no generar esa situación, que alteraría el indispensable equilibrio entre los intervinientes; la interpretación armónica de las disposiciones en juego, determina que la querrela debe contener una singularización mínima de las probanzas de que se servirá su titular, punto éste que no deja de tener relevancia, ya que esa información, que debe ser puesta en conocimiento del imputado por el Juez de Garantía, como lo prescribe el artículo 394 del Código Procesal Penal, constituirá sin duda un elemento decisorio para admitir o no su responsabilidad.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en el principio de contradicción se ha incluido, tradicionalmente, el derecho de probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias, manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la ejecución penal. Sin embargo, esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa y que se denomina igualdad de posiciones. (Maier Julio, Derecho Procesal Penal, I, Fundamentos, Editores del Puerto, segunda edición, pp. 577 y s.s.)²⁰⁸

²⁰⁷ Ver también: SCS Rol N° 21.427-16; Rol N° 11.584-17: ““Que a resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó al domicilio del inculpado e incautó evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de ese inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba en su contra, puesto que de lo contrario se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas”.

²⁰⁸ SCS Rol N° 8042-2009. Vease también: SCS Rol N° 21.427-16; Rol N° 11.584-17

A mayor abundamiento, la Corte ha reconocido que toda la institución en comento viene a servir de control de calidad de la prueba. Esto es, que la prueba en cuestión sea sometida al conainterrogatorio de la parte que no la presentó.

a) Incumplimiento de la obligación de registro de las actuaciones de la investigación.

En este contexto, el máximo tribunal ha resuelto que se infringe el derecho a controlar la prueba de cargo, cuando el Ministerio Público no registra la existencia de un testigo de cargo durante la investigación:

“El artículo 93 del Código Procesal Penal, en su literal e), reconoce el derecho del imputado a imponerse del contenido de la investigación, lo que resulta necesario no sólo para la elaboración de la estrategia defensiva o la teoría del caso, sino que para la presentación adecuada a la audiencia de preparación del juicio, como asimismo, para el desarrollo de los conainterrogatorios de los testigos de cargo, puesto que no es posible pretender que la defensa esté en condiciones de elaborar una estrategia defensiva o adoptar alguna decisión sobre aquella, si no conoce todos los elementos de cargo (...) Que en conclusión, la correcta comprensión del ejercicio del derecho a defensa del imputado y del debido proceso que conlleva como garantías mínimas el derecho a conocer en detalle la imputación y los elementos de cargo, así como el derecho a conainterrogar a los testigos de cargo, supone el acceso sin restricciones al contenido íntegro de la investigación (salvo los casos excepcionales de secreto) y ello supone necesariamente el acceso a la información completa. Al respecto, resulta reveladora la expresión del sistema norteamericano que describieron nuestros legisladores al referirse a la audiencia de preparación de juicio como el discovery o “mostrarse las cartas”, cuando explicaban que era imposible que el fiscal ocultara algún medio de prueba. (Informe de la Comisión de Constitución, Pág. 368, Historia de la Ley). Sin embargo, el cumplimiento de esa obligación tan gráficamente descrita no puede quedar reducida en la práctica, a la individualización seguida de una mención genérica sobre lo que dirá un testigo que nunca declaró durante la investigación, de modo que la mención que se hace sobre aquello que va a declarar no sea más que un acaso, un evento, una suposición de que será lo que sabe, puesto que ese deber no puede entenderse de forma tan liviana ni como el mero cumplimiento formal de una obligación, desde que se está explicitando un derecho fundamental”²⁰⁹.

²⁰⁹ SCS Rol N° 5.116-2012.

En otra sentencia, a consecuencia de la falta de registro de los testigos de cargo (esta vez del querellante), la Corte determinó que se privó a la defensa del derecho a controlar dicha prueba:

“Que, aplicando estos conceptos al caso en estudio, es posible advertir que el Tribunal Oral en lo Penal de que se trata incurrió de manera sustancial en violación de las garantías constitucionales que aseguran el respeto al debido proceso, toda vez que la decisión de condena aparece como consecuencia de la posición desventajosa en que quedó la defensa, a consecuencia de privársele del derecho a conocer íntegramente la prueba de cargo, a confrontar y controvertir las afirmaciones de los testigos de los acusadores y a valerse de cualquiera prueba de descargo (...)”²¹⁰.

Asimismo, en otra sentencia, determinó que la exclusión de la prueba testimonial en la audiencia de juicio oral impidió el ejercicio del derecho de defensa, en cuanto a rendir prueba de descargo, y presentar e interrogar al testigo:

Quinto: Que, por otra parte, en el proceso penal instruido conforme los parámetros definidos por el legislador constitucional, el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio por los acusadores, sean estos el Ministerio Público y/o el querellante particular, asistiendo a la defensa el derecho a aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo de sus adversarios, a la vez que la facultad otorgada para impugnar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias. Sin embargo, esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la defensa y que se denomina “Igualdad de posiciones” (Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, tomo I, fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 577 y ss.)

En este contexto, resulta también relevante tener en consideración que en el modelo acusatorio que sigue el Código Procesal Penal se persigue la verdad relativa o formal que se adquiere, como cualquier investigación empírica, a través del procedimiento de “ensayo y error”. La principal garantía de su obtención se confía al principio de contradicción, que consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias. En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos. La

²¹⁰ SCS Rol N° 2.866-2013.

defensa es el instrumento más importante de impulso y control del método de prueba acusatorio –como garantía de una verdad mínima pero lo más cierta posible consistente en la contradicción de hipótesis de acusación y de defensa y de las pruebas y contrapruebas correspondientes (María Inés Horvitz y Julián López, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, p. 253).^{211 212}

SCS Rol N°144.614-2020, 19.02.2021:

En este fallo la Corte Suprema rechazó recurso de nulidad interpuesto por la defensa. Sostuvo que la omisión de registros denunciados carece de sustancialidad. Lo relevante es el voto en contra del Ministro Brito y Llanos, quienes señalaron que la ausencia del registro del reconocimiento efectuado por la víctima tanto en sede policial, como en fiscalía vulneró el derecho de defensa.

b) El artículo 332 del Código Procesal Penal posibilita y fortalece principalmente el fiel ejercicio de la defensa del acusado.

Por otro lado, siendo la facultad prevista en el artículo 332 del Código Procesal Penal un dispositivo que permite hacer más eficaz el control de la prueba de cargo y, por tanto, posibilita el ejercicio del derecho de defensa, esta norma debe interpretarse extensivamente o permitirse su aplicación analógica para incorporar declaraciones no previstas expresamente en el texto de la ley. Es así que la Corte ha resuelto que los testigos de cargo pueden ser confrontados con declaraciones prestadas en un juicio anterior anulado:

“(…) Si bien esta disposición no contempla las declaraciones prestadas en un juicio oral anterior, anulado, lo cierto es que tal realidad satisface el estándar impuesto por la norma en estudio, en cuanto se trata de declaraciones prestadas por el requerido ante una autoridad judicial, en el caso, no el juez de garantía que es el citado por el precepto, sino el

²¹¹ SCS Rol N° 112393-2020, 23.10.2020.

²¹² En el mismo sentido de los fallos anteriores, ver sentencia Rol N°149.239.Corte Suprema rechaza nulidad interpuesta por la defensa, considera que la omisión de registro en la carpeta investigación de la declaración de testigos que depusieron en el juicio no vulnera garantías fundamentales. El ministro Llanos, realiza la prevención de que al no existir registros de los testigos que deponen en el juicio, se vulnera el derecho a contrainterrogar en base a las declaraciones vertidas durante la investigación conforme al 332 del CPP.

tribunal de juicio oral en lo penal, con la asistencia de todos los intervinientes convocados a la audiencia, esto es, con idénticas garantías de publicidad y bilateralidad”²¹³.

Y también ha declarado que el testigo de cargo puede ser contrastado con la declaración prestada en un juicio anterior:

“Aun cuando a todos los intervinientes debiera interesar el establecimiento de la verdad en el proceso penal, y no obstante que el texto del artículo 332 revisado no diferencie entre las partes que acudan a esta norma, no puede preterirse que dicho precepto posibilita y fortalece principalmente el fiel ejercicio de la defensa del acusado (...) Por tanto, de manera general, si la defensa del imputado pretende valerse de las declaraciones prestadas por un testigo en un juicio oral anteriormente celebrado para el juzgamiento de los mismos hechos - pero distintos autores-con el objeto de demostrar las inconsistencias u omisiones de su último atestado, a juicio de esta Corte, el puro tenor literal del artículo 332 del Código Procesal Penal no constituye suficiente y valedera razón para oponerse a tal petición frente a los valores y derechos ya anotados que apuntan en sentido contrario, conclusión que por lo demás ya fue sostenida por esta Corte en el expediente Rol N° 2866-2013 de 17 de junio del año en curso, en relación a la declaraciones prestadas en un juicio oral anulado previamente”²¹⁴.

c) El perito solo puede declarar al tenor del contenido del informe pericial entregado a la defensa.

Para ejercer un control eficaz respecto de la prueba pericial de cargo²¹⁵, el Ministerio Público (y el querellante) al formular la acusación deberá entregar a la defensa copia por escrito del informe pericial²¹⁶, cuyo contenido fijará el margen de información que el perito

²¹³ SCS Rol N° 5.116-2012.

²¹⁴ SCS Rol N° 10.910-2013.

²¹⁵ Prescribe el artículo 318: “Improcedencia de inhabilitación de los peritos. Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado”.

²¹⁶ Señala el inciso primero del artículo 315 “Contenido del informe de peritos. Sin perjuicio del deber de los peritos de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, éste deberá entregarse por escrito y contener:

podrá válidamente incorporar al juicio. De allí que la Corte haya estimado vulnerado el derecho de defensa, cuando en el juicio oral el perito se extiende a aspectos no comprendidos en su informe:

“Que en este escenario aparece de toda evidencia que la defensa fue puesta en una posición desfavorable o desventajosa, afectándose el debido proceso, ya que se vio privada de la posibilidad de ejercer a cabalidad sus derechos como interviniente -que debe estar en absoluta igualdad de posiciones frente a su oponente-, al extenderse el relato de los peritos a aspectos no comprendidos en sus informes, de lo que se desprende que el tribunal, al permitir testimonios en esas condiciones, no pudo asumir una postura de total ecuanimidad, alejando sus expectativas de obtener una decisión jurisdiccional imparcial y equilibrada”²¹⁷.

En otro caso, si bien la Corte determinó la existencia de una inobservancia de las formas procesales, concluyó que ésta no fue sustancial:

“Que de lo expresado resulta evidente que, en la producción de la prueba pericial tanto en el procedimiento como en el juicio oral, se incurrió efectivamente en infracciones a las normas procesales, desde que no se dio estricto cumplimiento al artículo 315 del Código Procesal Penal específicamente en cuanto a la exigencia de la letra b), lo que a su vez, tuvo injerencia en las conclusiones que debía contener, afectándose entonces también el requisito que contempla la letra c) de ese precepto. Asimismo, de la omisión anotada se pudo seguir efectivamente que la defensa se viera sorprendida en el juicio oral, en un momento en que ya no estaba en condiciones de modificar su teoría del caso, puesto que ese interviniente alegaba la existencia de causales concurrentes en la muerte de la occisa, tanto por la presencia de una alta concentración de alcohol como de benzodiazepinas en su sangre (...) Que, empero, la defensa estaba en conocimiento que la cantidad de Nordiazepam en la sangre de la occisa era inferior a 50 nanogramos, desde que le fue informado que era lo mínimo que podía detectar el cromatógrafo y dado que no se logró determinar su concentración a través de dicho aparato, necesariamente aquella era menor a 50 nanogramos. Asimismo, estaba en conocimiento del hecho que sólo una cantidad igual al doble de aquella –esto es, al menos 100 nanogramos- logra producir algún

-
- a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;
 - b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y
 - c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio”.

²¹⁷ SCS Rol N° 2.866-2013. Ver también: SCS Rol N° 448-2015

efecto en el organismo (puesto que así fue declarado por la misma perito, lo que consta del fallo, sin que tal aserto fuera motivo de impugnación). En tal escenario se advierte que la omisión de la perito en el informe y su posterior develación sólo durante la audiencia de juicio, a pesar de constituir una irregularidad procesal, no ha podido tener trascendencia alguna en la teoría del caso de la defensa, que es lo que esta última alegó en su recurso de nulidad. A la misma conclusión se llega de la lectura en el fallo del testimonio del médico forense que evacuó un meta peritaje a requerimiento de la defensa, quien a pesar de haber hecho su estudio en base al informe escrito de la perito químico, que no cuantificó los 11 nanogramos, se refirió a esa cantidad en su exposición ante el tribunal oral, y al tiempo de elaborar una teoría alternativa sobre la causa de muerte dijo que tal sería una intoxicación aguda por etanol, pues se trataba de una persona con factores de riesgo y enfermedades preexistentes, en tanto no advertía daños de entidad sobre estructuras específicas que explicaran la causa de muerte: politraumatismo, afirmada por la médico forense. Esto es, el médico presentado por la misma defensa, no aludió a la injerencia de las benzodiazepinas en el resultado mortal”²¹⁸.

d) La prueba es la declaración del perito prestada en el juicio oral y no el informe pericial.

Al efecto ha fallado:

“La lógica que se modifica sustancialmente con la implementación del nuevo sistema de juicio oral, donde no hay duda acerca que en la audiencia respectiva la prueba pericial básicamente consiste en la declaración personal que debe prestar el experto, lo que ha sido reconocido por el artículo 329 del ordenamiento procesal penal, que dispone que la declaración del perito no puede ser sustituida de ninguna forma por la lectura de actas e informes periciales escritos, salvo algunas excepciones que se establecen en el artículo 331 del mencionado estatuto. Así, la regla fundamental respecto de esta prueba es que el perito debe comparecer y someterse a las normas del examen y contraexamen, con las cuales se exhibe ante los jueces toda la información relevante del peritaje, quienes otorgarán mayor o menor fuerza probatoria según el grado de credibilidad que le otorguen a sus declaraciones y a su idoneidad profesional”²¹⁹.

e) La prueba es la declaración personal del testigo en el juicio, la que no puede ser

²¹⁸ SCS Rol N° 4.764-2012

²¹⁹ SCS Rol N° 5.579-2009. Ver también: SCS Rol N° 448-2015

sustituida por registros u otros documentos en que constaren sus declaraciones.

La Corte ha resuelto al respecto lo siguiente:

“Se le atribuyó la calidad de testigo sin que tal persona haya comparecido efectivamente al juicio a prestar su testimonio y privando a las partes de las facultades que les son propias en términos de examen de sus asertos en el ejercicio del principio del contradictorio, tanto como de apreciación del tribunal, en cuanto a la intermediación. Tales derechos, que el Código Procesal Penal establece en el artículo 329, no sólo garantizan el desarrollo del juicio dentro del marco que reglan sus principios rectores, sino también el ejercicio legítimo del derecho a defensa del inculpado y, por ende, el debido proceso con todas las garantías judiciales que le son inherentes. (...) En el escenario descrito, resulta que la introducción del sumario sanitario, que en sí misma no resultaba ilegítima, ha devenido en la ponderación de declaraciones testimoniales de personas que no comparecieron en el proceso y que, sin embargo, fueron estimados como tales, con infracción de las garantías judiciales que protege y ampara el debido proceso”²²⁰.

f) Testigos con reserva de identidad.

El uso de testigos de cargo con reserva de identidad en el proceso penal, es una fuente importante de afectación al derecho de defensa. No obstante, lamentablemente la Corte Suprema ha legitimado su uso fuera de los casos contemplados en la legislación especial que expresamente prevé este mecanismo, permitiendo su aplicación a procesos penales

²²⁰ SCS Rol N° 10.246-2013. Ver también: SCS Rol N° 3.795-2006.

por delitos comunes²²¹⁻²²². Por ejemplo, la Corte ha resuelto:

“Sea como fuere y como ya antes se dejó en claro, la normativa general del Código Procesal Penal igual se abre a la comparecencia de testigos protegidos con la reserva de su identidad, aún después de prestado su testimonio y por períodos no determinados, pero sólo el necesario para su efectivo amparo después del juicio; de modo que ha quedado obsoleto proporcionar resguardo a los testigos con identidad protegida que depusieron en el litigio, al alero de la antigua Ley N° 18.314, puesto que ya se declaró su improcedencia al caso concreto, pero subsistirá la salvaguardia general que el artículo 308 del Código Procesal Penal les brinda, mientras subsistan las circunstancias que lo hagan aconsejable, más aún si se tiene en cuenta que las disposiciones especiales que rigen la prueba testifical protegida,

²²¹ El Código Procesal Penal no contiene disposiciones que expresamente se ocupen de la reserva de identidad, como sí ocurre en la Ley N° 18.314 (arts. 15 y ss.) y en la Ley N° 20.000. En parte alguna utiliza conceptos como testigos reservados o anónimos, ni ninguna otra nomenclatura similar, lo mismo sucede con el artículo 308 del Código Procesal Penal. El inciso tercero del art. 307 del mismo código hace una referencia a la prohibición de divulgación de la identidad del testigo que no es explícita ni unívoca en su significado. Por otro lado, consultada la historia la ley, consta que la idea del Ejecutivo de instaurar los testigos con reserva de identidad en el Código Procesal Penal fue desechada por el Congreso, pero se sostuvo su vigencia en las leyes especiales (Ley N° 18.314 y Ley N° 20.000): “...en cuanto establece el secreto de la identidad de un testigo, cuando pudiere significar peligro para éste o para otra persona, fue cuestionado, porque la experiencia ha demostrado que los testigos secretos se prestan para venganzas personales. Si se está actuando en un procedimiento oral y abierto, en donde el juez puede optar por otras medidas, por ejemplo, impedir ingreso al público, no parece razonable mantener el secreto de la identidad del testigo, porque afecta la transparencia e induce al abuso de la norma. Hoy en día, el secreto de la identidad del testigo dura exclusivamente hasta el término del sumario. Suponer que se mantendrá la validez del testimonio de una persona que se niega a identificarse y dar a conocer su identidad en el juicio oral final pudiera significar una indefensión absoluta hacia el afectado. En la legislación procesal penal, lo que el juez toma en cuenta es la calidad del testigo. Los testigos se pesan, no se suman; por lo tanto, lo que vale es la calidad del testimonio. Si se le han restado la identidad y sus antecedentes como elementos de la calidad al testigo, se presta para que dos personas, bajo el pretexto de la identidad falsa, se pongan de acuerdo para acusar a una persona de un hecho y ésta nunca podrá desvirtuarlo, lo cual excede con creces los objetivos del secreto del testigo. El inculpado tiene pleno derecho a saber quién lo está acusando, con todos sus antecedentes. El derecho a defenderse es un principio consagrado en la Constitución. Se aprobó el artículo con la supresión de sus incisos tercero, cuarto y quinto. Lo anterior no obsta, por aplicación del inciso final, a que el tribunal, en casos graves y calificados, pueda disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Sin perjuicio de ello, debe recordarse, además, que, por imperativo constitucional, al ministerio público le corresponde la adopción de medidas para proteger a los testigos” (Pfeffer U., Emilio, Ob. Cit. páginas 473 y ss.). Del rechazo de la propuesta del Ejecutivo, surgieron los artículos 307 y 308 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de las excepciones contenidas en las leyes especiales que establecen resguardos respecto de la identidad de los testigos.

²²² Las defensas han mitigado este déficit de protección a través de la cautela de garantías regulada en el artículo 10 del Código Procesal Penal. Por medio de este mecanismo, los tribunales de garantía han ordenado al Ministerio Pública, durante la investigación o en la etapa intermedia, dar a conocer a la defensa la identidad de los testigos cuya reserva se mantenida. Estas decisiones han contado con la decisión de la tercera sala de la Corte Suprema, ver al respecto las SSCS Rol N° 3.065-2012 y Rol N° 11.706-2014.

en todo caso, se enmarca en el ámbito de la normativa común”²²³.

Y en otro caso declaró:

“Que en lo que atañe a la infracción que se reclama al haberse rechazado los requerimientos de las defensas tendientes a conocer la identidad del testigo como su posterior admisión al juicio, cabe destacar que el artículo 308 del Código Procesal Penal, al referirse a las medidas especiales que pueden disponerse en protección de testigos, señala de modo expreso que aquellas durarán el tiempo razonable que disponga el tribunal y que pueden ser renovadas cuantas veces sea necesario. Se agrega también que el propio Ministerio Público de oficio o a petición del interesado debe adoptar idénticas medidas de resguardo para conferirles protección antes o después de recibirse su declaración. La procedencia de la medida es indudable a la luz de lo que dispone la norma señalada, y su justificación en el caso de la especie aparece resuelta en el mismo fallo -motivo Trigésimo Séptimo-. Tal excepción en la forma de recibir el testimonio no tiene incidencia perjudicial en el derecho fundamental del imputado a un juicio oral y público y con todas las garantías que este importa, particularmente en su triple vertiente de respeto a los principios de publicidad, contradicción, e igualdad de armas. En esta materia corresponde hacer un distingo entre la imputación anónima, que parece ser lo que ve la defensa, y la de un testigo respecto del cual fundadamente se ha dispuesto una medida especial para su protección; pues en el primer caso se trata de aquel declarante cuya identidad no solo es desconocida para el imputado y su defensa, sino también para el tribunal y los demás intervinientes, cuyo no es el caso, pues la identificación del testigo Clave M331A era perfectamente comprobable, incluso para el tribunal que recibió su relato”²²⁴.

g) Testigos de oídas preconstituidos.

La temática de los testimonios de oídas preconstituidos surge nítidamente en aquellos casos en que un funcionario policial o uno de la fiscalía presenciaron la declaración prestada por un imputado o testigo ante el Ministerio Público con el fin de repetir sus dichos en el juicio. Ahora bien, aun cuando la legislación permite los testimonios de oídas, al disponer el artículo 309 del Código Procesal Penal en su inciso segundo que:

"todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare,

²²³ SCS Rol N° 2.921-2012. Ver también: SCS Rol N° 4423-2003; Rol N° 2921-2011; Rol N° 6711-2012; Rol N° 1179-2013. Cautela de garantías, Ver: SCS Rol N° 3065-2012; Rol N° 11706-2014; STC Rol N° 2657-2014.

²²⁴ SCS Rol N° 1.179-2013.

expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas", el problema está en que dichos funcionarios actúen como "registros humanos" de declaraciones que presenciaron previo juicio, en cualquier caso, incluso cuando no falta el testigo presencial. Evidentemente que este tipo de testimonios repercute negativamente en el derecho de defensa, porque se priva a la defensa de contrainterrogar a la fuente directa de la imputación y de paso se contraviene el artículo 331 del Código Procesal Penal.²²⁵

La Corte se ha pronunciado al respecto validando el uso de estos "registros humanos": "Sin embargo, tal denuncia se asienta sobre un hecho no efectivo, cual es que se permitió la reproducción o lectura de registro con la declaración previa de otro imputado, puesto que ni hubo reproducción o lectura, ni se trataba precisamente de otro imputado. Sobre la primera precisión, valga decir que (...) prestó declaración como testigo de oídas y la ponderación que se hizo de sus dichos fue cumplida por aquellos llamados por el legislador a cumplirla: los jueces del fondo"²²⁶.

²²⁵ Ver: SCS Rol N° 24.173-2014; Rol N° 99775-2016; Rol N° 4693-2017.

²²⁶ SCS Rol N° 2.029-2012. El voto de minoría del ministro Haroldo Brito resulta muy ilustrativo para explicar la forma en que un testigo de oídas preconstituido lesiona el derecho de defensa y vulnera el art. 331 del CPP: "En lo tocante al recurso de (...) , acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito quien fue de parecer de acoger la causal principal, infracción al debido proceso, puesto que en su opinión se produjo tal infracción constitucional, por lo que fue de parecer de invalidar tanto el fallo como el juicio oral que le antecedió, sólo en lo que a este acusado corresponde, para que a su respecto se celebre un nuevo juicio donde se omita la actuación ilegal reclamada, para lo que tiene en consideración lo que sigue:

1° Que al permitirse la declaración del testigo (...) se reprodujo una supuesta declaración de (...) prestada como imputado por el tráfico ilícito de estupefacientes investigado en Temuco, con lo que se violó del modo que lo reclamó la defensa, el artículo 331 letras a) y d) del Código Procesal Penal, que sólo permite reproducir una declaración de testigo o coimputado cuando haya sido prestada ante Juez de Garantía, cual no es la situación de la especie.

2° Que no puede negarse que ese funcionario intervino en la pesquisa a los efectos de presenciar una declaración previa de un imputado para luego comparecer al juicio y declarar acerca de lo percibido, oportunidad en la que no se reprodujo un audio o se hizo una lectura de un acta, por lo que se empleó esta alternativa para aportar la información que interesaba al Ministerio Público sin hacer comparecer al testigo. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿Qué motivo existe para que la declaración de un imputado sea presenciada por un funcionario policial, si se supone que la está prestando ante el Fiscal y un Defensor, y que de tenerse interés en su información lo procedente es citar al declarante al juicio público? Todo indica que se entiende que con tal procedimiento podría obviarse la comparecencia de un testigo, en circunstancias que, como ocurre en la especie, es posible la participación.

La norma del artículo 331 del Código Procesal ha franqueado al Ministerio Público una forma de reservar la declaración de un testigo importante, e incluso la de un imputado que pueda retractarse o evadirse que eventualmente no llegará al juicio oral. Tal es la regla que debió ser utilizada en la especie, en donde uno de los testigos de cargo más fuertes de la inculpación de actos en una organización de tráfico ilícito de estupefacientes no es presentado al juicio para suplir la correspondiente declaración con la de un testigo de

h) Prueba de cargo incorporada como prueba nueva.

El artículo 336 del Código Procesal Penal establece la posibilidad de rendir prueba no solicitada oportunamente, en los siguientes términos:

“A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”²²⁷.

Esta facultad, que en un principio estuvo pensada solo para el imputado a fin de evitar

oídas. Lo anterior, claramente, coarta los derechos de las defensas puesto que se ven privadas de contrainterrogar a quien informa, quién precisamente sirve de base para la imputación; en circunstancias que el artículo 331 del Código Procesal, si bien, permite que en el juicio oral se sustituya al testigo o imputado por una lectura o un registro, cuando ésta declaración se haya prestado ante un juez de garantía y en una audiencia de prueba formal, lo que asegura a las defensas el ejercicio legítimo de sus derechos.

3° Que, por otra parte, no es posible afirmar que (...) no esté involucrado en los hechos de la causa, puesto que aun cuando no ha sido formalizado ni condenado, ello se debió a una cuestión de administración de investigaciones del Ministerio Público, pero es claro que de la misma descripción de los hechos aparece que aquél era el último eslabón de distribución de las drogas en la ciudad de Temuco, de modo que tal carácter lo sitúa precisamente en las exigencias del artículo 331 del Código Procesal Penal antes analizado; sin que deba dejarse pasar que la forma en que se separaron ambas investigaciones y la omisión de comunicaciones sobre la forma que se procedió a su respecto, también parece irregular.

4°. -Que de todo lo anterior deriva que tuvo lugar la infracción a la garantía del debido proceso denunciada en el recurso, atendido que la defensa del imputado quedó impedida de ejercer el derecho a contrainterrogar, esto es al contradictorio, situación que en el entender del disidente es inequívocamente rechazada por la razón y mínimos criterios de justicia”. El Ministro Brito lo vuelve a reiterar como voto de minoría en SCS rol N° 24.173-2014.

²²⁷ En la historia de la ley, se dejó constancia que “El Senado tuvo en cuenta que el propósito de esta norma es minimizar las posibilidades de que un imputado se quede sin prueba por una defensa negligente, aunque para mantener el principio de igualdad ante la ley se hizo extensiva a las demás partes. Se aprobó con algunos ajustes de redacción, habida consideración que es una regla de excepción (...) Se dejó constancia, sin embargo, que la jurisprudencia deberá aplicarla en sentido estricto, debiendo probar el interesado que no tuvo conocimiento de su existencia”. Pfeffer U. Ob. Cit, p. 505.

que se quede sin prueba por una defensa negligente, puede ser ejercida por todos los intervinientes. Pero es una regla de excepción, y como tal debe ser aplicada en sentido estricto, sobre todo tratándose del Ministerio Público, porque el ente persecutor cuenta con poderosas herramientas para ofrecer prueba oportunamente. Además, la prueba nueva de cargo *per se* lesiona el derecho a defensa, puesto que es un elemento no informado en la audiencia preparatoria del juicio oral y cuya admisión no es previsible, de tal manera que siempre sorprenderá a la defensa”²²⁸.

En este contexto, la Corte, acogió un recurso de nulidad de la defensa, porque el *a quo* autorizó al Ministerio Pública a rendir prueba nueva, fuera de las hipótesis que establece la ley:

“Sin embargo, esta prueba recibida por el Tribunal Oral, no se encuentra en ninguno de los escenarios previstos en el artículo 336 inciso segundo del Código Procesal Penal y fue, en consecuencia, recibida en un caso no previsto ni autorizado por el legislador. En efecto, el inciso segundo del artículo 336 del Código Procesal Penal, permite al tribunal autorizar la presentación de nuevas pruebas, sólo cuando ellas están destinadas a esclarecer la “...veracidad, autenticidad o integridad...” de otra prueba y que surge con motivo de su rendición. Se trata específicamente de la veracidad, autenticidad e integridad de la prueba rendida, como sería el caso de un documento que pueda ser impugnado por no auténtico o por faltarle una página o a la declaración de un testigo registrada en un audio que no se ha reproducido íntegramente o donde se controvierte la identidad de la persona que se dice que es; porque la situación está referida a una controversia surgida en relación a una calidad del elemento probatorio mismo (...)No era procedente, en consecuencia, la prueba solicitada en estos términos, porque lo que se pretendió fue incorporar un testimonio nuevo -no ofrecido en la preparación del juicio- y dirigido en oposición al que se acababa de escuchar por el Tribunal Oral e incluso, para demostrar un hecho que la misma testigo negó enfáticamente ante el tribunal: la existencia de amenazas por parte de una de las acusadas y su familia, cuestión que no formaba parte de la controversia sometida al conocimiento del Tribunal Oral y que ni siquiera había sido denunciada. La facultad que tenía el fiscal en el caso específico, era la que contempla el artículo 332 del Código Procesal Penal: de lectura para apoyo de memoria, en relación a las declaraciones que esa testigo protegida hubiera prestado con anterioridad ante el fiscal o el juez de garantía, las que en el caso, aparentemente no existían y se procuró suplirlas con el dicho

²²⁸ Sin embargo, la Corte Suprema no siempre le ha dado una aplicación limitada o estricta a la norma. Ver las SSCS Rol N° 3.003-2010; Rol N° 3.741-2012; Rol N° 2.263-2013.

de una funcionaria de la misma Fiscalía que se refirió a una declaración fuera de la investigación dada por la testigo protegida en la víspera del juicio”²²⁹.

5.3. Derecho a rendir prueba

La Corte Suprema estimó vulnerado sustancialmente este derecho en un caso en que el juez de garantía excluyó la declaración de un coimputado ofrecida por la defensa como prueba testimonial, quien ya se encontraba condenado. El tribunal de garantía adujo que de aceptarse esta prueba se lesionaría el derecho a guardar silencio, que supuestamente detentaba el testigo. La Corte resolvió como sigue:

“(…) al solicitarse el testimonio de (…) ya estaba condenado, de modo que ya no podía perjudicarse a sí mismo con su declaración en el juicio para el que se estaba requiriendo su presencia como testigo (…) Que impedir a la defensa la posibilidad de rendir una prueba relevante para su teoría del caso, constituye una infracción de carácter sustancial que autoriza la invalidación tanto de la sentencia como del juicio oral en que se materializó el vicio, puesto que se trata de un elemento fundamental para la demostración de su posición”²³⁰.

En otro proceso, decidió anular la sentencia y el juicio oral al determinar que el tribunal de garantía resolvió en forma infundada la exclusión de un metaperitaje de la defensa:

“Que, en la situación sub lite, oída la intervención de la defensa y de su prueba de audio rendida, aparece de manifiesto que en la audiencia de preparación del juicio oral celebrada el 14 de junio del presente año ante el Magistrado Raúl Martínez del Juzgado de Garantía de Talcahuano, la defensa solicitó expresamente la inclusión para el juicio oral de una pericia analítica efectuada por el médico cirujano (…) con fecha 1° de marzo del presente año, ante lo cual el Ministerio Público se opuso, esgrimiendo su calidad de ‘meta peritaje’, por lo que concluía que no guardaba ninguna relación con los hechos de la investigación, que luego modificó en alegar una supuesta extemporaneidad, agregando a continuación que se trataba de una ‘nueva prueba’ (…) Que, ante ello, el tribunal procedió a resolver la incidencia arguyendo como fundamentos decisorios aspectos que no le fueron entregados ni desarrollados por las partes intervinientes, como fue el aludir en su resolución a su manifiesta impertinencia, citando a continuación de forma mecánica los

²²⁹ SCS Rol N° 1.844-2012, (considerando 5°).

²³⁰ SCS Rol N° 1.844-2012, (considerando 5°).

artículos 315, 318 y 276, todos del Código Procesal Penal, de los cuales se ignora su trascendencia y relación con lo discutido, pues no se explicitan los mecanismos de razonamiento, resolviendo a continuación su exclusión, lo que supuso vulnerar de paso su derecho a generar prueba de descargo, ella como variante de la garantía constitucional del debido proceso, y que importó, además, fundar su decisión de rechazo mediante argumentaciones que no se le entregaron en la oportunidad al jurisdicente, exigencia que se consagra en el artículo 36 del Código Procesal Penal, en el que se dispone que será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare”²³¹.

Por otro lado, en otra causa, la Corte Suprema consideró correcta la decisión del *a quo* que le restó todo valor a los metaperitajes de la defensa, por cuanto el objeto de tales pericias constituidos por fotocopias no legalizadas de la carpeta investigativa está fuera del juicio oral. Dijo la Corte:

“Que en el caso en análisis, lo cuestionado por la defensa es la exclusión o inadmisión de su prueba pericial, lo que advierte del fundamento séptimo del fallo atacado cuando el tribunal resuelve que “no dará valor probatorio a los metaperitajes de los peritos don Leonardo González y doña Patricia Condemarín, presentados por la defensa, por cuanto el objeto de tales pericias constituidos por fotocopias no legalizadas de la carpeta investigativa están fuera del juicio oral, y lo que no está en el juicio oral no existe (...) Que según reconocimiento del impugnante, la decisión del tribunal le privó del derecho de poner en cuestión a través de la mentada prueba la rigurosidad -o falta de ésta- en los procedimientos, metodología y conclusiones de los informes realizados por los profesionales auxiliares de la Fiscalía, lo que califica como una negación al principio de la libertad de prueba (...) Que sobre esta materia, el legislador ha dotado a la defensa de mecanismos precisos y determinados a efectos de controlar el ingreso de la prueba de cargo, particularmente en el artículo 318 del Código Procesal Penal, que perentoriamente señala que los peritos no podrán ser inhabilitados, no obstante lo cual, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones (...) Que de este modo, de aceptarse las alegaciones que a este respecto formula la defensa significaría apartarse de las formas procesales para la desacreditación de los peritos, reglas desconocidas por la defensa en el juicio, de modo que es de toda evidencia que la decisión del tribunal de desestimar todo valor a las pericias aportadas por la defensa, lejos de afectar la garantía del debido proceso en su vertiente de libertad de

²³¹ SCS Rol N° 8.637-2011

prueba que se dice amagada, veló por la ritualidad del juicio y la estricta sujeción a la ley, obligaciones que también alcanzan a la defensa (...) Que en este contexto, no aparece que el imputado fuera puesto en una situación desventajosa al privársele de la posibilidad de rendir prueba pericial para restar valor de convicción a los peritajes de la contraria, por cuanto este objetivo, que ciertamente integra el núcleo del criterio de contradicción, debe ser pretendido mediante la forma señalada en el ya citado artículo 318, y no a través de peritajes producidos para restar mérito a los ya incorporados al juicio, puesto que ello se ha regulado claramente de esta manera. Así las cosas, se advierte estricta sujeción a la ley por parte del tribunal oral en una materia expresamente prevista en ella, y que la defensa pretendió desconocer, por lo que no se ha configurado transgresión a precepto legal ni constitucional, lo que lleva a desestimar el recurso en este primer segmento”²³².

En otra causa, la Corte Suprema consideró que la exclusión de la prueba testimonial en la audiencia de juicio oral impidió el ejercicio del derecho de defensa. Este caso se trata de un juicio con modalidad semipresencial, en cuya audiencia de preparación de juicio oral, la defensa del acusado ofreció la declaración de un testigo, sin embargo, en el juicio oral, y a solicitud del Ministerio Público, el testigo es impedido de prestar declaración por haberse detectado una inconsistencia entre la individualización del acta: respecto de su segundo nombre de pila, su primer apellido y el dígito verificador de su cédula de identidad. Al acoger el recurso de nulidad presentado por la defensa la Corte razona de la siguiente manera:

Sexto: (...) De esta manera, habiendo sido incluido dicho medio de convicción en el auto de apertura del juicio oral, el tribunal ha de tener en claro que debe recibir dicha prueba, y que la eventual decisión de impedir su producción no puede basarse en la imposición de mayores formalidades que las previstas en la ley. En ese contexto, surge que los juzgadores no están facultados para vetar la prueba testimonial de descargo teniendo como fundamento una discrepancia en la individualización del deponente entre lo consignado en su cédula de identidad y en el auto de apertura del juicio oral si tales inconsistencias, meramente formales, se ven superadas por la claridad respecto de la persona cuyo testimonio se pretende.

Esa es, precisamente, la situación que se produjo en estos antecedentes, puesto que más allá de la evidente confusión entre los nombre “Humberto” y “ Alberto”, los apellidos “Aguilera” y “Águila” y el dígito verificador del número de la cédula de identidad, lo que se produjo en el auto de apertura, lo cierto es que puede inferirse que las discrepancias solo

²³² SCS Rol N° 3.521-2012

obedecen a un lapsus calami al momento de confeccionar el acta del auto de apertura, que pudo deberse a las similitudes existentes entre los vocablos empelados, máxime si el número de la cédula de identidad —con excepción tan solo del dígito verificador— coincidía plenamente y, asimismo, el deponente estaba presente en el tribunal dando cumplimiento a su obligación de declarar como testigo. Cabe destacar, adicionalmente, que el Ministerio Público no afirmó en el debate previo a la exclusión que la persona allí presente fuese distinta de aquella que fue citada como testigo en la audiencia pertinente, sino sólo manifestó la duda por las inconsistencias en su nombre, vacilaciones que podían ser fácilmente solucionadas a partir de los dichos del deponente cuestionado, quien estaba expuesto a ser testeado a través del contraexamen a efectuar por parte del Ministerio Público.

Séptimo: Que, en suma, la exclusión, en la audiencia de juicio, de la prueba testimonial de la defensa consistente en los dichos de L.H.A.O, transgredió la garantía constitucional del imputado de ser juzgado en un debido proceso, en cuanto se vio impedido de ejercer su derecho a defensa, a rendir prueba de descargo, y presentar e interrogar a su testigo.

La trascendencia del vicio de nulidad detectado, no obstante consistir en infracciones de “derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales” —atendiendo al criterio de conservación de los actos procesales—, exige que, además, se trate de una vulneración sustancial, esto es, de significación, relevancia o trascendencia, lo que obliga a que la que se llegare a constatar también sea ponderada para verificar su carácter “sustancial”, debido a que por no importar una regla o mandato su aplicación debe determinarse atendiendo a las singularidades del caso.

Esa sustancialidad no dice relación con lo resolutivo del fallo, ya que ello en la especie obligaría a ponderar prueba para verificar una eventual y diversa conclusión fáctica, sino con la entidad o dimensión de la vulneración de que trate.

La situación es similar a los motivos absolutos: no se precisa demostrar perjuicio —porque se le presume cuando se trata de esta clase de infracciones— ni incidencia en lo resolutivo, pero debe constatarse que se trata de una infracción relevante de los derechos o garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

En ese contexto, no cabe duda en torno a que, en el presente caso, la afectación detectada tiene la trascendencia necesaria para acoger el recurso, ya que se ha repelido un testimonio ofrecido por la defensa del acusado, circunstancia que claramente afecta al derecho a defensa jurídica, toda vez que la insuficiente identificación del testigo pudo ser superada en la misma audiencia de juicio, convirtiéndose la negativa del tribunal en un injustificado

impedimento a producir la totalidad de su prueba de descargo, de manera que no ha podido ejercer en plenitud aquél derecho, que se traduce en la única forma de asegurarle su conducción en el juicio oral en una situación de igualdad procesal ante el ente persecutor (...)"²³³

5.4. Imputación necesaria

Citando a Maier:

“para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atributa haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico exigencia que en materia procesal penal se conoce como *imputación*. El núcleo de esta imputación es, según ya se ha observado, una hipótesis fáctica –acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico- atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La *imputación* correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o a reducirla. Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación *clara, precisa y circunstanciada* de un *hecho concreto*, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta”²³⁴

En torno a esta dimensión del derecho de defensa, la Corte ha precisado:

“El aperebimiento de la acusación es necesario para poner al imputado en condiciones de

²³³ SCS rol 112393-2020, 23.10.2020.

²³⁴ Maier, J. Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, E. del Puerto, 2002, p.553.

ejercer útilmente su derecho de defensa, porque sin esta nunca podrá haber confianza de que el juicio criminal conduzca al conocimiento de la verdad, que interesa no solo al imputado, sino a la sociedad toda, y por esto es de orden público primario. La utilidad de la intimación consiste íntegramente, pues, en llenar todas y cada una de las condiciones que sean indispensables para que el imputado pueda oponer eficazmente sus medios de defensa e impugnar así los medios que la acusación haya empleado en su contra. (Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte general, Volumen II, Editorial Temis, Colombia, 1996, parágrafo 892, pág. 363)²³⁵.

Para preservar este derecho, el artículo 259, letras a), b), c) y d), del Código Procesal Penal, establece que la acusación deberá contener en forma clara y precisa:

- a) La individualización del o los acusados;
- b) La relación circunstanciada del o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
- c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal; y,
- d) La participación del acusado.

Bajo este orden normativo, la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad de la defensa por infracción a la garantía de intimación previa o imputación necesaria, en un proceso por fraude al fisco y estafa:

“Que tanto de la simple lectura de la acusación y del hecho que se ha tenido por demostrado, como del fundamento recién referido, así como de lo aseverado por las partes que concurrieron a estrados el día de la audiencia fijada para el conocimiento de los recursos interpuestos, aparece como una primera conclusión necesaria y natural, que no existe la descripción precisa y circunstanciada del hecho atribuido a los acusados, en términos que permitan a aquél o aquéllos hacer uso legítimo de su derecho a la defensa. (...) el imputado debe tener un adecuado conocimiento de lo que se le atribuye como conducta ilícita para que pueda enfrentar con cierta igualdad de armas a este poderoso contendiente que es el Estado con todas las facultades de que dispone para la investigación y la persecución penal y es éste quien tiene la obligación de cumplir con las exigencias que la norma del artículo 259 señala para la acusación, entre las cuales se contempla, en su ordinal b) “La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación

²³⁵ SCS Rol N° 5.201-2009, (considerando 9°).

jurídica”²³⁶

Sin embargo, no ha estimado lo mismo tratándose de acusaciones por delitos contra la libertad sexual, donde la temporalidad de los hechos imputados resulta vaga e indeterminada:

“Que, despejado lo anterior y en atención a que lo medular de lo planteado dice relación con la acusación formulada por el Ministerio Público en estos antecedentes, cabe consignar que en ella se expresó lo que sigue: Desde el año 2007, hasta la fecha, el imputado, de manera reiterada, por medio de amenazas a accedido carnalmente vía bucal a la menor A.Y.V.S., además de lo cual ha efectuado sobre su cuerpo tocaciones en pecho, nalgas y vagina de la afectada, todo en contra de su voluntad. Estos episodios ocurrían cuando la menor se quedaba a cargo del imputado mientras la madre de la afectada y conviviente del encartado se encontraba trabajando. El último episodio ocurrió en las cercanías de las dos semanas anteriores a la formalización de cargos, oportunidad en que mediante las amenazas el imputado obligó a la menor a mostrarle sus nalgas con el fin de que concurriera al Colegio de la afectada para conseguir que le arreglaran las notas y así no repetir de curso, lo que la afectada realizó (...) Que de la revisión de la acusación anterior, no se advierte que los hechos previamente descritos en ella pudieran estar reseñados de forma tal que hicieran imposible la defensa del acusado, toda vez que se efectúa una clara referencia cronológica de la duración de los episodios investigados desde su inicio en 2.007, hasta una fecha cercana a su formalización, describiendo claramente los momentos y comportamientos de connotación sexual desarrollados respecto de la ofendida y que le son imputados al acusado de autos, que son precisamente los extremos que la defensa deberá abarcar en su litigación (...) Que, como se aprecia, contrario a lo afirmado por el recurrente, es de toda evidencia que se dio cumplimiento cabal a lo expresado en la letra b) del artículo 259 del Código Procesal Penal, que conmina a que la acusación fiscal contenga una relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos, sin que pueda sostenerse que la garantía constitucional al debido proceso y el derecho a la defensa fueran entrabados, limitados o eliminados, pues el representante del imputado siempre estuvo en condiciones de ejercer todos sus derechos procesales en el juicio, siendo este reclamo materia de debate en la

²³⁶ SCS Rol N° 2.719-2008. Los hechos que fueron materia de la acusación deducida por el Ministerio Público y a la cual se adhirieron los querellantes y el Fisco de Chile, fue el siguiente: “Esta factura fue presentada a cobro a sabiendas que algunos de los servicios cobrados no fueron efectuados y que otros fueron pagados en exceso. A su vez, con pleno conocimiento que la factura no podía ser pagada por la Municipalidad, en atención a que ello infringía diversas normativas legales y reglamentarias como también procedimientos internos de la misma”.

audiencia preparatoria como en la del juicio oral respectivo. Tampoco se acreditó que el imputado quedó en situación de indefensión provocada por un menoscabo en la etapa de investigación o en el juicio oral, circunstancias que la defensa sólo afirma, pero no logró justificar, lo que permite desechar la motivación principal del libelo de fojas 47”²³⁷.

Sobre lo mismo, la Corte ha señalado que si lo cuestionado es un déficit en cuanto al núcleo fáctico de la conducta que se atribuye en los hechos de la acusación, es decir, si los hechos que el acusador atribuye al imputado resultan ser insuficientes para configurar el tipo penal por el que se acusa, dada la falta de precisión de la acción concreta que habría desplegado el imputado, se debe instar por subsanar los defectos formales a través del artículo 270 del Código Procesal Penal²³⁸:

“(…) tampoco puede perderse de vista que la inobservancia de la extensión de la congruencia fáctica que aduce la defensa, en el evento de existir, produce un efecto distinto de la nulidad que se pretende, desde el momento que la actuación viciada daría origen a la necesidad de subsanar la acusación del modo consignado en el artículo 270 del Código Procesal Penal. En efecto, si lo cuestionado es “un déficit en cuanto al núcleo fáctico de la conducta que se atribuye en los hechos de la acusación”, es decir, si los hechos que el acusador atribuye al imputado resultan ser insuficientes para configurar el tipo penal por el que se acusa, dada la falta de precisión de la acción concreta que habría desplegado el imputado, debió instar por subsanar los defectos formales que advirtió en la oportunidad y forma indicada en la disposición antes citada”²³⁹

Ahora, si el tribunal de garantía no da lugar a la corrección de vicios formales, de todos modos, se habrá preparado el recurso de nulidad para los efectos de reclamar de este defecto o lesión de garantías, por la vía de la causal del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal. Por último, teniendo presente lo señalado por la Corte en cuanto a que “tampoco se acreditó que el imputado quedó en situación de indefensión provocada por un menoscabo en la etapa de investigación o en el juicio oral”, será entonces de suma

²³⁷ SCS Rol N° 6902-2012.

²³⁸ Sobre esta norma la Corte Suprema ha precisado: “Que la norma precedente tiene su justificación, entre otros aspectos, en la prohibición de sorpresa, como mecanismo de interdicción de la indefensión que el recurso al juicio oral, público y contradictorio pretende evitar. Asimismo, ella pretende cautelar la congruencia que debe existir no solo entre acusación y sentencia, sino también entre la primera y la formalización, aspectos todos que dicen relación con el sustrato fáctico de la pretensión de los persecutores”. Ver también: SCS Rol N° 7.802-2013, (considerando 9°).

²³⁹ SCS Rol N° 3.858-2012, (considerando 17°).

relevancia acreditar que aun cuando la defensa realizó una defensa activa (por ejemplo, rindió testimonial, pericial o documental de descargo para incorporar la duda razonable que en determinada fecha el imputado estaba en otro lugar), resultó impotente ante la indeterminación temporal de los hechos acusados.

5.5. Derecho a defensa técnica

Esta dimensión del derecho de defensa ha tenido un especial desarrollo jurisprudencial con ocasión de las representaciones asumidas por “falsos abogados” o por quienes no contaban con título de abogado validado en el país. Al efecto, la Corte ha declarado:

“Que la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas en su artículo 19 N° 3, el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, obligándose el Estado a arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. Consagra, asimismo, en ese mismo artículo, la obligación que toda sentencia se base en un procedimiento previo legalmente tramitado, debiendo el legislador establecer las garantías de procedimiento y una investigación racionales y justas (...) Que esta disposición ha sido recogida también por el actual Código Procesal Penal en sus artículos 8, 93 b) y 102, entre otros, donde se establece el derecho del imputado a ser defendido por un letrado, desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, o desde los actos iniciales de la investigación -como reza el artículo 93 b) citado-; en tanto el artículo 102, ordena que la defensa del imputado es obligatoria desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia. Al acusado le asiste el derecho de nombrar uno o más defensores de su confianza y a su falta, se le asignará un defensor público, designación que, en todo caso, deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuera citado el imputado. En el inciso final del mismo artículo 102, se contempla la posibilidad de autorizar la defensa personal del imputado, si éste lo pide al juez, quien sólo puede permitirla cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa, de modo que en caso contrario, le designará un defensor letrado. Esto es, el derecho a ser oído por el tribunal no coincide con el de ser defendido eficazmente como lo exige la norma y es en virtud de tal efectividad, que el defensor debe ser letrado (...) Que, por su parte, la ley 18.120, sobre Comparecencia en Juicio, señala las calidades que han de tener las personas que comparecen por otras ante un Tribunal o autoridad, precisándose que sólo pueden ser quienes tengan la calidad de abogados y se encuentren habilitados para el ejercicio profesional, procuradores del número, los estudiantes inscritos actualmente en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas o por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes. También pueden serlo, los postulantes de las Corporaciones de

Asistencia Judicial, que corresponden a quienes se encuentran haciendo su práctica profesional, con miras a la obtención de su título. Sin embargo, para la representación en los Juzgados de Garantía y en los Tribunales Orales en lo Penal, la ley ordena que si la parte no puede proveerse de un abogado de su confianza, éste le será procurado por el Estado, a través de la Defensoría Penal Pública, de modo que en el nuevo sistema de reforma procesal, sólo puede actuar en representación de los intereses de un acusado, quien ya tiene la calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. Al respecto, la ley 19.718, que creó la Defensoría Penal Pública, estableció como requisitos para los defensores públicos, el tener título de abogado; y en el artículo 527 del Código Orgánico de Tribunales, se indica de modo expreso que “Las defensas orales ante cualquier tribunal de la República, sólo podrán hacerse por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión (...) Que en el caso de autos, la imputada no escogió defenderse personalmente, sino que confió su defensa en un supuesto abogado, quien ejercería en forma privada su representación. El tribunal no estaba en la situación de anticipar la ineficacia de quien compareció en una calidad que no tenía, precisamente porque se trata de alguien que engañó al tribunal, a su pretendido cliente y al mismo Ministerio Público que está obligado a perseguir la comisión de delitos como el de ejercicio ilegal de la profesión de abogado, previsto en el artículo 3° de la Ley N° 18.120. De este modo, la situación que se produjo, fue que la acusada simplemente no contó con defensor letrado que representase sus intereses, vulnerándose sus derechos constitucionales por el concurso de una serie de hechos, principiando por la supuesta comisión de un delito”²⁴⁰.

5.6. Correlación entre acusación y fallo

La correlación o congruencia busca mantener la relación de igualdad entre los hechos y circunstancias por los cuales fue acusado el imputado y aquellos por los cuales fue efectivamente condenado²⁴¹. No obstante, como se verá, esta relación de igualdad ha sido matizada por la Corte.

Debe considerarse que la congruencia es cautelada por el motivo absoluto de nulidad, previsto en el artículo 374 letra f) del Código Procesal Penal, de modo que la Corte Suprema

²⁴⁰ SCS Rol N° 3.193-2008, (considerando 3°). Ver también: SSCS Rol N° 6.175-2008; Rol N° 4.060-2012; Rol N° 6.068-2013; y Rol N° 6.131-2013.

²⁴¹ SCS Rol N°3.909-09, (considerando 11°).

se ha pronunciado sobre esta causal en forma subsidiaria.

a) El principio de congruencia constituye una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado

La Corte ha señalado que el principio de congruencia constituye una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado:

“Que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, el principio de congruencia contenido en los artículos 259 y 341 del Código Procesal Penal constituye una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado, a quién le asiste la facultad de conocer el contenido de la imputación que se le hace desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”²⁴² En tal sentido, “esta regla supone que ‘todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente) lesiona el principio estudiado’ (Julio Maier, Derecho Procesal Penal, tomo I, Fundamentos, página 568, Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2004, 2ª edición, 3ª reimpresión)”²⁴³. En el mismo sentido ha expresado: “En conclusión, el principio de congruencia procura evitar la lesión de los derechos del encartado, por lo cual no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan sorpresas y le impidan el ejercicio de la defensa ya que de poco serviría ser oído sobre una acusación o cargo que pueda ser mutada y convertirse en otra diferente. (Julián Horacio Langevin: Nuevas Formulaciones del Principio de Congruencia: Correlación entre Acusación, Defensa y Sentencia, Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 47). En el mismo sentido se ha escrito que: Es inviolable la defensa en juicio de la persona y sus derechos; el principio de congruencia aparece entonces como una derivación lógica pues sólo hay defensa posible frente a un ataque preciso que el acusado conoce y puede controvertir, y únicamente sobre ese ataque puede el juez pronunciarse afectando los derechos del imputado (Abel Fleming y Pablo López Viñals, Garantías del Imputado, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª Edición, año 2007, p.513.)”²⁴⁴

En este sentido, la Corte ha declarado que no hay *sorpresa* para la defensa si del

²⁴² SCS Rol N° 3.193-2008, (considerando 3°). Ver también: SCS Rol N° 819-05, (considerando 8°).

²⁴³ SCS Rol N° 5.415-2007, (considerando 23°).

²⁴⁴ SCS 5.201-2009, (considerando 9°). Ver también: SSCS Rol N° 5.201-2009, (considerando 7°); Rol N° 3.193-2008, (considerando 9°); y Rol N° 1.003-2010, (considerando 27°).

“análisis detenido de la sentencia en examen y en especial, la reproducción de los alegatos de apertura y clausura de la defensa, pone de manifiesto que ella tuvo a su disposición las herramientas necesarias para conocer los hechos que sirvieron de base a los cargos oportunamente formulados y a la posterior decisión final.

En efecto: en su alegato de apertura, la defensa solicitó la absolución del acusado, sosteniendo que no será posible acreditar, más allá de toda duda razonable, los hechos y la participación de su representado, sosteniendo que se demostrará la existencia de incoherencias y situaciones ilógicas,” con lo que pretende generar una duda más que razonable del delito que se imputa.”

En el alegato de clausura, el defensor se refirió a la prueba reunida, afirmando que de la misma surgen dos versiones contradictorias, una verídica, la del imputado y otra, la de la víctima, inconsistente y contradictoria, debiendo preferirse en esta situación el testimonio del acusado, sobre la base del principio de inocencia. También alegó que debe distinguirse entre una “reiteración forense “y una reiteración jurídica”, sin que se hubiera comprobado científicamente la reiteración, por lo que, en caso de condena, solicita subsidiariamente que ella sea por un solo delito de violación.

De lo anterior surge con claridad que la defensa tomó conocimiento del carácter de reiterado atribuido al delito imputado, se hizo cargo de esta circunstancia y la controvertió, impetrando que la condena, en el evento de pronunciarse, lo fuera por un delito singular, no por una pluralidad. En consecuencia, no cabe hablar de “sorpresa”, ni de limitación al derecho de defensa material, que pudo ser ejercido cabalmente por la parte del imputado”²⁴⁵ .

En los mismos términos en otro fallo: “Que el principio de congruencia no ha sido vulnerado, como se afirma en los libelos, ya que el análisis detenido de la sentencia, y en especial, de los alegatos de apertura y clausura de las defensas, deja en evidencia que tuvieron a su disposición las herramientas necesarias para conocer los hechos que sirvieron de base al cargo oportunamente formulado y a la posterior decisión final, ya que en sus alegaciones el defensor de (...) cuestionó la existencia del delito de homicidio calificado y la de (...) solicitó

²⁴⁵ SCS Rol N° 3.193-2008, (considerando 9°).

su absolución, por falta de participación. Que, en tal virtud, la alegación de nulidad se sustenta en un vicio del cual no adolece el fallo de que se trata, lo que conduce a su rechazo”²⁴⁶

Asimismo, en un fallo reciente la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en cual se reclamó infracción al derecho de defensa, debido a que en la etapa de deliberación el TOP llamó a recalificar los hechos materia de la acusación consistentes en el delito de daños simples al de homicidio frustrado:

Sexto: Que, en cuanto concierne a la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, el articulista la fundamenta, esencialmente, en la circunstancia de haberse formalizado y acusado al imputado como autor de los delitos de daños simples, amenazas no condicionales y porte ilegal de arma de fuego y municiones, habiendo el Tribunal Oral llamado a los intervinientes a recalificar el delito de daños simples por el de homicidio frustrado y condenado al imputado por este último delito, sin permitir a la defensa controvertir en lo sustantivo y en lo probatorio dicha calificación jurídico-penal distinta de la contenida en la acusación.

Que, al no reabrirse la audiencia por el tribunal, para proceder a un debate efectivo sobre la calificación distinta de los hechos establecidos, se vulneró el derecho a defensa y, en particular, la garantía del debido proceso legal, que asegura una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente. (SCS, 13.04.2010, Rol 9758-2009). Argumenta que la posibilidad de intervenir en la prueba es una garantía básica que significa el reconocimiento del acusado como sujeto de derecho e interviniente activo en el proceso, no como mero objeto del mismo, lo que se traduce en la posibilidad efectiva de defenderse de los cargos en todas las etapas del juicio, de acuerdo a los arts. 7 y 8 del Código Procesal Penal.

Sostiene que no basta con llamar formalmente a recalificar y a debatir sobre la recalificación, sino que debe otorgarse a la defensa un real derecho a defenderse de dicha nueva calificación, “sobre todo, si en virtud de esta recalificación el acusado arriesga una pena que excede con mucho la pena antes de dicha recalificación. Si no, el derecho a defensa como garantía sería solo letra muerta sin contenido real.” Entiende que el tribunal puede exigir de los intervinientes un debate jurídico distinto del propuesto por el órgano persecutor, “sin embargo, aquel llamado encuentra como limitación objetiva

²⁴⁶ SCS Rol N° 1.003-2012, (considerando 27°).

la defensa material, es decir, la facultad de refutar y contradecir la prueba de cargo, más allá de las alegaciones argumentativas, porque lo que está en juego es, amén de las consideraciones del imputado como sujeto de derecho, la legitimidad de la sentencia condenatoria.²⁴⁷²⁴⁸

b) La acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, ya que sólo así puede controlarse la congruencia antes aludida y permitir al encausado preparar adecuadamente su defensa

En efecto, “cabe tener en cuenta que la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, ya que sólo así puede controlarse la congruencia antes aludida y permitir al encausado preparar adecuadamente su defensa sin temor a sorpresas ni a elementos extraños a la acusación. En otras palabras, los cargos contemplados en la acusación son definitivos, en el sentido que después de realizados no pueden ampliarse o alterarse en base a nuevos hechos punibles atribuibles al procesado porque su existencia obliga a una nueva indagación separada por parte del Ministerio Público. Esta es la esfera del artículo 259 del Código Procesal Penal, al igual de lo que acontece con la sentencia definitiva condenatoria, que no puede exceder el contenido de la acusación, conforme lo prescribe el artículo 341 del mismo texto, sin perjuicio que el tribunal puede darle a los hechos una calificación jurídica diferente o apreciar la concurrencia de elementos agravantes de la responsabilidad criminal no incluidos en la acusación, siempre que se hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia”²⁴⁹ .

Insistiendo en esta idea la Corte ha dicho:

“Esto es, el mencionado dogma se refiere al sustrato fáctico de la acusación, siendo necesario sólo que contenga un hecho básico que sea conceptualmente factible de encuadre típico, para que su correlato resguarde de un modo efectivo el derecho de defensa del acusado que hace posible la contradicción de los hechos incluidos en la formulación de cargos, de manera tal que no toda divergencia en aspectos adjetivos de la situación fáctica disminuye las facultades de la defensa, sólo concurre perjuicio cuando la diferencia es tal, que impide la presentación de pruebas en apoyo de su tesis.

²⁴⁷ SCS Rol N° 119315-2020, 10.12.2020

²⁴⁸ Ver también SCS Rol N° 154.667-2020, de 09.03.2021

²⁴⁹ SCS Rol N° 3.193-2008, (considerando 7°). Ver también: SCS Rol N° 5.201-2009, (considerando 8°).

c) La congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, siendo necesario sólo que contenga un hecho básico que sea conceptualmente factible de encuadre típico

Al respecto, la Corte ha señalado:

“Que en nuestro sistema procesal se ha entendido que no procede que el fallo se pronuncie sobre hechos no específicamente determinados en la acusación, así se ha fallado que el principio de congruencia supone conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, en términos detallados de tiempo, lugar y modo de comisión que fueren de importancia para su calificación jurídica”²⁵⁰.

Pero como se indicará, la relación de igualdad entre los hechos y circunstancias por los cuales fue acusado el imputado y aquellos por los cuales fue efectivamente condenado, que supone la congruencia, ha sido matizada. Para la Corte no toda divergencia en aspectos adjetivos de la situación fáctica disminuye las facultades de la defensa, solo concurre perjuicio cuando la diferencia es tal, que impide la presentación de pruebas en apoyo de su tesis:

“El principio de congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, siendo necesario sólo que contenga un hecho básico que sea conceptualmente factible de encuadre típico, para que su correlato resguarde de un modo efectivo el derecho de defensa del acusado que hace posible la contradicción de los hechos contenidos en la formulación de cargos?, ¿no toda divergencia en aspectos adjetivos de la situación fáctica disminuye las facultades de la defensa, solo concurre perjuicio cuando la diferencia es tal, que impide la presentación de pruebas en apoyo de su tesis”²⁵¹. En el mismo sentido ha señalado: “Que en el presente caso la sentencia se corresponde con la acusación, toda vez que el contenido del fallo no se aleja del acontecimiento histórico imputado, sino que precisamente decide sobre él. Contrariamente a lo que se plantea, no se viola el principio de congruencia ni se afecta el derecho a defensa en juicio si no se verifica una diferencia sustancial entre el hecho descrito en la acusación y el que sustenta la condena. Para que la causal propuesta pueda ser atendida, la variación fáctica consignada en la sentencia debe ser idónea para viciar el

²⁵⁰ SCS Rol N° 5.415-2007, (considerando 24°).

²⁵¹ SCS Rol N° 5.415-2007, (considerando 25°).

pronunciamiento, lo que acontecerá cuando medie una alteración trascendental de circunstancias aptas para sorprender a la defensa, que, de haber sido conocidas, le habrían permitido representarse otros elementos probatorios y/o argumentos, adecuando su alegato en lo material y técnico o bien, al mismo imputado para ejercer su derecho a ser oído. El debido proceso supone que se haga conocer al imputado oportunamente y en forma detallada los hechos que constituyen la base y naturaleza de la acusación, lo cual implica que pueda contar con información suficiente para comprender los cargos y para preparar una defensa adecuada”²⁵², o “que en lo referente a la primera causal subsidiaria del recurso de nulidad, sostenida en la letra f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por vulneración del principio de congruencia, debe precisarse que conforme al artículo 341 del mismo Código, lo que no pueden desconocer los jueces al fijar el hecho punible en su sentencia es el “contenido” de la acusación, y no “las palabras” que ésta utiliza para expresar dicho contenido, de modo que los juzgadores sí pueden usar otros vocablos, términos o expresiones distintos a los de que se vale el acusador al imputar cargos, siempre que aquéllos no impliquen una imputación de contenido diverso”²⁵³

Bajo este prisma, la Corte resolvió en un caso anular el juicio y la sentencia, precisamente porque el *a quo* en la sentencia excedió el sustrato fáctico o hecho básico de la acusación (se acusa por conducción en estado de ebriedad/se condena por aprestarse a conducir en estado de ebriedad):

“Que los términos en que fueron planteados los cargos por parte del Ministerio Público, y su calificación, están reproducidos en la sentencia dictada por el Tribunal de Garantía de Valdivia en los siguientes términos: El 25 de Enero de 2009, a las 08:25 horas, el imputado conducía en estado de ebriedad el automóvil marca Toyota, Patente RJ.9432, por calle Beauchef intersección calle Esmeralda, lugar donde se estacionó en el centro de la calzada, siendo fiscalizado por funcionarios de Carabineros, quienes verificaron que el requerido presentaba un fuerte hálito alcohólico, rostro congestionado, incoherencia al hablar e inestabilidad al caminar. La alcoholemia del requerido arrojó una dosificación alcohólica en la sangre de 2,09 gramos por mil de alcohol. Calificó los hechos como constitutivos del delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad, previsto y sancionado en los artículos 115 A en relación al artículo 196 E de la Ley 18.290, le atribuye calidad de Autor, conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal (...) Que la sentencia recurrida, en su razonamiento séptimo dio por probados los siguientes hechos:

²⁵² SCS Rol N° 3.858-2012, (considerando 18°). Ver también: SCS Rol N° 7.913-2012, (considerando 16).

²⁵³ SCS Rol N° 12.494-2013, (considerando 8°).

En la madrugada del 25 de Enero de 2009, (...) terminó de departir después de un par de horas de hacerlo con su amigo (...) en un pub de la calle Esmeralda o aledaño, en donde fue dejado por este amigo en estado de ebriedad, puesto que no estaba en condiciones de manejar y conducir un vehículo, dentro de su vehículo Toyota Tercel que lo había estacionado en un lugar cercano, en calle Beauchef, entre Esmeralda y Aníbal Pinto. El imputado se encontraba en estado de ebriedad con una dosificación alcohólica en la sangre que resultó ser de 2,09 horas (sic). El automóvil se encontraba atravesado en la vía pública a las 08:00, 08:30, horas cuando concurrió Carabineros, y en su interior dormía el imputado quien se encontraba en estado de ebriedad. Los Carabineros llegaron por una denuncia que efectuó un guardia del mall que da cuenta de esta situación, la situación que se encontraba atravesado y mal estacionado el vehículo, precisó. Este vehículo fue conducido efectivamente por el imputado o más bien dicho, trató de ser conducido por el imputado, puesto que el lugar era bastante iluminado, su amigo no estaba en estado de ebriedad, por tanto podía darse cuenta perfectamente de la realidad y cuando fue a dejarlo dentro del vehículo, este estaba paralelo a la solera, pero cuando concurrió Carabineros lo encontró durmiendo en el interior en estado de ebriedad al imputado, el vehículo estaba atravesado en la solera (...) Que en la motivación octava el tribunal califica los acontecimientos como “aprestarse a conducir en estado de ebriedad”, reglado en el artículo 189 de la Ley de Tránsito (...) Que el análisis detenido de la sentencia, en especial de las secciones reproducidas precedentemente, pone de manifiesto que el sustrato fáctico del requerimiento del Ministerio Público fue excedido en el fallo, vulnerándose la concordancia o correspondencia impuesta como límite infranqueable a la decisión condenatoria, pues las particularidades del hecho que se dio por probado conducentes a calificarlos de determinada manera, en palabras del tribunal, difieren de la acusación propuesta por el persecutor, cercenando, finalmente, el derecho de defensa de que es titular todo inculpado de un delito. En efecto, si la estrategia defensiva se construye sobre la precisa imputación del acusador, la mutación de los cargos y su subsunción en un tipo penal diverso impidieron al imputado y su defensor enfrentar y cuestionar probatoriamente dicha alteración, lesionando, en definitiva, el derecho a defensa, requisito sine qua non para asegurar un procedimiento justo en los términos del artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República”²⁵⁴.

En el siguiente caso, la Corte de oficio estimó configurada la causal del artículo 374 letra

²⁵⁴ SCS Rol N° 5.201-2009, (considerandos 10°, 11° y 14°).

f) del Código Procesal Penal:

“Que, como ya se anticipó, aun cuando la calidad de instrumento falsificado estaba insinuada en la calificación jurídica del hecho, no lo estaba en la descripción fáctica contenida en la acusación (...) Como es dable apreciar de la lectura de ambos hechos, a pesar que el tribunal introdujo cambios que en su extensión son bastante menores, modificó sustancialmente la imputación del hecho atribuido, incorporando el verbo rector de un injusto distinto y por el cual, en definitiva, fue condenada la acusada, al enmendar la expresión ‘usó maliciosamente los cheques de devolución de impuesto’ por la de ‘falsificó la firma puesta en el anverso de los cheques’, ilícito diverso no contenido en la acusación y que no puede ser derivado de la frase ‘presentaban una firma similar a la de la denunciante’ (los cheques) o aquella que dice ‘El lleno de la parte posterior de los cheques cobrados fue efectuado por la acusada’ porque en esas líneas no se contiene la imputación directa hecha a la enjuiciada -y que sí comprende el hecho de la sentencia- de ser ella la autora de una firma falsificada. Tanto es así que ambas oraciones se incluyen igual en el hecho que tuvo por probado el tribunal, salvo que en la última, el juez intercaló el adverbio ‘también: ‘El lleno de la parte posterior de los cheques cobrados fue efectuado también por la acusada’, incorporación que reafirma el hecho que el juez introdujo un elemento nuevo, adicional a la acusación: la falsificación de la firma”²⁵⁵

d) El establecimiento de resguardos procesales en la etapa previa al juicio oral con el objeto de cautelar la presunción de inocencia que ampara a los imputados, comprende la exigencia de congruencia no sólo entre la acusación y la sentencia, sino que también entre el primero de tales actos y la formalización de la investigación

Sobre esta dimensión del principio, la Corte ha sido clara en señalar:

“Que por otra parte, el establecimiento de resguardos procesales en la etapa previa al juicio oral con el objeto de cautelar la presunción de inocencia que ampara a los imputados, comprende la exigencia de congruencia no sólo entre la acusación y la sentencia, sino que también entre el primero de tales actos y la formalización de la investigación, ya que el análisis conjunto de lo dispuesto en el inciso final del artículo 259 y en el artículo 270 del Código Procesal permite concluir que la infracción a lo prescrito en la primera de tales normas y su no enmienda en las oportunidades que señala la segunda, acarrea que tal acusación se tendrá por no presentada. En razón de lo anterior, resulta forzoso concluir que

²⁵⁵ SCS Rol N° 1.663-2010, (considerando 12°).

sólo es posible el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido en los términos que disponen los artículos 258 y 261 del Código Procesal Penal cuando ha existido formalización previa, ya que una inteligencia diversa de lo dispuesto en los artículos 259 y 270 citados supone privarles de efectos, tornando ineficaces los apercibimientos que se establecen y, por ende, privando de protección a las finalidades que ellos cautelan” 256.

6. Presunción de inocencia

La Corte se ha referido a los tres aspectos de esta garantía (trato²⁵⁷, carga de la prueba y regla de juicio o *in dubio pro reo*²⁵⁸) siendo la *carga de la prueba* el aspecto de la garantía mayormente tratado²⁵⁹. Veamos entonces que ha resuelto sobre esta dimensión de la presunción de inocencia.

Por otro lado, el Ministerio Público no solo tiene la carga de probar, tiene el *deber* de hacerlo, mientras que el imputado no tiene ni la carga ni el deber de probar nada, menos su inocencia:

“(…) es menester distinguir entre la carga procesal que importa la realización de una conducta facultativa establecida en interés del propio sujeto, del deber procesal que corresponde al acusador que, para el caso del Ministerio Público, se transforma en la obligación de demostrar la culpabilidad con eficacia tal que logre quebrantar el estado de

²⁵⁶ SCS Rol N° 4.909-2013, (considerando 10°).

²⁵⁷ Así, sobre la regla de trato ha dicho lo siguiente: “Que la presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. La persona respecto de la que se sospecha una determinada vinculación punible con un hecho delictivo goza de una presunción en su favor desde el inicio de las actuaciones penales hasta que quede firme la sentencia que la declare responsable. De esta premisa surge, como necesaria consecuencia, que el imputado, en todo momento, sea tratado como inocente. (Abel Fleming y Pablo López Viñals, *Garantías del Imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª Edición, Buenos Aires, año 2007, pp. 83 y 84). Es deber del Estado no vulnerar de modo alguno esa condición jurídica en tanto no exista una sentencia condenatoria firme”. Ver también: SCS Rol N° 5.898-2008, (considerando 15°).

²⁵⁸ Sobre el *in dubio pro reo*: “Cualquier sentencia que se pronuncie por una decisión condenatoria contrariando las pruebas incorporadas a la causa con irracionalidad y en contravención a las reglas de la lógica cuando de ellas no se desprende con certeza la responsabilidad penal, es inconstitucional por menosprecio al principio del *in dubio pro reo*, configurando un supuesto de arbitrariedad. (Eduardo M. Jauchen, *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª Edición, Buenos Aires, año 2007, p. 114)”. Ver también: SCS Rol N° 5898-2008, (considerando 15°).

²⁵⁹ Es lógico que sea sí. La regla de trato tiene un rendimiento respecto de las medidas cautelares e intrusivas, cuya revisión correo por otros canales recursivos. Mientras que la regla de juicio, será cautelada normalmente a través del motivo absoluto del artículo 374 letra e) del CPP.

inocencia. El imputado no tiene ni la carga ni el deber de probar nada, menos su inocencia, sin embargo, siempre le asiste el derecho de aportar toda la prueba que estime pertinente en aval de su teoría del caso, pero su indiferencia en ese sentido no le puede acarrear ningún perjuicio”²⁶⁰. Porque es el Estado “quien ejerce todo su poder contra el particular y es esa sencilla razón la que exige que sea él quien demuestre el hecho delictivo que atribuye a los ciudadanos, produciendo en los jueces, más allá de toda duda razonable, la convicción de que se ha cometido un hecho ilícito y que en su ejecución ha cabido responsabilidad penal al o los acusados”²⁶¹. La misma carga tiene el querellante: “Que sin perjuicio de lo relacionado en los racionamientos que anteceden, en la litis penal el querellante tiene impuesta la carga de demostrar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva, o sea, todos aquellos hechos que, individualmente o en su conjunto, permiten establecer los ingredientes del delito o, por el contrario, cuestionarlos. Vale decir, si consideramos que la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, con arreglo a la ley penal sustantiva configuran un determinado delito, serán hechos relevantes o pertinentes aquellos que acrediten o excluyen la presencia de los componentes del delito, la participación culpable del hechor y las circunstancias modificatorias de su responsabilidad criminal, comprendidas en la acusación”²⁶²

Luego, se altera la carga de la prueba cuando al acusado se le impone la carga u obligación de probar un hecho negativo:

“Que en cuanto el recurso fundamenta la infracción al debido proceso en la circunstancia de que, al exigirse por el tribunal que los acusados prueben su inocencia, relevando de este modo al Ministerio Público de su obligación de acreditar los elementos del delito y la participación criminal de los inculcados, con lo que se vulneraría la presunción de inocencia que favorece a éstos, cabe dejar constancia que de la simple lectura del considerando décimo quinto del fallo en revisión aparece que los sentenciadores se inclinaron por la teoría del caso del Ministerio Público y de los querellantes para establecer el hecho punible y la participación, y allí en forma reiterada aseguraron que los acusados no probaron la ejecución de los trabajos por el monto de la factura cobrada, cuestión ésta refrendada en el considerando anterior, al descartar la prueba de las defensas por no ser idónea para acreditar que los trabajos y las horas extraordinarias cobrados sí se hicieron, imponiendo,

²⁶⁰ SCS Rol N° 5.898-2008, (considerando 17°).

²⁶¹ SCS Rol N° 2.719-2008, (considerando 10°). Ver también: SCS Rol N° 1.414-2009, (considerando 28°).

²⁶² SCS Rol N° 1.369-2010, (considerando 27°).

de este modo, el peso de la prueba a los recurrentes de autos (...) Que, en consecuencia y como lo aseveran los impugnantes, es efectivo que en diversos pasajes de la sentencia los jueces del fondo, al analizar las pruebas rendidas durante el proceso -motivo décimocuarto-, sostienen que con ellas la defensa no pudo probar la ejecución efectiva de los trabajos o el cumplimiento de todas las horas extraordinarias que se pagaron, haciendo recaer claramente sobre ellos la obligación de acreditar la inocencia que alegan, relevando al Ministerio Público de su principal deber como ente persecutor, pese a que dispone de las facultades, estructura y medios suficientes para hacerlo”²⁶³.

Lo mismo acontece cuando la defensa impugna la existencia de la autorización del agente encubierto:

“En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de registro de todas las actuaciones de la investigación, y no cabe duda alguna que una decisión tan trascendente como la de autorizar a un funcionario policial para que proceda como agente revelador han de quedar registradas en algún lugar más que en la sola memoria de los funcionarios actuantes, por muy fiable que sea, máxime si no se ha procedido en un caso urgente que motivara una autorización verbal. Por otra parte, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano que dispone del registro de aquélla proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo”²⁶⁴

C. DERECHOS INDIVIDUALES

1. Intimidad²⁶⁵

El artículo 19 N° 4 de la Constitución asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. Por su parte, en el

²⁶³ SCS Rol N° 2.719-2008, (considerandos 9° y 10°).

²⁶⁴ SCS Rol N° 3.501-2014.

²⁶⁵ Se ha señalado que la intimidad es una emanación de la libertad personal, siendo más correcto hablar de libertad en la esfera privada: “El derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida, es en cierta forma una emanación de la libertad personal”. Verdugo, Pfeffer y Nogueira, Derecho Constitucional, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, p. 250.

numeral 5° del citado artículo reconoce el derecho a “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. Aun cuando la doctrina está de acuerdo en que en ambos preceptos constitucionales se protege la intimidad²⁶⁶ en un sentido amplio, la intimidad se reguló separadamente, pues la “inviolabilidad del hogar y de la correspondencia son protecciones de orden concreto que se materializan en cosas tangibles, mientras que la intimidad más se asocia a una cuestión etérea, incluso más importante que la anterior”²⁶⁷

Los términos más amplios del numeral 4° permiten superar una visión restrictiva de la intimidad como un mero derecho subjetivo al secreto o al disfrute de la tranquilidad domiciliaria, y da paso a una versión expansiva que considere a la intimidad como aquella parte de la vida de las personas donde tiene lugar la toma de decisiones personalísimas y se ponen las bases para la consecución de la autorrealización personal²⁶⁸, lo que permite captar otras esferas como la intimidad corporal. Asimismo, la amplitud de este numeral permite hacerse cargo de otras formas de vulneración de la intimidad de las personas que no son subsumibles en las formas tradicionales de ataque, como es el caso, por ejemplo, de la captación de imágenes o sonidos desde fuera del hogar o de información contenida en soportes lógicos (por ejemplo, en el disco duro del computador o del celular)²⁶⁹.

Como se sabe, la intimidad habitualmente es afectada o perturbada por diligencias investigativas de persecución penal que persiguen la obtención de fuentes de prueba. Así, se puede ver afectada mediante la entrada y registro irregular de lugares cerrados (arts. 205 y ss. CPP); mediante la retención e incautación indebida de correspondencia (art. 218 CPP); la interceptación irregular de las comunicaciones telefónicas (arts. 222 y ss. CPP); el control de identidad ilegal (art. 85 CPP); la detención ilegal (art. 89 CPP) y otras formas de vulneración no tradicionales.

²⁶⁶ El derecho a la intimidad garantiza a todo individuo un ámbito privado donde retirarse para reflexionar o actuar sobre decisiones vitales personalísima. La intimidad es un último reducto donde el ciudadano puede ejercer la opción de ser diferente, donde se puede plantear estilos de vida o actitudes personales alternativas, lo cual, además implica el poder controlar la apropiación y divulgación de lo íntimo, pues se concibe como el derecho a mantener ámbitos de reserva de los que se excluye a otras personas. Véase a Díaz Tolosa, Regina, Delitos que Vulneran la Intimidad de las Personas: Análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno, *Ius et Praxis* v.13 n.1 Talca 2007.

²⁶⁷ Evans de la Cuadra, citado por Horvitz y López, *Ob. Cit.* Tomo I, p. 512.

²⁶⁸ Véase a Díaz Tolosa, Regina, *Ob. Cit.*

²⁶⁹ Al respecto Hernández B., Hector, *Ob. Cit.*, p, 53.

1.1 Inviolabilidad del hogar²⁷⁰

La Corte Suprema ha sostenido un concepto amplio de “hogar”, enfatizando que lo protegido es la intimidad -en este caso espacial-, y no la propiedad:

“Que, la Constitución Política de la República asegura a las personas la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, y agrega el N° 5° del artículo 19 que ‘el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley’. Siguiendo el alcance que el Derecho Constitucional asigna a la voz ‘hogar’, se debe entender por tal no tan solo la vivienda de la familia, sino que las oficinas y espacios que el titular del derecho ha reservado para su trabajo o uso privado, y en donde guarda sus pertenencias exclusivas. Así lo considera el constitucionalista don Enrique Evans de la Cuadra cuando en comentarios sobre la base de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución del año 1980 expresa que: ‘La expresión ‘hogar’, en el Derecho Constitucional Chileno, equivale a ‘recinto privado’ y abarcará, por tanto, la vivienda de la familia, permanente u ocasional, las oficinas, los hoteles y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso del público o de bien nacional de uso público. En todo caso, valga establecer que los recintos privados están protegidos, no por ser de propiedad particular, sino por servir de vivienda o lugar de trabajo de personas’. (‘Los Derechos Constitucionales’ Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pág.176-177). Conforme a ello, las piezas en donde una persona mantiene cajas cerradas conteniendo objetos de uso no autorizado para terceras personas, y ordenadores asegurados con claves, caben dentro de este concepto”²⁷¹.

Así, la Corte distingue entre un inmueble propiamente tal y distintas dependencias diferenciadas y cerradas:

“Que sin embargo, del mérito de los antecedentes aparece que en la especie el ingreso al domicilio del acusado lo ha sido al margen de la ley, porque de acuerdo a lo expresado en la misma sentencia, a partir de la prueba aportada en estrados, resultó demostrado que el hallazgo de las especies de propiedad del afectado son la conclusión de una investigación desarrollada por la policía destinadas a la constatación de la comisión de un delito, en virtud

²⁷⁰ El Código Procesal Penal no se refiere ni ha hogar ni a domicilio, sino en general a lugares cerrados, concepto indudablemente más amplio que los primeros. Horvitz y López, Ob. Cit., Tomo I, p. 513.

²⁷¹ SCS Rol N° 1.836-2007, (considerando 4°).

de las cuales determinaron el domicilio del presunto autor, solicitando a la testigo Juana Soto Orobia, madre del acusado, la autorización para el ingreso al inmueble donde ella residía. Sin embargo, del mérito de la prueba de audio reproducida en la vista del recurso, aparece que el referido lugar no sólo alberga el domicilio de la señora Soto Orobia, sino también el de al menos 3 personas más, que moran en sendas dependencias situadas aparte de las de ella, tan separadas e independientes que ellas se encontraban cerradas y sus seguros debieron ser abiertos con llaves por la autorizante.”²⁷²

Por otro lado, la misma Constitución establece que “el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”, de ahí que “las excepciones a que alude la norma sólo pueden encontrar su legitimación en leyes sustantivas expresas, predisuestas por el legislador para casos especiales y que deben cumplirse con las formalidades que las mismas establecen. Es el caso de las normas del párrafo 3° del Título I del Libro II del Código Procesal Penal”²⁷³

Pues bien, se analizará la jurisprudencia de la Corte en relación con esta legislación.

a) No se concurren las exigencias previstas en el artículo 205 del Código Procesal Penal

El artículo 205 es una norma de excepción, porque la regla general es que toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos constitucionales, los restringiere o perturbare, siempre requerirá autorización judicial previa (artículos 83 de la Constitución y 9° CPP). Pero, el artículo 205 CPP permite – fuera de los casos de llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior o de signos evidentes que indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito – la perturbación del derecho sin autorización judicial previa, siempre que existiere consentimiento expreso del propietario o encargado del lugar. Entonces, la aplicación de esta norma debe ser muy estricta y los supuestos que la hacen procedente deben cumplirse a cabalidad, esto es, sin lugar a dudas de su concurrencia.

²⁷² SCS Rol N° 25.003-2014, (considerando 9°). Ver también: SCS Rol N° 4653-13; Rol N° 11767-13; Rol N° 23.683-2014.

²⁷³ SCS Rol N° 1.836-2007, (considerando 4°).

La norma exige el cumplimiento de dos requisitos básicos para que la policía pueda actuar válidamente sin autorización judicial previa: presunciones y consentimiento expreso del encargado o propietario²⁷⁴. La norma prescribe:

Art. 205. Inciso 1º: Entrada y registro en lugares cerrados. Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

En este sentido, en fallo reciente la Corte desestimó la alegación de la defensa, puesto que no se requería orden judicial para ingresar al domicilio, ya que, entiende que la autorización judicial para el ingreso constituye mecanismo subsidiario, siendo el principal y preferible la autorización del propietario del inmueble:

“Octavo: Que conforme lo anteriormente razonado y expuesto, queda de manifiesto que al haberse ingresado al domicilio del acusado previo consentimiento expreso del coacusado, que residía en él y de la madre del imputado, quien era al efecto la encargada del inmueble, no era necesaria la autorización judicial que echa en falta el impugnante, pues ésta, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del ya citado artículo 205 del Código Procesal Penal, tiene el carácter de subsidiaria y, por ende, tiene aplicación sólo para el caso en el que el propietario o encargado del edificio o lugar cerrado no permitiere la entrada y registro.”²⁷⁵

En consideración a esta norma, la Corte Suprema declaró nulos el juicio y la sentencia - incluso con exclusión de la prueba de cargo -, porque el *a quo* fundó la decisión de condena en prueba obtenida en un ingreso a un lugar cerrado, y posterior registro e incautación, en contravención a lo dispuesto en el artículo 205. Señaló, en primer lugar, que en la diligencia los funcionarios policiales no cumplieron con lo prevenido en el artículo 205 del Código Procesal Penal, desde que esta norma autoriza esta medida intrusiva cuando se *presumiere*²⁷⁶ que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se

²⁷⁴ Como señala Maier este es un punto neurálgico del tema, porque de la decisión que se adopte sobre él depende, en gran medida, que la garantía signifique una protección efectiva del derecho fundamental, frente a la arbitrariedad de los órganos estatales comprometidos con la persecución penal o que, por el contrario, resulte relativamente sencillo ingresar al ámbito privado de los individuos y ocultar la injerencia arbitraria. Maier, J., Ob. Cit., p. 686.

²⁷⁵ SCS ROL N°33150-20, 2020.05.11

²⁷⁶ Uno de los presupuestos del registro domiciliario es que se presumiere que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado. Por

encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado. En este caso, la descripción genérica del autor (antecedentes ambiguos y que pueden corresponder a un sinnúmero de sujetos) no constituye presunción suficiente para practicar esta medida:

“En dicho escenario, un funcionario dijo que tenían la descripción del autor: moreno, delgado, casaca oscura, zapatillas y jeans claros y ya tenían antecedentes de un sujeto así que los evitaba cuando hacían control y lo tenían identificado: (...) El segundo funcionario, también se refirió a las características recibidas: 1,72 mts., aproximadamente, moreno, casaca negra de cuero, datos que coincidían con un sujeto que habían visto deambulando antes y presumió que era él. Estos son los antecedentes que sostienen la presunción, sin que se hayan señalado los datos acerca de cómo se identificó al sujeto que deambulaba como (...) ni cómo se llegó a su domicilio. Las características en relación a la ropa del sujeto son ambiguas, jeans, chaqueta oscura y zapatillas, descripción que puede corresponder a un sinnúmero de sujetos. Sobre su persona, sólo que era moreno, delgado y un funcionario agregó una altura aproximada que no está descrita en la versión de la víctima. Estos datos no permiten arribar a una conclusión sobre la identidad de una persona determinada y la circunstancia que uno de los policías haya reparado en que había visto a un sujeto semejante deambulando por el sector de madrugada, no corresponde a una presunción porque no es un antecedente objetivo ni tampoco unívoco. Las razones para circular a hora determinada pueden obedecer al regreso del trabajo e incluso de la casa de una persona querida. A lo señalado, se agrega que no se precisa cómo se identifica al sujeto descrito por la víctima, esto es, cómo llegan los funcionarios a establecer que se trata de (...), sino que aparecen derechamente dirigiéndose a su domicilio”²⁷⁷.

En el mismo fallo, declaró que los funcionarios requerían el consentimiento expreso del

tanto, el estándar de conocimiento es de presunción, no de sospecha meramente intuitiva, no son las impresiones personales del agente, el olfato policial o la experiencia policial por muy buena que sea. Es decir, no basta la mera representación subjetiva del agente, porque ello puede prestarse a prácticas abusivas o arbitrarias. Además, el análisis de este requisito –como también del consentimiento– es ex ante, no ex post, por tanto, da lo mismo, es irrelevante que el olfato policial haya acertado.

Por último, en el análisis de este requisito deben considerarse los tres elementos que componen la estructura típica de las presunciones:

a) Un hecho presunto: lo sospechado o conjeturado.

b) Un hecho base: los indicios o señales.

c) Una conexión entre ellos. La conexión entre el hecho base y el hecho presunto presupone una regla de presunción, que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad de verdad, para ello se debe aceptar que la regla utilizada expresa una regularidad con una alta probabilidad de verdad. Es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho.

²⁷⁷ SCS Rol N° 11.835-2014, (considerando 6°).

propietario²⁷⁸ para acceder al domicilio y proceder a su registro, pero tal consentimiento no fue demostrado en este caso. Es más, la Corte afirma que no hubo consentimiento válido, ya que el mismo se obtuvo previa coacción:

“Sin perjuicio de lo ya evidenciado, sucede que en relación a la segunda parte del artículo 205 del Código Procesal Penal, los funcionarios requerían el consentimiento expreso del propietario para acceder al domicilio y proceder a su registro y tal consentimiento no se encuentra demostrado en este caso. En efecto, la madre del acusado, quien ostenta la calidad de propietaria y que era la habilitada para dar la autorización de ingreso, declaró que ella se negó a que los funcionarios entraran e incluso había negado a su hijo, porque no sabía que había llegado. Ella misma venía llegando. Pero entonces fue coaccionada por los funcionarios según ella misma refirió y avaló al acusado, puesto que ella indicó que le dijeron que la llevarían detenida si no les permitía entrar. Luego, ella presenció una llamada que hicieron los funcionarios, quienes le expresaron que se estaban comunicando con un magistrado para obtener la autorización de acceso y luego de esto, ante la insistencia de ella de que le presentaran un papel (a pesar de no saber leer), alguno le exhibieron, porque su hijo la instó a que firmara (lo que habría hecho poniendo su huella dactilar) y finalmente los funcionarios entraron. La actividad descrita no configura el logro de un consentimiento expreso, libre de coacción y vicio. Por el contrario, la mujer, que según se explicó en estrados y se lee del fallo, no sabe leer ni escribir, fue primero amenazada por la policía con ser llevada detenida si no permitía el acceso y luego se hizo una representación de estarse obteniendo una autorización de acceso con un magistrado, que no era efectiva. A pesar de todo ello, la mujer aún se resistía a permitir la entrada porque exigía documento escrito que la permitiera y entonces se le presenta uno, que su hijo le dice que firme. De sus dichos, no

²⁷⁸ Hay cinco cuestiones que se deben tener en cuenta al analizar el consentimiento expreso: Primero, que no se trata de cualquier consentimiento, porque en este caso no se consiente en que ingrese un vecino al hogar, sino que personas que ejercen el poder estatal, de agentes dotados de la fuerza pública.

Segundo, la experiencia indica que para las personas, los ciudadanos, la sola presencia de la fuerza pública implica, en la vida real, coacción suficiente para producir el consentimiento, o la fuerza pública puede emplear mecanismos sutiles de coacción.

Tercero, el consentimiento debe ser libre y espontáneo, esto es, no provocado. De este modo el consentimiento no puede ser inducido, constreñido, lo que comprende no solo la exclusión de la coacción directa y sino también la “inherente” a ciertas condiciones o circunstancias (atmósfera) que menoscabe un consentimiento libre y espontáneo.

Cuarto, el consentimiento debe ser informado. El encargado debe saber con anterioridad la razón del registro, para que pueda evaluar las posibles consecuencias incriminatorias de la diligencia (autodeterminación informativa).

Quinto, el consentimiento libre e informado determinará el ámbito autorizado para la diligencia de entrada y registro, de tal forma que la diligencia no puede exceder lo consentido.

queda claro si ella entiende que ese documento constituye una orden de acceso, que no es tal, porque la orden no existía y, finalmente, firma y deja entrar a los funcionarios ante el consejo del hijo, que lo dio –como él afirmó en su declaración- porque los funcionarios la estaban presionando y temió por ella. Esto es, el consentimiento de la mujer no fue libre, fue manipulado por la policía que finalmente logró que el mismo imputado influyera en ella. Sin embargo, el consentimiento del acusado no aparece tampoco como válido en el escenario que se dio, puesto que se obtuvo a través de la presión ejercida contra su madre y en una clara maniobra para obtener una imputación contra sí mismo, sin previa lectura de sus derechos y sin advertencia alguna de las razones por las cuales se le investigaba. Tanto es así que los mismos funcionarios no lo tienen claro al decir que ingresan por el delito de robo en lugar habitado, pero que lo detienen por receptación de especies”²⁷⁹.

En la misma sentencia la Corte Suprema finaliza afirmando:

“Que, en consecuencia, no se han verificado las exigencias del artículo 205 del Código Procesal Penal para el acceso de los funcionarios de Carabineros al domicilio del imputado y su madre, desde que no contaban con antecedentes objetivos suficientes que habilitaran la presunción que les permitía solicitar el acceso, ni se trataba de un delito flagrante que les permitiera actuar sin orden previa del fiscal; además, no obtuvieron una autorización de entrada y registro prestada con el consentimiento expreso y válido de la dueña de casa, sino que por el contrario, aquél aparece manipulado y viciado, máxime si se trata de una persona que no sabe leer y escribir y que a pesar de ello, en todo momento manifestó su deseo de que se le exhibiera una orden escrita de acceso dada por autoridad competente; de modo

²⁷⁹ SCS Rol N° 11.835-2014, considerando 6°. En similares términos razonó en la SCS Rol N° 678-2007, considerando 5°: “Por otro lado, no existen elementos que permitan suponer una determinada situación de flagrancia delictual, ni sospechas de la comisión de un hecho punible que estuviere siendo materia de alguna investigación y cuyo medio de comprobación pudiera encontrarse en ese lugar, ni menos que allí se oyeran llamados de auxilio de personas que eventualmente pudieran ser víctimas de un delito. En consecuencia, el ingreso, registro e incautación de que se trata en autos, practicado en el momento que su dueño se encontraba detenido y allí presente, no se ajusta a las normas legales que establecen los artículos 205 y siguientes del código procesal del ramo”. Así también en la SCS Rol N° 38691-2017, (considerando 6°): “Que para que la policía pueda ingresar a un inmueble en el caso que regula el citado artículo 206 del compendio en referencia, deben existir llamadas de auxilio, cual no es el caso, o signos evidentes de estarse cometiendo un delito, o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren, pero, siendo una excepción a la cautela de garantías fundamentales, su interpretación debe ser restrictiva.” “Por otro lado, el artículo 206 citado exige “signos evidentes”, en plural: varios elementos que permitan concluir que en el lugar se está cometiendo un delito.”

que debían haber resguardado el lugar y, previa alerta al fiscal de turno, tenían que instar por la autorización del Juez de Garantía y acceder sólo una vez recibida aquélla e intimada a la propietaria (...) Que, a resultas de lo que se viene analizando, sucede que se han violentado las garantías constitucionales del imputado, tanto de la inviolabilidad de su hogar como de su debido proceso, al haberse llevado adelante éste y realizado con la incorporación de evidencias obtenidas con conculcación de sus derechos y, por ende, se trata de prueba ilícita que debió ser excluida en su oportunidad²⁸⁰.

Asimismo, la Corte distingue entre la garantía de inviolabilidad del hogar con la de titularidad del derecho de propiedad:

“Que en relación al punto referido a que la autorización necesaria fue dada por la propietaria del inmueble, tal circunstancia desatiende el claro tenor de la norma en estudio que – en ausencia de autorización judicial o previo a solicitarla- permite el referido ingreso y registro cuando se cuenta con la autorización del propietario o encargado del lugar. Esta fórmula, entonces, ha de ser interpretada en relación a la garantía constitucional que tutela la privacidad del afectado y no la propiedad, situación que demanda un mínimo de actividad por parte de las policías, en orden a establecer acertadamente la identidad del titular del derecho que va a ser lesionado, aspecto respecto del cual – en todo caso- los funcionarios públicos tenían certeza, pero cuya consideración decidieron omitir conculcando las formalidades legales sobre el punto^{281 282}

Cabe tener presente que, en el fallo Rol N° 30932-2014, la Corte Suprema indicó que un vehículo también constituye un lugar cerrado para efectos de las normas sobre el ingreso y registro de lugares cerrados.

²⁸⁰ SCS Rol N° 11.835-2014, (considerandos 8° y 9°). En el mismo orden de ideas SCS Rol N° 8658-2015, (considerando 8°), y en la SCS Rol N° 38691-2017, (considerando 10°): “Que, en consecuencia, cuando se procedió al ingreso y registro del inmueble en una forma no autorizado por la ley, la evidencia que se incautó constituye prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la evidencia que de ella deriva, esto es, no sólo la droga encontrada, sino que también las declaraciones de los funcionarios policiales sobre esa circunstancia, las fotografías, los peritajes químicos o de prueba de campo y demás documentos y testimonios que hayan derivado de ese primitivo hallazgo. Del mismo modo, cuando los jueces la valoraron en el juicio oral y en la sentencia que pronunciaron con posterioridad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales de la imputada que aseguran su derecho a la inviolabilidad de su hogar, a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos.”

²⁸¹SCS Rol N° 29.375-2014, (considerando 12°).

²⁸² Ver también: SCS Rol N° 5351-2018

En caso en que, el ingreso se produce, supuestamente previa orden de Tribunal de Familia, la Corte entiende que los policías se han extralimitado en sus funciones, ya que, sin contar con autorización judicial, deciden ingresar al domicilio, presuntamente contando con la venia de la propietaria, pero para efectos de verificar si se encontraba en el inmueble la persona buscada, momento en el cual, nuevamente de forma autónoma, deciden registrar el lugar encontrando las especies ilícitas en virtud de las cuales se detuvo a todos los presentes en el domicilio. Atendido lo anterior, la Corte entiende que el ingreso y registro del domicilio fue ilegal, ya que, no se probó suficientemente la existencia de la orden, ni la autorización de la propietaria para que accedieran los funcionarios policiales a la vivienda, con lo cual también son ilegales todas las diligencias desarrolladas como consecuencia del ingreso irregular:

“Sexto: Que, sin embargo, semejante argumentación olvida el sistema de contrapesos y frenos en salvaguarda de los derechos del imputado, por lo que los tribunales de justicia deben registrar las resoluciones (artículos 39 y 97 del Código Procesal Penal) así como la obligación de fundar lo decidido (artículo 36 del mismo texto); deber que también alcanza a los Tribunales de Familia respecto a las órdenes de arresto, conforme al artículo 14 de la Ley 14.908 que dispone que el tribunal que hubiere decretado alimentos por resolución que cause ejecutoria, si el alimentante no hubiere cumplido su obligación, deberá, a petición de parte o de oficio y sin necesidad de audiencia, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno, estableciendo la disposición citada que el tribunal si lo estima estrictamente necesario, podrá facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado y ordenará que éste sea conducido directamente ante Gendarmería de Chile. En ese caso, la policía deberá intimar previamente la actuación a los moradores, entregándoles una comunicación escrita o fijándola en lugar visible del domicilio. Por ello, no resulta admisible que los juzgadores desechen la defensa afincada en la demostración de una omisión en el cumplimiento del deber de registro, sosteniendo por una parte que ha debido acreditarse no sólo la inexistencia de la resolución que dio la orden de arresto, que autorizaba la entrada y registro al domicilio del acusado, toda vez que ella no resulta pertinente para los fines debatidos, resultando llamativo que los referidos sentenciadores no se detengan a preguntar sobre la efectividad de la orden presuntamente despachada y sus alcances, bastándole la aseveración de su existencia por parte de los funcionarios policiales, los que no precisan los términos de aquella orden de arresto.

Séptimo: Que el cumplimiento de esta obligación de registro de la resolución que dispone una diligencia que priva, restringe o perturba derechos que la Constitución asegura a los ciudadanos no admite excepciones como tampoco lo hace la satisfacción de las cargas de similar entidad que afectan a la policía y al Ministerio Público, y ello es así porque

tratándose de medidas que afecten garantías fundamentales, su procedencia ha de estar supeditada al examen estricto de los intereses en juego, esto es, un análisis de proporcionalidad entre la afectación a producirse, la entidad de los bienes que aconsejan al persecutor a solicitarla y la de los antecedentes que la sustentan, aspectos todos que son cautelados a través del control judicial de su procedencia, sin que tal labor de tutela se agote en su otorgamiento ya que ha de satisfacerse además la obligación de consignar tal mandato, con sus particularidades, así como todo aquello invocado para justificar su procedencia.

En tales condiciones, la ausencia de su respaldo permite legítimamente dudar sobre la existencia o -a lo menos- entidad de cualquiera de tales factores, privando al pilar del procedimiento -como es el caso- del necesario fundamento.”

Undécimo: Que conforme lo expresado, resulta que en la especie el personal policial se extralimitó pues, a diferencia de lo que razonan los jueces de instancia, no estaban actualmente ejecutando orden de arresto alguna y, dentro de ese ámbito, deciden autónomamente, sin instrucción alguna, ingresar al domicilio para registrarlo, obteniendo aparentemente, en base a tal orden, de quien aparecía como propietaria o encargada la autorización respectiva para ese específico propósito, y en ese cometido -ya dentro de la propiedad deciden registrar o revisar todo el inmueble encontrando el arma, las municiones y la cocaína base, pero excediendo el marco de la autorización por ellos mismos solicitada y que los habilitaba para encontrarse con justo derecho al interior del inmueble sin orden judicial ni existencia de signos evidentes de delito o llamadas de auxilio, como aluden los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, por invocarse autorización de ingreso sin la existencia de indicio alguno de la comisión de un delito, el registro del interior del domicilio o morada resulta a todos luces desproporcionado y excesivo en el contexto en que los hechos se verificaron, por lo que es dable concluir que la policía se extralimitó de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador.

Duodécimo: Que conforme lo expresado, la defensa ha demostrado suficientemente las infracciones acusadas, omisión que priva de sustento al procedimiento incoado respecto del recurrente al infringir el estándar mínimo acerca de la existencia de la referida orden y sus términos, así como la autorización obtenida en base a ella de la encargada del inmueble, por lo que atendido que la sentencia solo intenta salvar semejante falencia apoyada en conjeturas que no se fundan en la prueba rendida, resulta forzoso concluir que los agentes

policiales ejecutaron un ingreso y registro del domicilio del recurrente al margen de la ley, porque no se ha demostrado de manera prescrita en ella la autorización para actuar de la forma que se ha dicho, lo que de manera irregular les sirvió para ingresar al inmueble del imputado y proceder a su detención.”²⁸³

b) No puede procederse más allá del ámbito autorizado por el propietario o la Orden Judicial

El máximo tribunal ha señalado al respecto que la entrada y registro de un domicilio es una medida intrusiva que menoscaba fuertemente las garantías constitucionales de intimidad e inviolabilidad del hogar, motivo por el cual tiene un objeto preciso y no puede procederse más allá del ámbito autorizado por el propietario:

“Que la anterior delimitación tiene sentido desde que la entrada y registro de un domicilio es una medida intrusiva que menoscaba fuertemente las garantías constitucionales de intimidad e inviolabilidad del hogar, motivo por el cual tiene un objeto preciso: la búsqueda del imputado contra quien se hubiere librado orden de detención o se encuentre cometiendo un delito; o de huellas o rastros del hecho investigado; o de medios que sirvan a la comprobación del delito investigado (...). En el caso de estos antecedentes y conforme han quedado establecidos los hechos del proceso, la actuación de la policía debía quedar circunscrita a la búsqueda de objetos relacionados con el delito de robo de accesorios de vehículos en el taller mecánico de (...), siendo improcedente continuar el registro por las restantes dependencias del domicilio, porque tanto la orden como la autorización del propietario contemplaban esa limitación. Así, la extensión del registro a dependencias personales del acusado constituye una ilegal extralimitación en el proceder de los funcionarios de Carabineros, puesto que se llevó a cabo una entrada y registro sin orden, fuera del ámbito de la autorización otorgada para consentir una excepción a la protección de la esfera de intimidad del imputado, actuación no prevista en el artículo 83 del Código Procesal Penal como aquellas que pueden realizarse en forma autónoma por las policías (...). Que a resultas de lo verificado, cuando la policía procedió a registrar el domicilio del acusado más allá de su taller mecánico, encontró la escopeta hechiza bajo la cama matrimonial y la incautó, llevó a cabo actuaciones no permitidas legalmente que derivaron en evidencia de cargo afectada por la misma ilicitud del proceder cuestionado, y por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de

²⁸³ SCS ROL N°30709-20, 2020.06.15

cargo contra el imputado, puesto que de lo contrario, se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas”²⁸⁴.

Lo mismo acontece con la resolución judicial. Si los funcionarios policiales debían cumplir una orden judicial de detención y ésta se materializó, la autorización para actuar de los policías quedó agotada en ese momento, y por ende, subsecuentemente proscrita la realización de cualquier registro posterior, aun cuando se cuente con el consentimiento del propietario o encargado:

“Que aun cuando pudiese creerse -como lo sostiene el Ministerio Público y se desprende de la sentencia respectiva- que el ingreso y registro del domicilio particular de (...) encontraría su sustento legal en la orden judicial de detención emanada de un tribunal del crimen de Santiago, que facultaba, en caso necesario, el allanar y descerrajar los dos domicilios que del recurrente se tenían; en la supuesta autorización verbal del dueño de la casa, esto es, del propio imputado; como también en la orden verbal del juez que decretó la aprehensión, en tanto dispuso verificar el segundo domicilio del recurrente, la verdad es que ello no es suficiente para tal pretensión y, más aún, inclusive antes de considerar su procedencia y legitimación, cabe considerar que todo ello resulta irrelevante a los alcances de este recurso. En efecto, claro está que el revólver materia de la persecución penal que se impugna fue retirado por los policías desde el domicilio particular de (...), ubicado en la comuna de La Florida, en circunstancias que dicho imputado, también allí presente, ya estaba en calidad de detenido por los mismos agentes policiales, motivo por el cual, básicamente y habida consideración al preciso y determinado objeto de la orden judicial que se despachó por la autoridad correspondiente, esto es, detenerlo para ser puesto a disposición del tribunal, ésta ya se había cumplido a cabalidad y por tanto, agotado”²⁸⁵.

²⁸⁴ SCS Rol N° 18.011-2014, (considerandos 6° y 7°). Ver también: SCS Rol N° 2304-2015, (considerandos 5°, 6° y 7°) y Rol N° 22.719-2015, (considerando 11°), así también en la SCS Rol N° 20415-2015, (considerando 4°): “Que, en lo concerniente al logro de evidencias, es necesario afirmar, como premisa básica, que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que quebranta dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido, Hernández Basualto afirma que “el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (...) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional”. (La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Héctor Hernández Basualto, colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N°2, págs. 65-66); Rol N° 17.554-2016; Rol N° 29735-2015.

²⁸⁵ SCS Rol N° 678-2007, (considerando 5°).

c) En caso de un hallazgo casual se requiere autorización judicial, incluso tratándose de delitos permanentes

Si con motivo de un registro judicial o por consentimiento expreso del encargado o propietario, se descubrieren objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento, solo se podrá proceder a su incautación previa orden judicial²⁸⁶. Así las cosas, la Corte Suprema ha establecido que

“Esta conclusión se desprende del texto del artículo 215 del Código Procesal Penal, el que nada más acepta que en el llamado hallazgo “casual” puedan incautarse evidencias *“que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado”*, debiendo, en ese supuesto, dar aviso de inmediato al fiscal. Es decir, es en el curso de la ejecución de la orden que se advierte por los funcionarios policiales que puede estarse cometiendo o haberse cometido un delito distinto al que es objeto del mandato judicial, justamente en virtud de la naturaleza o características del objeto encontrado, autorizando el citado artículo 215 en ese caso la incautación – y, en su caso, la detención de tratarse de un delito flagrante -, mas no permite que premeditadamente se ingrese y registre un lugar cerrado, bajo la excusa de aprehender a un tercero, para en realidad buscar prueba de un delito totalmente diverso atribuido al morador.”²⁸⁷

La Corte Suprema ha aplicado la norma del artículo 215 del Código Procesal Penal no sólo a los hallazgos casuales con ocasión del cumplimiento de una orden judicial, sino también al hallazgo que se produce como consecuencia de una entrada autorizada por el propietario o encargado. Asimismo, los fallos que se citan dicen relación con el descubrimiento de armas de fuego, no obstante, la Corte de todas formas estima aplicable el artículo 215 CPP.

Al respecto, ha señalado la Corte:

“Tan claro es que dicha diligencia tiene un objeto delimitado que el legislador se ha puesto en el caso que durante su práctica se descubran objetos y documentos no relacionados con

²⁸⁶ Ello, al tenor de lo prescrito en el artículo 215 del Código Procesal Penal. Refrendado por la Corte en Rol N° 2304-2015.

²⁸⁷ SCS Rol N° 40.698-2017, (considerando 5°).

el hecho investigado –“hallazgo casual”-, estableciendo para tal evento en el artículo 215 del Código Procesal Penal el deber de los funcionarios policiales de obtener una orden judicial para la incautación de esta evidencia no ligada con la pesquisa. Resulta importante tener en consideración en este punto que el texto del artículo que fue propuesto por el Ejecutivo en el proyecto de ley sobre un nuevo Código Procesal Penal, permitía que los objetos o documentos descubiertos fueran incautados en forma provisional. Este artículo fue aprobado en la Cámara de Diputados, en lo que interesa a este asunto, con una enmienda: se dejó establecido que todo esto debe hacerse con aprobación judicial previa, para lo cual se sustituyó la frase “en forma provisional” por la oración “previa orden judicial”. Lo anterior, dado que el mentado precepto no es más que la aplicación en un caso específico de la regla general del artículo 9 del Código Procesal Penal, que dispone que las actuaciones del procedimiento que priven al imputado o a un tercero de los derechos que la Constitución asegura, o los restringieren o perturbaren, requerirán de autorización judicial previa (...), el hallazgo de la escopeta artesanal claramente carece de relación con el ilícito determinado que se estaba investigando, por lo que no podía ser incautada sin previa orden judicial”²⁸⁸

Y en otra sentencia señaló:

“(…) siendo del caso dejar constancia que, aún volviendo a la situación de tratarse de un ingreso con autorización del dueño de la propiedad, y en tal evento, si se encontraren objetos que permitan sospechar la existencia de un hecho punible distinto al del procedimiento por el que se allanó, tampoco podrían haber procedido a su incautación sin orden judicial previa”²⁸⁹

d) Art. 206 CPP: deben existir signos evidentes de estarse cometiendo un delito

Siendo el artículo 206 una norma de excepción (no se requiere autorización judicial o consentimiento expreso del encargado para el registro) su interpretación debe ser restrictiva: “Que para que la policía pueda ingresar a un inmueble en el caso que regula el artículo 206 del Código Procesal Penal, deben existir llamadas de auxilio, cual no es el caso, o signos evidentes de estarse cometiendo un delito, pero, siendo una excepción a la

²⁸⁸ SCS Rol N° 18.011-2014, (considerando 6°).

²⁸⁹ SCS Rol N° 678-2007, (considerando 5°).

cautela de las garantías fundamentales, su interpretación debe ser restrictiva”²⁹⁰.

Guiada por una interpretación restrictiva de esta norma, la Corte ha declarado que para que la policía pueda entrar en un lugar cerrado y registrarlo conforme al artículo 206 CPP, deben existir signos evidentes de estarse cometiendo un delito, esto es, en plural, varios elementos que permitan concluir que en el lugar se está cometiendo un delito:

“Por otro lado, el artículo 206 citado exige “signos evidentes”, en plural: varios elementos que permitan concluir que en el lugar se está cometiendo un delito. En el caso que se analiza, el solo hecho de percibir olor a marihuana no satisface el plural, porque la necesidad de obtener información adicional de la mujer que acompañaba al imputado demuestra que no era un signo ostensible, como tampoco la información proporcionada por el testigo reservado, que se refiere a un hecho distinto y no acreditado²⁹¹”. También lo podemos observar en el caso de que “el solo hecho de percibir un movimiento de manos típico sugerente al de una transacción de sustancias ilegales no satisface el plural encontrándose, además, establecido que no se les preguntó de dónde la obtuvieron, ni se realizó prueba de campo a la sustancia que portaban los compradores al momento de su detención.”²⁹².

Concurren signos evidentes para proceder conforme al artículo 206 CPP, en el siguiente caso:

“Que, en el escenario descrito, ocurre que los funcionarios policiales disponían de al menos tres signos evidentes de estarse cometiendo un delito en el domicilio del acusado: el primero, avalado por los denunciantes que motivaron la orden de investigar; el segundo, constituido por la apreciación visual de los mismos funcionarios que vieron al imputado entregar a un tercero –frente a su domicilio- algo que de acuerdo a su experticia pareció ser droga; y el último, conformado por la sindicación del mismo comprador, quien atribuyó al acusado la calidad de vendedor. Estos elementos, si bien no resultan ser tan categóricos como fuera de esperarse para el proceder regular de las policías, en el extremo de lo sucedido se verifican ciertas condiciones que en una actuación de buena fe de los funcionarios, pueden ser comprendidas como evidencia de la flagrancia que les autorizaba el acceso al domicilio del sujeto investigado, a lo que concurrió,

²⁹⁰ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 4°).

²⁹¹ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 4°). Ver también: SCS Rol N° 38691-17, (considerando 6°): “Por otro lado, el artículo 206 citado exige “signos evidentes”, en plural: varios elementos que permitan concluir que en el lugar se está cometiendo un delito.”

²⁹² SCS Rol N° 38691-17, (considerando 6°).

posteriormente, la alerta dada por la mujer sobre su presencia y la apreciación del individuo procurando destruir el objeto material del delito”²⁹³.

- **SCS Rol N°6815-2021, 10.11.2021:**

5°) Que, dicho lo anterior, primero debe dirimirse la legitimidad de la entrada de los policías al domicilio del acusado, en lo referido a la infracción de las normas que rigen la entrada y registro a un domicilio particular, hipótesis en la que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 206 del Código Procesal Penal, que permite la entrada y registro sin el consentimiento de su propietario o autorización judicial, en caso de que existan llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito, norma que en consecuencia debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 130 del Código Procesal Penal.

Conforme a un análisis conjunto de ambos preceptos, resulta acertada la decisión de los jueces del grado que han entendido satisfechos los requisitos del artículo 206 del Código Procesal Penal, atendido que la situación en comento es una de aquellas constitutivas de flagrancia que, como tal, se encuentra regulada en el artículo 130 mencionado. En efecto, los funcionarios policiales obraron correctamente al proceder a la entrada y registro ante la adecuada evaluación de "los signos evidentes" que daban cuenta de la comisión de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes que acababa de ser cometido. Sobre el particular, de conformidad a la propia redacción del artículo 206 del Código Procesal Penal, los signos evidentes de la comisión de un delito en el interior de un recinto cerrado han de ser de la gravedad o entidad equivalente a las "llamadas de auxilio de personas que se encontraren en su interior", construcción que demanda un trabajo interpretativo de tales prescripciones y el ajuste de ellas a las particularidades de cada caso. Así entonces, la referencia a las "llamadas de auxilio" que formula el legislador en la norma que se revisa, debe ser asimilada a otras situaciones de entidad similar que pueden presentarse bajo las modalidades particulares que demanda la forma de comisión de alguno de los otros delitos que el ordenamiento penal prescribe.

Por ello, resulta apropiada la reconducción de la referida fórmula -propia de un delito que afecta a la vida, seguridad, integridad u otros aspectos personalísimos susceptibles de protección penal- a un caso como el que se revisa, en que los funcionarios policiales constataron una transacción que pudieron determinar se trataba de drogas, constatando

²⁹³ SCS Rol N° 4.215-12, (considerando 8°).

su efectividad mediante la declaración del comprador de la misma, y la apreciación de los papelillos que contenían una sustancia de las características físicas y olor a pasta base de cocaína. Así la verificación de estos "signos evidentes" los lleva a la entrada y registro del domicilio donde el ilícito flagrante se habría realizado, todo ello dentro del contexto temporal que admite el artículo 130 del Código Procesal Penal. Cabe estimar que al actuar del modo que lo hicieron los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto, las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por ende, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política reconoce y garantiza a los imputados, ni aquella contemplada en el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental que resguarda la inviolabilidad del hogar, puesto que actuaron bajo el amparo dado por el artículo 83 letra b) del Código Procesal Penal que permite efectuar la detención en flagrancia y el artículo 206 del mismo código que autoriza el registro de un inmueble en el caso de signos evidentes que en él se está cometiendo un delito, por lo que es forzoso concluir que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en las referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que el recurso debe ser desestimado en lo que se refiere a esta causal invocada.

12°) Que, lo antes relacionado, autoriza a concluir que en el fallo se consignan los medios de prueba, su ponderación y las conclusiones que fluyen de ellos, como asimismo los hechos que con tales antecedentes se han tenido por probados y las consideraciones que al efecto han tenido presente los jueces, todo lo cual permite perfectamente reproducir el razonamiento conforme al cual arribaron a la decisión adoptada y que se contiene en su conclusión.

En ese orden de ideas, cabe afirmar que la sentencia cuestionada explica los argumentos que conducen a adoptar su decisión de condena por los hechos ocurridos el 16 de agosto de 2019, conforme a las reglas de la sana crítica, conteniendo una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados en lo pertinente al delito de porte ilegal de arma de fuego y tráfico de pequeñas cantidades de droga, así como la ponderación que se hizo de cada uno de los medios de prueba, adoptando las conclusiones de acuerdo a lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal, lo que permite rechazar el recurso por la causal prevista en el artículo 374 letra e) del mismo cuerpo legal, porque no se configura en la especie el vicio alegado.

- **SCS Rol N°39.328-2021, 01.12.2021:**

DÉCIMO: Que, sobre la hipótesis que contempla el artículo 206 del Código Procesal Penal la doctrina nacional ha señalado que ella se encuadra dentro de las actuaciones de la policía que pueden ser realizadas sin orden judicial previa y constituye una de las manifestaciones

de la flagrancia que la propia Constitución prevé como excepción a la necesidad de autorización judicial previa para la limitación de derechos fundamentales (María Inés Horvitz Lennon, Julián López Masle; Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, página 503).

Así, en consecuencia, tal disposición debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 130 del Código Procesal Penal, que, en lo pertinente, dispone: *“Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:*

- a) *El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;*
- b) *El que acabare de cometerlo;*
- c) *El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*
- d) *El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo;*
- e) *El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.*
- f) *El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato”.*

UNDÉCIMO: Que, las disposiciones citadas en el recurso demandan un análisis conjunto con el objeto de dotar de contenido a cada uno de sus preceptos. Conforme dicho criterio, entonces, resulta acertada la decisión de los jueces del grado que han entendido satisfechos los requisitos del artículo 206 del Código Procesal Penal, atendido que la situación en comento es una de aquellas constitutivas de flagrancia que, como tal, se encuentra regulada en el artículo 130 mencionado, por lo que los funcionarios policiales obraron correctamente al proceder a la entrada y registro ante la adecuada evaluación de “los signos evidentes” por cuanto estos funcionarios concurren al lugar de los hechos por una denuncia al teléfono celular del cuadrante, que daba cuenta de una agresión verbal a una mujer y en el lugar escuchan una discusión e insultos desde una casa y frente a un posible hecho de violencia intrafamiliar, ingresan a la propiedad, pudiendo ver, además, desde una ventana que el acusado mantenía una escopeta en su poder.

DUODÉCIMO: Que, por otra parte, no hay que perder de vista que la redacción de la disposición en comento -artículo 206 del Código Procesal Penal- señala que los signos evidentes de la comisión de un delito en el interior de un recinto cerrado han de ser de la gravedad o entidad equivalente a las “llamadas de auxilio de personas que se encontraren en su interior”, construcción que demanda un trabajo interpretativo de tales prescripciones y el ajuste de ellas a las particularidades de cada caso. Así entonces, la referencia a las “llamadas de auxilio” que formula el legislador en la norma que se revisa, debe ser asimilada a otras situaciones de entidad similar que pueden presentarse bajo las modalidades particulares que demanda la forma de comisión de alguno de los otros delitos que el ordenamiento penal prescribe. Por ello, resulta apropiada la reconducción de la referida fórmula -propia de un delito que afecta a la vida, seguridad, integridad u otros aspectos personalísimos susceptibles de protección penal- a un caso como el que se revisa en que los funcionarios policiales apreciaron a través de sus sentidos una discusión y la tenencia de una arma de fuego al interior del inmueble. Así la verificación de aquellas evidencias y no solo por una denuncia anónima, los llevó a la entrada y registro del domicilio donde se incautó el arma de fuego que habían observado, dándose una situación de flagrancia, esto es, la prevista en la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal.

e) Artículo 206: situaciones de flagrancia, no de sospecha

“La flagrancia -invocada por el acusador- se define en torno a dos conceptos esenciales: la percepción personal de los agentes y la necesaria intervención para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito o la fuga de los autores. Por su parte, la flagrancia encierra en sí las pruebas de su realización, es la percepción personal del hecho delictivo que se ve, se observa, de manera que en esta situación se precisa de una inmediata intervención policial a fin de que cesen el delito y sus efectos. Por ello, si no hay percepción sensorial de la comisión de un delito, no habrá flagrancia, sino que sólo se estará ante una actuación por sospecha”²⁹⁴ . De tal forma, si la policía tuvo que realizar diligencias de investigación previas destinadas a la constatación de la comisión de un delito, ello descarta la flagrancia: “Que las circunstancias anotadas confirman la tesis de que el personal policial apostado en la residencial tuvo que realizar diligencias de investigación previas destinadas

²⁹⁴ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 4°).

a la constatación de la comisión de un delito, lo que descarta la ostensibilidad de la flagrancia, pues la evidencia no era manifiesta, lo cual no les habilitaba para ingresar de la manera que se hizo a la habitación del imputado, eludiendo una orden judicial de entrada, registro e incautación para proceder a su detención y a la recolección de pruebas”²⁹⁵.

De la misma manera razona la Corte:

“Conforme dicho criterio, entonces, resulta acertada la decisión de los jueces del grado que han entendido satisfechos los requisitos del artículo 206 del Código Procesal Penal, señalando que la situación en comento es una de aquellas constitutivas de flagrancia que, como tal, se encuentra regulada en el artículo 130 mencionado, por lo que los funcionarios policiales obraron acertadamente al proceder a la entrada y registro ante la correcta evaluación de “los signos evidentes” que daban cuenta de la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes que acababa de ser cometido.”²⁹⁶

En otro fallo resuelve:

“Que las circunstancias anotadas confirman la tesis de que el personal policial apostado en la residencial tuvo que realizar diligencias de investigación previas destinadas a la constatación de la comisión de un delito, lo que descarta la ostensibilidad de la flagrancia, pues la evidencia no era manifiesta, lo cual no les habilitaba para ingresar de la manera que se hizo a la habitación del imputado, eludiendo una orden judicial de entrada, registro e incautación para proceder a su detención y a la recolección de pruebas.”²⁹⁷

En mayo de 2021 la Corte se pronunció acogiendo el recurso de nulidad deducido por la defensa en relación a una supuesta situación de flagrancia. Sostuvo que la infracción garantías se materializa, ya que la entrada y registro por parte de agentes policiales se efectuó sin autorización judicial y fuera de las hipótesis donde la ley permite actuar autónomamente. La Corte establece que el artículo 206 del CPP al señalar la presencia “signos evidentes” para proceder a la entrada y registro, exige la concurrencia de varios

²⁹⁵ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 6°).

²⁹⁶ SCS Rol N° 27.335-2015, (considerando 11°).

²⁹⁷ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 6°). Ver también: SCS Rol N° 38691-17, (considerando 6°): “Por su parte, la flagrancia encierra en sí las pruebas de su realización, es la percepción personal del hecho delictivo que se ve, se observa, de manera que en esta situación se precisa de una inmediata intervención policial a fin de que cesen el delito y sus efectos. Por ello, si no hay percepción sensorial de la comisión de un delito, no habrá flagrancia, sino que sólo se estará ante una actuación por sospecha.”

elementos que permitan concluir que en el lugar se está cometiendo un delito. En el caso en cuestión, los indicios a los que aluden los funcionarios policiales corresponden a haber observado a un sujeto que estaba en la puerta de una casa que entrega dinero a través de ella y recibe un papel o sobre blanco, quien posteriormente huye del lugar, por lo que no es posible constatar el contenido de este. Se afirma por el máximo tribunal que, en virtud de dichas circunstancias es posible afirmar que no constituiría una hipótesis de flagrancia, descritas en el artículo 130 del CPP, al no existir signos evidentes, ni tampoco una hipótesis reconocida en el artículo 126, al no concurrir la pluralidad de indicios requerida, y en ese sentido, se concluye que la actuación de los funcionarios policiales deviene en ilegal. Se acuerda con voto en contra de la Abogada Integrante Sra. Coppo, quien sostiene que, es claro que no constituye una hipótesis de flagrancia, no obstante si se encuadra en la hipótesis del artículo 206 del CPP, al considerar que las circunstancias descritas son signos evidentes de una transacción de droga, y por tanto, estaría permitido el ingreso y registro del lugar cerrado.

f) Art. 206: Las “llamadas de auxilio” deben asimilarse a otras situaciones de entidad similar para delitos distintos

En este sentido la Corte ha resuelto:

” Así entonces, la referencia a las ‘llamadas de auxilio’ que formula el legislador en la norma que se revisa, debe ser asimilada a otras situaciones de entidad similar que pueden presentarse bajo las modalidades particulares que demanda la forma de comisión de alguno de los otros delitos que el ordenamiento penal proscribire. Por ello, resulta apropiada la reconducción de la referida fórmula – propia de un delito que afecta a la vida, seguridad, integridad u otros aspectos personalísimos susceptibles de protección penal – a un caso como el que se revisa en que se ha presenciado un hecho respecto del cual existían indicios que correspondía a un delito contra la salud pública, decidiendo la entrada y registro al domicilio donde éste se habría realizado, todo ello dentro del contexto temporal que admite el artículo 130 del Código Procesal Penal.”²⁹⁸.

g) El ingreso, en el contexto de una investigación autónoma de la policía, invalida la diligencia, y no puede sanearse posteriormente

²⁹⁸ SCS Rol N° 27.335-2015, (considerando 12°).

Al respecto ha señalado la Corte:

“Que como consecuencia de lo anterior, necesario es concluir que el actuar policial se tornó en ilegal, al contravenir el texto claro de la norma vulnerada, afectando todas las diligencias que se practicaron en ese contexto, sin que la autorización del dueño del domicilio y padre del imputado, donde las mismas tuvieron lugar, importen su validación, desde que era ajeno a su voluntad y control el cumplimiento de la normativa procesal transgredida, por lo que dichos antecedentes, no pudieron ser admitidos como elementos de convicción, los que atento lo dispuesto en el artículo 276 inciso segundo parte final, del Código Procesal Penal, debieron ser excluidos precisamente por haber sido obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales, en la oportunidad prevista en el artículo 395 bis del mismo texto procesal”²⁹⁹.

h) El inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, permite el ingreso a lugar cerrado para el solo efecto de practicar la detención

En cuanto a esta norma, la Corte Suprema ha sido muy clara en señalar que la misma no autoriza a la policía al registro del lugar cerrado en busca de evidencia, sino que únicamente a la detención del individuo a quien se persigue:

“En el escenario descrito por los funcionarios policiales aparece que (...) fue rápidamente reducido una vez que ingresó al domicilio y lo fue en la primera habitación que enfrenta la calle, el living, de donde derivan dos conclusiones. La primera, es que no era necesario “asegurar el perímetro” porque la detención ya había sido practicada y bastaba con extraer al sujeto desde el domicilio. La segunda, es que el aseguramiento referido, encubre en realidad un registro, tal como derechamente lo denominó incluso uno de los funcionarios aprehensores, máxime si se tiene presente que por muy fuerte que pueda ser el olor de una droga, al encontrarse ésta embalada, no aparece certero que pueda percibirse su olor con sólo ingresar a una habitación y, además, porque tal como evidenciaron los funcionarios, (...) afirmó que tuvo que levantar el bulto para verificar que se trataba efectivamente de droga (fs. 82) porque de sólo verla no tuvo seguridad de ello. Esa circunstancia escapa al simple registro para descartar la presencia de sujetos armados, sino que se traduce en un verdadero registro del inmueble en busca de evidencia de otro delito distinto de aquél por el cual la ley les permitió acceder al inmueble; e incluso, excede también a las facultades

²⁹⁹ SCS Rol N° 11.513-2011, (considerando 14°). En los mismos términos: SCS Rol N° 2.573-2012, (considerandos 8° y 9°).

que les entregan los artículos 130 y 206 del Código Procesal Penal, porque al no tener seguridad de lo que representaba el paquete que veían, no estaban ante un hecho flagrante y tampoco ante signos evidentes”³⁰⁰.

1.2. Privacidad de las comunicaciones

Los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia, han abordado especialmente la afectación de la privacidad de las comunicaciones por particulares. En un caso (delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil), la Corte declaró la nulidad porque un particular (madre de la víctima) interceptó clandestinamente los registros audiovisuales contenidos en el computador del imputado, sin estar amparado por el derecho:

“Resulta claro que conforme los hechos particulares denunciados por el recurso, la acción inicial de la madre de la víctima al invadir los lugares, espacios, CDs y Videos privados del encausado quebrantó estas normas y en modo alguno actuó en situación legal de excepción. Ciertamente es que por sus funciones de secretaria al servicio de su empleador podía acceder al inmueble, pero limitada a las dependencias y especies destinadas a tal servicio, mas no a aquellas que, por haberlas reservado para sí su dueño, estaba en la obligación de respetar. A este respecto, don Enrique Evans afirma que ‘la inviolabilidad de los documentos privados ampara todos aquellos que las personas lleven consigo, mantengan en su vivienda o tengan en su lugar de trabajo y de que sean dueñas o tenedoras legítimas. ‘ (ob.cit pág. 177).

Por tanto, para alcanzar legítimamente el fin que la pudo inspirar, desde el primer momento debió proceder amparada por el derecho, y no a sus espaldas, al interceptar clandestinamente, abrir y registrar, mediante copia digital, documentos privados que no le pertenecían. Así las cosas, las piezas signadas con las letras C.- y D.- del fundamento tercero, en cuanto sirvieron a los jueces de medios probatorios para dar por acreditado en autos la comisión del delito de almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil como también la participación de autor del mismo del recurrente (considerando decimoprimer), en circunstancias que debieron ser excluidas por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales, como lo declara el artículo 276 en su inciso 3° del Código Procesal Penal, transformándola en prueba ilícita. En este caso, y en otro sentido, al negar los

³⁰⁰ SCS Rol N° 1.258-2012, (considerando 6°). Ver también: SCS Rol N° 3.570-2006, (considerando 9°).

sentenciadores lugar a la incidencia que al respecto promovió en el juicio oral la defensa (fundamento decimosexto), infringieron también el principio del debido proceso contemplado en el inciso 5° del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que al permitir la incorporación y ponderación de prueba ilícita en el proceso lo despojaron de legitimidad”³⁰¹.

Pero en otro caso, si bien consideró que los particulares no están autorizados para llevar a cabo actuaciones de investigación que transgredan las garantías constitucionales de las personas, tal regla admite una excepción, cual es, cuando la acción del particular representa un acto de defensa respecto de ilicitudes en marcha³⁰²⁻³⁰³.

“Lo anterior, significa que los particulares no están autorizados para llevar a cabo actuaciones de investigación que transgredan las garantías constitucionales de las personas. Sin embargo, tal regla admite una excepción, cual es, cuando la acción del particular representa un acto de defensa respecto de ilicitudes en marcha (op. Cit, pág. 67). En el caso sublite surge claro, del devenir de los hechos, que al momento de efectuarse la

³⁰¹ SCS Rol N° 1.836-2007, (considerando 4°).

³⁰² El reclamo del recurrente consistió en que un interno del C.D.P. de Calama, grabó en dos oportunidades conversaciones privadas con el acusado, en forma subrepticia y sin su autorización. Al efecto, buscó al imputado para sostener una conversación y grabarla, obteniendo dos registros que entregó a funcionarios de gendarmería. Ese audio fue escuchado por al menos tres testigos antes del inicio de la investigación, además fue reproducido durante el juicio e incorporado a través de los dichos de testigos y un perito, quienes reconocen haber escuchado las grabaciones.

El a quo estableció que el imputado había ofrecido al interno interceder en su favor en la obtención de beneficios intrapenitenciarios, a cambio de dinero.

³⁰³ En esta sentencia, la Corte Suprema hace suyos los planteamientos del profesor Héctor Hernández, quien señala al respecto: “(...) debe recordarse que muchas de las actuaciones típicas de investigación que pueden conducir a la obtención de material probatorio suponen afectaciones relativas de derechos fundamentales y que los únicos mecanismos formales para legitimar dichas afectaciones están disponibles sólo para los órganos del estatales de persecución penal, no para

los particulares. Es decir, aunque lo quisieran, los particulares no podrían legitimar formalmente sus actuaciones. Ahora bien, es indudable que este estado de cosas no hace sino confirmar y reforzar el monopolio de la investigación criminal en el Ministerio Público y en sus órganos auxiliares, y obliga a los particulares, más allá del ámbito en que en defensa de sus intereses pueden realizar pesquisas indiferentes desde el punto de vista de las garantías fundamentales, a acudir a los órganos oficiales de persecución penal. Este es un principio de enorme importancia institucional y debe ser preservado”: Pero agrega “(...) Sin embargo, debe también prestarse suficiente atención a las situaciones excepcionales, en las que no es exigible al privado prescindencia total, especialmente cuando su conducta más que una reacción ante hechos ya cometidos, en donde toda actuación intrusiva debería en principio canalizarse a través de la persecución penal pública, representa un acto de defensa respeto de ilicitudes en marcha, como ocurre con la grabación oculta de la entrevista con quien ofrece o exige una dádiva en los términos del cohecho o quien ha amenazado condicionalmente, etc.”. Ob. Cit. p. 67.

grabación había una ilicitud en marcha, por cuanto los intervinientes están de acuerdo en que, en ese entonces, el imputado ya había efectuado dos solicitudes de dinero a cambio de información y de ayuda en la obtención del beneficio de salida dominical. Así, concurre la excepción antes dicha, por lo que la intervención del particular por la vía de grabar una conversación está permitida³⁰⁴.

En el mismo fallo entregó otro argumento para estimar que en la especie no existió una transgresión de las garantías constitucionales invocadas en el recurso. Señaló, que quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad:

“Ello por cuanto la intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad o privacidad de las comunicaciones aparece determinada en función de los partícipes, es decir, tendrán ese carácter la información o hechos que se revelan cuando la expectativa de intimidad exceda al interlocutor, ya que, como ha sostenido previamente esta Corte, quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad (SCS 8.393-12, 21 de agosto de 2013). En este caso, no es un tercero quien difunde los diálogos sostenidos entre el imputado y el interno (...) sino un partícipe de los mismos, quien es titular de la conversación y dueño de su contenido, estando autorizado, por ello, para reproducirla, de modo que no han existido las contravenciones a garantías y derechos constitucionales denunciadas”³⁰⁵⁻³⁰⁶.

³⁰⁴ SCS Rol N° 12.279-2013, (considerando 5°).

³⁰⁵ SCS Rol N° 12.279-2013, (considerando 5°).

³⁰⁶ La sentencia citada por la Corte, SCS Rol N° 8.393-2012, falló un recurso de casación presentado por la defensa de un grupo de personas condenados por el delito previsto y sancionado en el art. 161

A del Código Penal. La Corte argumenta, entre otras cosas, que no se configuró el delito en comento porque: “(...) por otro lado, la intromisión ilegítima aparece determinada en función de los partícipes, es decir, tendrá ese carácter la información o hechos que se revelan cuando la expectativa de intimidad exceda al interlocutor, de lo que se sigue que para que la conducta sea punible, quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad, pues respecto del interlocutor la indiscreción no puede ser sancionada, al menos penalmente, salvo los casos en que intervienen personas que en razón de su actividad u oficio les es exigible el secreto profesional, cuyo no era el caso de los acusados (...) Que como resultó acreditado en el proceso, no existió intromisión no autorizada en la vida privada de alguna persona, porque el registro, captación o grabación de la comunicación no fue realizada por un tercero ajeno capaz de actuar como titular de la acción intrusiva, por lo que su difusión

Por último, en materia de privacidad de las comunicaciones, la Corte ha asentado el criterio que la privacidad de la información contenida en determinados dispositivos (celulares, computador, etc.) atañe únicamente a los propietarios de tales bienes. Así, resolvió desechar un recurso de nulidad porque la información interceptada por la policía estaba contenida en celulares que pertenecían a terceros y no al imputado:

“Que adicionalmente los reclamos descansan en infracciones que la defensa observa respecto del registro de la información contenida en especies que pertenecen a terceros, por lo que es evidente que tales anomalías atañen únicamente a los propietarios de tales bienes, quienes no han formulado reclamo alguno, por lo que este tribunal no logra visualizar su concreta y determinante repercusión en la persona del enjuiciado. Entonces, el aparente atentado al respeto y protección de la vida privada y a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, supuestamente cometido con ocasión del registro de los celulares pertenecientes a las víctimas, amén de no haberse reclamado por quienes podrían ser afectados, se vincula a una actuación que bien pudo requerirse al tribunal de garantía competente, de haber sido necesario, por lo que el supuesto vicio denunciado ninguna trascendencia ha podido tener en el resultado del juicio”³⁰⁷.

En un fallo más reciente de abril de 2021, la Corte Suprema rechazó nulidad deducida por la DPP, en la cual se sostenía que la prueba fue obtenida con infracción de garantías del acusado al haberse vulnerado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, mediante una revisión de su teléfono celular practicada por su conviviente, en la cual se encontró material de índole sexual que este compartía con la hija de ella.

La Corte señala que en este caso no existía una expectativa razonable de privacidad, ya que, con anterioridad al descubrimiento de las imágenes, la conviviente ya conocía las claves del imputado. Agrega además que la expectativa razonable de privacidad se debe analizar en el contexto de pandemia y movilidad reducida, en circunstancias en que esta se

también permanece al margen del reproche penal. No hay, en consecuencia, observadores ilegítimos de la información revelada, sino interlocutores titulares de la conversación y dueños de su contenido, por ello, cualquiera de los participantes excluidos de la obligación de secreto, podía reproducirla, como efectivamente aconteció (...) Que en tal entendimiento no puede haber una afectación a la privacidad e intimidad protegidas por la norma del artículo 161 A del Código Penal, y un eventual atentado a la honra -que el tipo no sanciona- nace, en este caso, de los propios actos de los presuntos afectados, consistentes en ofrecer licencias médicas sin justificación alguna”.

³⁰⁷ SCS Rol N° 15.342-2013, (considerando 8°). Ver también: SCS Rol N° 952-2014, (considerando 7°).

termina aplicando para impedir el acceso a terceros ajenos al entorno del propietario del móvil, mas no en aquellos que componen su ámbito cercano o familiar.

Respecto a la revisión efectuada en el computador de la niña, en donde también se halló material de índole sexual, la Corte señala que este hallazgo se hubiese realizado de todas formas debido a las sospechas de la madre y que además, ella se encuentra debidamente autorizada a efectuar este tipo de revisiones ya que tiene patria potestad sobre los bienes de su hija.³⁰⁸

1.3. Intimidación corporal

La Corte se pronunció sobre esta dimensión de la intimidad, con ocasión de un recurso de nulidad de la defensa, donde se reclamaba que la prueba de cargo fue obtenida en un control de identidad ilegal. El recurrente explicó que en la obtención de la prueba de cargo se vulneraron garantías fundamentales a consecuencia de un procedimiento policial que se apartó de los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que la imputada fue sometida a un control de identidad por parte de la policía que únicamente se fundó en una supuesta llamada anónima, sin otro antecedente que legitimara ese accionar. Enseguida fue trasladada a la unidad policial para efectos de verificar su identidad en circunstancias que debía proporcionársele las facilidades necesarias a tal fin, y, por último, fue objeto de un registro exhaustivo de sus cavidades corporales (vagina).

La Corte determinó que se afectó la intimidad corporal de la imputada, ya que el registro excedió con creces las facultades que la normativa confiere a los funcionarios policiales. Asimismo, consideró que la actuación policial –registro vaginal- constituyó una violación del pudor que afecta de manera innegable la dignidad de la persona, y un trato degradante:

“Que la persecución de determinados delitos, como acontece con los cometidos contra la salud pública mediante el tráfico de drogas, supone y de hecho constituye una verdadera intromisión en la intimidad corporal de las personas, pero ante la existencia de un precepto constitucional protector de tal derecho, obliga a actuar con la mayor rigurosidad, donde el requerimiento para obtener la autorización del sujeto pasivo se realice con plena observancia de garantías formales y de carácter probatorio, y que, en caso de negativa, sólo pueda suplirse por la autorización judicial. El ámbito de la intimidad corporal,

³⁰⁸ SCS Rol N°14.317-2021

constitucional y legalmente protegido, se transgrede a consecuencia de intromisiones forzadas y al margen del estatuto previsto en los artículos 85 y 89 del Código Procesal Penal, pues constituyen una violación del pudor que afecta de manera innegable la dignidad de la persona. Tal afectación del ámbito de la intimidad solo es posible por decisión del propio afectado o de la autoridad judicial, que habrá de garantizar siempre que en su ejecución se respete la dignidad del imputado y que no constituya un trato degradante (...) Que, en el caso en estudio, los funcionarios policiales procedieron a efectuar un control de identidad a dos personas que habían sido sindicadas a través de un llamado anónimo como vendedores de droga. En tales condiciones la imputada es conminada de inmediato a trasladarse a la unidad policial, lo que quedó de manifiesto con la prueba de audio rendida, donde se procede a un registro de sus cavidades corporales que arroja como resultado un hallazgo de droga, en los momentos que intentó desprenderse de esa sustancia (...) Que si bien lo expresado ya resulta un exceso en las facultades de que disponía la policía, con motivo del traslado a la unidad la imputada fue sometida a un intenso registro corporal, que revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial como asimismo a las garantías y derechos que el artículo 19°, Nros 3°, 4° y 7° de la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció”³⁰⁹.

2. Libertad Personal

Este derecho fundamental, reconocido y desarrollado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución, cuenta con varias normas en el Código Procesal Penal tendientes a garantizarlo frente a la actuación policial. Por ejemplo, el artículo 85 que regula los supuestos y el procedimiento del control de identidad; o los arts.125 y ss. que regulan la detención.

Como se verá, la mayor cantidad de pronunciamientos de la Corte sobre este derecho, están precisamente relacionados con el control de identidad y la detención.

2.1. Control de Identidad

Sin duda, el control de identidad constituye un caso específico de afectación de la libertad personal, siendo – además – una diligencia que la policía puede ejecutar en forma

³⁰⁹ SCS Rol N° 2.346-2012, (considerando 6°,7° y 10°).

autónoma³¹⁰. Por tanto, siguiendo el principio de legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad previsto en el artículo 5° del Código Procesal Penal, este dispositivo procede sólo en los casos y en la forma señalada por la ley, y debe ser interpretado restrictivamente, así lo ha indicado la Corte Suprema³¹¹ en los siguientes fallos:

· **SCS Rol N° 8167-2017**

“La policía debe determinar la existencia de un indicio por medio de parámetros objetivos y verificables que permitan el control de identidad y las actuaciones que le son propias, no se trata de una mera subjetividad o intencionalidad que crea ver el policía, validando de esa forma cualquier elemento como indicio, por ejemplo, antecedentes policiales, estilo de vestimenta, rango etario, sector social, sino que lo exigible es la presencia de circunstancias objetivas y comprobables que den sustento y seriedad a la intervención policial. Sólo de esa manera es posible dotar de validez, a luz de los derechos de los justiciables, a una actuación de carácter excepcional como el control de identidad. No son indicios basados en antecedentes objetivos y verificables: ver a una persona realizar un trueque en la vía pública desconociendo el objeto transado; ver que una persona guarde algo bajo su pantalón sin saber qué es, ninguno de ellos es indiciarios de comportamiento delictivo alguno.” (**Considerandos 6° y 10°**)

· **SCS Rol N° 15.472-2017**

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad (causal artículo 373-a) CPP) en contra de la sentencia del T.O.P de Chillán que condenó al acusado por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefaciente, arguyendo que el control de identidad que se le practicó al condenado se realizó de manera ilícita y con inobservancia de garantías fundamentales. La razón de lo anterior, radica en que los funcionarios policiales sostuvieron como indicios para justificar el control de identidad, el hecho de que el condenado estuviere en un lugar público en donde se estaba realizando tráfico de drogas (que coincidía con su

³¹⁰ Según el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales, sin orden previa, deben solicitar la identificación de cualquier persona que se encuentre en las hipótesis del inciso primero, debiendo realizar la identificación en el lugar en que se encontrare la persona. En caso de negativa de la persona a acreditar su identidad o no le fuere posible, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para los fines de identificación, no pudiendo extenderse el procedimiento por más de 8 horas. En consecuencia, resulta meridianamente claro que el procedimiento de control de identidad afecta la libertad personal.

³¹¹ SCS Rol N° 8167-2017, 26.04.2017.

domicilio), y que este se moviere lenta y evasivamente al ver la presencia de Carabineros. Indicios, que finalmente fueron rechazados por la Corte Suprema, ya que no resultan ni objetivizables, ni serios, sino que, por el contrario, están fundados en apreciaciones subjetivas de la policía, lo que vulnera las garantías mínimas de un debido proceso.

· **SCS Rol N° 41.821-17, 18.12.2017**

Antecedentes: En este caso nos encontramos con que funcionarios policiales observan al imputado L.A.C.G. en la esquina entre calle Valencia, Villa Alemana y calle El Sol, quien al advertir la presencia policial arrojó al suelo un revólver marca Famae, calibre 38, con 5 cartuchos balísticos calibre 38 sin percutir, y un banano con 30 bolsas de nylon de pasta base de cocaína con un peso de 113 gramos netos.

Considerandos relevantes:

“4° Que, en relación a la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, cabe resaltar que, conforme a los hechos que el tribunal tiene por ciertos recién reproducidos, el acusado arroja al suelo un arma de fuego y un banano contenedor de bolsas de nylon con una sustancia que aparentemente era droga apenas se percata de la presencia de los carabineros en el lugar en que se encontraba en la vía pública. Es decir, el hallazgo del arma y de la sustancia estupefaciente no es corolario de un control de identidad, sea que se estime que los policías se acercan al acusado con el objeto de llevar a cabo ese procedimiento -lo que después no se concreta ante el hallazgo del arma y de la droga que justifica su detención por delito flagrante-, o sea que se considere que ese control de identidad se realiza después -o incluso coetáneamente- del levantamiento e identificación de las especies que previamente había lanzado el acusado, dado que cuando se desprende de aquellos objetos el encartado, dicha actuación -el control de identidad- ni siquiera había principiado su ejecución, pues los policías aún no le pedían acreditar su identidad, ni siquiera le habían efectuado llamados, u ordenado que se detuviera o que se mantuviera en el lugar para proceder al control de identidad, ni tampoco de modo alguno le habían anunciado que sería sometido a control, nada más se dirigieron al lugar en que aquél se encontraba, instante en el cual el acusado, al darse cuenta de su proximidad, se despoja de los objetos cuya posesión sanciona la ley (en el mismo sentido SCS Rol N° 38.725-1 de 30 de octubre de 2017).

5° Que, por otra parte, como ya ha tenido oportunidad de aclarar esta Corte, en casos como el de autos, en que alguien se desprende voluntariamente en la vía pública de especies o contenedores que comúnmente no son objeto de un deliberado abandono -como una

mochila o los bolsos conocidos como “bananos”-, esas circunstancias imponen a Carabineros recoger esa especie o contenedor, no como parte de un procedimiento de control de identidad ni en virtud de las normas que tratan el recogimiento de especies en un delito flagrante, sino “en legítimo cumplimiento de sus labores preventivas que tienden a resguardar el orden y seguridad pública” (SSCS Rol N° 11.525-15 de 1 de octubre de 2015 y Rol N° 39.751-17 de 11 de noviembre de 2017). A mayor abundamiento, también ha expresado este Tribunal que, “al haber ‘abandonado’ la mochila en la vía pública el acusado ..., no podía esperar que dicho bolso, después de su abandono, siguiera constituyendo un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente” (SCS Rol N° 11.525-15 de 1 de octubre de 2015), por lo que malamente podría postularse que con la revisión del “banano” del que se desprendió el acusado, los policías violaron el derecho a la propiedad, privacidad o intimidad del imputado.

6° Que, sentado todo lo anterior, de postularse que no existían indicios para el control de identidad del acusado -procedimiento que según el recurso se habría intentado o llevado a cabo por los agentes-, de todas formas la supuesta ilicitud de dicha diligencia no afecta los antecedentes probatorios que fueron fundamentales para adquirir la convicción condenatoria de los sentenciadores sobre la existencia del hecho punible, esto es, el hallazgo del arma de fuego y de la droga arrojados por el acusado al suelo, ante la falta de nexos causales ya explicados, y sobre la autoría de quien realizó esa acción, pues esto último fue percibido directamente por los funcionarios policiales que declararon en el juicio. De esa manera, la supuesta ilicitud del control de identidad sólo impediría incorporar al juicio los antecedentes probatorios derivados del mismo -ninguna arma o droga se encontró del registro del acusado al darle alcance-, pero no obstaría para incorporar como prueba material el arma y la sustancia obtenidas antes de dicha actuación ni tampoco las declaraciones de los funcionarios policiales quienes, como cualquier testigo, podrían reconocer y sindicarse en la audiencia al acusado como aquel individuo a quien vieron arrojar al suelo el objeto metálico y el contenedor de la droga hallada, todo ello, antes de siquiera atisbarse el inicio de un control de identidad (en sentido similar, SCS Rol N° 38.725-1 de 30 de octubre de 2017).

7° Que, de conformidad al artículo 375 del Código Procesal Penal, no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, situación que se observa en el caso de marras, en el que, por las reflexiones antes desarrolladas, las infracciones que acusa el recurso no alcanzan a los antecedentes probatorios que sirvieron para fundar la decisión condenatoria impugnada, motivo por el que la causal principal del arbitrio deberá ser desestimada.”

SCS Rol N° 143.771, 24-02.2021:

Corte Suprema rechaza nulidad interpuesta por la defensa, la denuncia anónima efectuada por un taxista entregó antecedentes verosímiles y suficientes de la comisión de un delito para efectuar el control de identidad en los términos del artículo 85 del CPP. Acordado en contra de los Ministros Brito y Llanos, quienes señalaron que de la denuncia no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de un ilícito, estimando que lo comunicado por el denunciante anónimo es una conducta de la cual no puede desprenderse la comisión de un ilícito, por lo que al no haberse constatado un indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, de modo que la evidencia recogida en el procedimiento incoado resulta ser ilícita; discrepan también sobre que las actividades realizadas con posterioridad estén dentro de las competencias asignadas por ley.

SCS Rol N° 35.526-21, 25.10.2021

OCTAVO: Que, al sostenerse en el recurso que en el caso de marras no se observa algún indicio que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías a controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio la circunstancia que al percatarse el imputado de la presencia de los funcionarios policiales apuró el paso, bajó el rostro y lo tapó con la visera de su jockey, arrojando en su camino el objeto que llevaba debajo de una camioneta.

NOVENO: Que relacionando la acción cuestionada con las normas que le son aplicables, resulta simple inferir la legalidad del cometido de los funcionarios policiales, quienes observaron circunstancias que revestían seriedad y verosimilitud -dada la dinámica descrita- para inferir la probable comisión de una falta, simple delito o crimen, al apreciar la maniobra del acusado de apresurar su paso, tratar de ocultar su rostro, bajando la cara y tapándose con el jockey que tenía puesto, desprendiéndose en el camino de un objeto que portaba, secuencia fáctica que dota a la actuación de los agentes de elementos de hecho que imponen a la policía la obligación de proceder en consecuencia.

DÉCIMO: Que, así las cosas, en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba efectuar el control de identidad, por concurrir las circunstancias objetivas contempladas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que permiten descartar la

arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de determinados presupuestos para llevar a cabo el control de identidad.

Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación que descansa en el cuestionamiento de la legalidad del control de identidad inicialmente practicado, al resultar suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ponderados en su conjunto, al igual que las restantes diligencias, por lo que no se conculcaron derechos y garantías del imputado, toda vez que los funcionarios policiales se ciñeron a la normativa legal que los rige.

SCS Rol N° 37.058-2021, 29.11.2021

Antecedentes: Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido solo en cuanto se refiere a su causal subsidiaria basada en la errónea aplicación del derecho del artículo 9 inciso segundo, con relación al artículo 2 letra c), todo de la Ley 17.798, pero particularmente respecto de la primera norma con relación al artículo 1° del Código Penal, pues se condenó por el delito de porte ilegal de municiones previsto en la mencionada norma, sin subsumirse en el delito de porte ilegal de armas de fuego prohibida, en donde el Tribunal a quo calificó que existía un concurso real de delitos. Sin embargo, la Corte determina que en la presente causa existe un concurso aparente de leyes penales que se resuelve a la luz del principio de consunción, en virtud del cual el precepto penal más amplio o complejo, absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, procediendo aplicar solo aquella sanción correspondiente al porte ilegal de arma de fuego prohibida, en que el legislador ha tomado en cuenta la gravedad o el desvalor de otras conductas punibles que la acompañan ordinariamente, como antecedentes, medios o etapas de desarrollo, en específico, el porte de munición. En primer lugar, la Corte determina que se aprecia una sola conducta, o al menos una “unidad de acción” en términos jurídicos, siendo coincidente en este caso con “un hecho” en términos naturalísticos. Y, en segundo lugar, más allá de la existencia del tipo que sanciona aisladamente la tenencia y porte de municiones, se debe determinar si en el caso concreto dicho porte contiene un exceso de injusto que debe castigarse además con otra pena o, en otras palabras, se debe analizar no la tipicidad, pues desde luego que hay dos hechos típicos que aparecen como independientes, sino la antijuridicidad material. Por último, sien embargo, la Corte rechaza la causal principal deducida por infracción a la garantía de un procedimiento racional y justo por la detención practicada por Carabineros que se fundó en un control de identidad realizado fuera de los presupuestos que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal. De hecho, la Corte considera que las circunstancias analizadas en su conjunto en que se llevó a cabo el control de identidad, son de carácter

objetivo y, por lo demás, verificables, y permiten estimar que en la especie estamos en presencia de “algún indicio”, en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, que posee la fuerza y coherencia necesaria para facultar a los agentes policiales a efectuar dicho control de identidad.

“DÉCIMO: Que, en la especie, la defensa del acusado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales que participaron del procedimiento, estimando que éstos, al practicar un control de identidad sin que existiera indicio para ello *-por cuanto el cambio de actuar al percatarse de la presencia policial, tratar de ocultar su rostro con el polerón oscuro que lo subió y bajo el rostro, dando la espalda y echar la mochila hacia adelante, tratándolos de evadir, acelerando su desplazamiento e intentando huir, son conductas que no reúnen la envergadura necesaria para justificar el actuar policial al poder explicarse por diversas circunstancias-*, han restringido su libertad ambulatoria, obteniendo evidencia espuria que no puede servir de base para la dictación de una sentencia condenatoria.

UNDÉCIMO: Que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente, dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial (*Sentencias Corte Suprema Roles N° 21.413-14, de 22 de septiembre de 2014, y N° 2.222-19, de fecha 28 de febrero de 2019*).

En el mismo sentido, es preciso señalar que en la construcción de un indicio deben aquilatarse, en su conjunto, todas aquellas circunstancias que, conforme el procedimiento llevado a cabo, fueron constatadas por los agentes policiales.

DUODÉCIMO: Pues bien, del mérito de los antecedentes antes expuestos, se colige que los indicios que justificaron la decisión de los funcionarios policiales para llevar a cabo la diligencia cuestionada por la defensa *-conforme los hechos establecidos en la sentencia-* se producen cuando ellos realizaban un patrullaje preventivo en que ambos observaron la actitud del acusado al percatarse de su presencia en el lugar, trató primero de taparse el rostro para no ser identificado, con su polerón oscuro y bajando la cara, luego tomó su bolso y lo puso al frente, tapándolo con sus vestimentas y luego al ver que ellos se acercaban apuró el paso y trató de escabullirse pero fue interceptado.

Tales circunstancias, analizadas en su conjunto, en cuanto las mismas son de carácter objetivo y, por lo demás, verificables, permiten estimar que en la especie estamos en presencia de “algún indicio”, en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, que

posee la fuerza y coherencia necesaria para facultar a los agentes policiales a efectuar un control de identidad al impugnante, validando con ello su actuar, en cuanto constituye una información concreta acerca de la posible -presumible- realización de una conducta delictiva.

DÉCIMO TERCERO: Que en consecuencia, al proceder del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19 de la Constitución Política reconoce y garantiza al imputado, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que no queda sino rechazar la causal de nulidad invocada como principal en el recurso en análisis.

Por lo demás, y como la ha sostenido esta Corte, entre otros, en el pronunciamiento Rol N° 25.202-19, de 7 de octubre de 2019, más allá de expresar si se comparte o no la apreciación de los policías de que la situación de autos ameritaba controlar la identidad del imputado, lo relevante y capital aquí es que el fallo da por ciertas circunstancias que, objetivamente, de manera plausible y en conjunto, permitían construir un indicio de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de esa sospecha para llevar a cabo el control de identidad.

Asimismo, se debe tener presente que “el indicio” en el caso concreto, surge de la secuencia fáctica observada por los funcionarios de Carabineros, que los jueces consideraron como un todo y en forma contextual para arribar a la convicción de que se configuraron en la especie las circunstancias que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal y que habilitaban a los funcionarios policiales a actuar de la forma analizada.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que pese a lo concluido por el Tribunal, se aprecia, no obstante, una sola conducta, o al menos una “unidad de acción” en términos jurídicos, siendo coincidente en este caso con “un hecho” en términos naturalísticos, ya que el encartado portaba en la mochila una escopeta recortada y en el bolsillo del pantalón 2 cartuchos, por lo que desde este punto de vista, no es posible escindir el suceso en cuestión.

DÉCIMO OCTAVO: Que, ahora bien, para una adecuada interpretación del tipo penal a aplicar, no solo se debe atender al elemento antes referido, sino que también es necesario analizar la clase de delitos por los cuales se dictó la condena, en relación al bien jurídico

protegido por ellos.

Así, la doctrina entiende que estamos en presencia de delitos de peligro abstracto, esto es, aquellos en que la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. En otras palabras, lo que se sanciona es la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano.

Relevante también resulta que en el caso concreto la munición es del calibre del arma pesquisada, o sea, funcional a ella, que hayan sido portadas en el mismo acto y cómo no, el número de éstas.

DÉCIMO NOVENO: Que, por tanto, más allá de la existencia del tipo que sanciona aisladamente la tenencia y porte de municiones, se debe determinar si en el caso concreto dicho porte contiene un exceso de injusto que debe castigarse además con otra pena o en otras palabras, hemos de analizar no la tipicidad, pues desde luego que hay dos hechos típicos que aparecen como independientes, sino la antijuridicidad material. Se trata, en efecto, de figuras de peligro abstracto, pero la pregunta es ¿por qué es peligrosa la tenencia de armas sin municiones, o de municiones sin armas, si ni unas ni otras por sí solas resultan aptas para operar como su naturaleza pretende y por ende no son, en principio, peligrosas por sí solas?. La respuesta es que el peligro de cada una de estas categorías de elementos, por separado —armas y municiones— está dado precisamente porque cada cual necesita de la otra para tener utilidad, y por ende el tenedor del arma — para darle sentido a su tenencia— buscará tener municiones para poderla disparar, y el tenedor de municiones buscará tener un arma para que sea posible dispararlas. He ahí el peligro de cada una de estas categorías de tenencia: son peligrosas por sí mismas porque obligan a complementarse y por ende suponen esa complementación.

VIGÉSIMO: Que si lo anterior es así, el que efectivamente se complementen arma y municiones, no aumenta el peligro que el legislador prevé: esa antijuridicidad material ya está contemplada en los tipos por separado, o éstos carecerían de antijuridicidad y rebasarían el límite del ius puniendi estatal, consistente en la exigencia de que los tipos penales se refieran a conductas que afecten a bienes jurídico relevantes. La tenencia de un arma sin municiones, o de una munición sin arma, no puede afectar bien jurídico alguno, ni aún en grado de peligro, si no es porque se advierte su complementariedad. Si en el hecho se complementan, porque el acusado tiene en su poder armas con sus municiones propias, lo que hay es exactamente el peligro que el legislador consideró, y por ende no hay un

aumento de la antijuridicidad, sino la expresión de la única posible, para los tres casos: arma sin municiones, municiones sin arma o arma con sus respectivas municiones.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que entonces la defensa lleva la razón en su reproche a este respecto, particularmente cuando dice que en un caso tal la detentación de un arma suele acompañarse de municiones, que por su calibre resultan funcionales al arma, y por ende no pueden dar origen a un delito separado.

De esta forma, el presente concurso aparente de leyes penales se resuelve a la luz del principio de consunción, en virtud del cual el precepto penal más amplio o complejo, absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, procediendo aplicar solo aquella sanción correspondiente al porte ilegal de arma de fuego prohibida, en que el legislador ha tomado en cuenta la gravedad o el desvalor de otras conductas punibles que la acompañan ordinariamente, como antecedentes, medios o etapas de desarrollo, en específico, que un arma de fuego tenga o porte municiones, situación de normal ocurrencia.

La interpretación errada de los jueces de mayoría se refiere al artículo 9 inciso segundo, con relación al artículo 2 letra c), todo de la Ley 17.798, pero particularmente la primera norma con relación al artículo 1° del Código Penal, que define el delito, norma que lleva implícita la exigencia de antijuridicidad y por ende impide condenar por dos ilícitos respecto de hechos típicos constituidos por una acción que refleja una sola y misma antijuridicidad material, radicada aquí en la tenencia de las armas como elementos completos, esto es, las armas con sus proyectiles asociados”.

a) El control de identidad llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto

El objeto de esta diligencia es determinar la identidad de la persona que se encuentra en alguna de las hipótesis que señala la ley. Por tanto, como ha expresado la Corte, el control de identidad “llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto”³¹². Sin embargo, en otra sentencia, en que por decisión de mayoría se rechazó un recurso de nulidad de la defensa, la Corte cambió este criterio:

“Que no es posible pretender que el control de identidad tenga un término definitivo con

³¹² SCS Rol N° 3.570-2006, (considerando 6°).

la respuesta del Servicio de Registro Civil, si el controlado está a disposición del funcionario y dentro del plazo que aquél tiene para realizar algunas gestiones a su respecto. Sostener lo contrario llevaría a entender que esa diligencia tiene un orden consecutivo predeterminado e inamovible en cuyo mérito el funcionario debiera hacer registro de la persona, vestimenta y vehículo (o demás) antes de requerir los datos necesarios para su correcta identificación, so pena de caducar la posibilidad de requerir tales registros con posterioridad, lo que no resiste lógica alguna. A lo expresado es posible agregar que el mismo artículo 85 del Código Procesal Penal señala un término máximo que puede aplicarse al cumplimiento de las gestiones que faculta a la policía y que se refiere a todas ellas como “el conjunto de procedimientos” de donde se sigue que se trata de una unidad de actos guiados a un propósito determinado. Finalmente y de no menor entidad, es aun factible recordar que el control de identidad habilita no sólo para requerir la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, se estimare por los funcionarios intervinientes que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o de que se dispusiere a cometerlo, sino que también en los casos en que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”³¹³.

b) El control de identidad no procede respecto de una persona ya identificada

Si el fin primordial de este instrumento es identificar a quien se encuentra en alguna de las situaciones descritas en el inciso primero del artículo 85 Código Procesal Penal, resulta evidente que no puede utilizarse el control respecto de una persona que de antemano se encuentra identificada por los agentes policiales:

”Que, en tal contexto, y en lo pertinente a lo resuelto por los Jueces del Tribunal del Juicio Oral en la sentencia respecto de este tópico, en cuanto a que las diligencias realizadas por los órganos policiales consistentes en el allanamiento del automóvil del imputado, que se encontraba cerrado y en la vía pública, no se encontraba amparado por la disposición en análisis, y por ende en el contexto de un control de identidad, han procedido correctamente, pues a esas alturas del procedimiento ya se había individualizado con toda precisión la persona investigada, tanto es así que previamente se había solicitado y obtenido una orden de registro de su domicilio, diligencia que era llevada a efecto en esos momentos, por consiguiente su actuación en ese orden, lo fue fuera de los casos previstos

³¹³ SCS Rol N° 8.346-2013, (considerando 5°).

en dicha disposición, sin que su sola invocación a posteriori, como elemento de legitimación de actuaciones viciadas, pueda servir para justificarlas o sanearlas, y por consiguiente servir su resultado de elemento incriminatorio en contra de aquel cuyos derechos fueron violentados”³¹⁴.

Así también lo establece la Corte en fallo más reciente:

“De esta manera queda en evidencia que los agentes policiales conocían la identidad y características físicas de las personas que se desplazaban en el vehículo en que posteriormente fue encontrada la droga, puesto que primero averiguaron los datos personales de la acusada, investigaron sus movimientos y después de ello se informaron de la transacción que se preparaba, motivo por el que no era procedente efectuar un control de identidad. Adicionalmente, el prolongado tiempo de las pesquisas y la anticipación con que se conocieron las negociaciones que se iban a realizar permitían recabar las autorizaciones pertinentes, tanto del Ministerio Público como del tribunal.”³¹⁵

· **SCS Rol N° 39.754-2021, 01.12.2021**

Antecedentes: Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa, fundado en la causal del artículo 373 a) en relación con el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal. La Corte considera que, como fundamento de un control de identidad la circunstancia de haberse recibido una denuncia anónima y que de ello habría surgido el indicio sobre la presunta actividad delictiva, carece de relevancia al no establecer elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno. Finalmente, por no haberse constatado un indicio (de hecho los funcionarios nada vieron) ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional, de modo que la evidencia recogida en el procedimiento resulta ser ilícita, al haber sido obtenida al margen de la ley.

Duodécimo: Que, en consecuencia, por no haberse constatado un indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias,

³¹⁴ SCS Rol N° 3.570-2006, (considerando 7°).

³¹⁵ SCS Rol N° 4814-2015, (considerando 6°).

vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el ordenamiento jurídico, de modo que la evidencia recogida en el procedimiento incoado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida al margen de la ley.

c) El control de identidad no puede ser desnaturalizado y utilizado con el objeto de realizar actuaciones no previstas en el artículo 85 CPP

Al respecto ha dicho la Corte:

“Que en el caso concreto los testigos aseguran haber practicado un control de identidad al hechor, aun cuando ninguno de ellos reconoció haber requerido su cédula de identidad u otro documento idóneo, como tampoco, haberle concedido las facilidades necesarias para su hallazgo y exhibición. Por el contrario, los policías –que buscaban a un sujeto que había cometido un robo- de inmediato le pidieron que mostrara lo que llevaba al interior del morral que tenía a la espalda, sin que se hayan hecho constar por su parte, los indicios que permitieren estimar que ocultaba algo en aquél. Si bien lo expresado ya resulta un exceso en las facultades de que disponía la policía, en la forma que fueron ejecutadas sus acciones, encontrándose detenido el encartado para ser trasladado al fundo donde se cometió el injusto que ellos indagaban, procedieron a interrogarlo, sin encontrarse presente su abogado³¹⁶”.

d) Consentimiento del imputado para el registro: imposibilidad de oponerse

Así las Corte recientemente ha indicado:

“En el estudio de esta materia no debe preterirse que la autorización voluntaria para el registro del equipaje supone que su dueño o encargado, pudiendo negarse u oponerse a esa actuación, libremente accede a ella. En esa línea, no escapa a esta Corte que al indicarle los funcionarios policiales al imputado que, aun cuando éste no autorizara el registro, de todas formas se llevaría adelante por encontrarse facultados legalmente para ello, en definitiva expresaron al requerido que el no asentir a la diligencia no es óbice para su ejecución sino una mera formalidad sin efectos concretos y, en consecuencia, que no tiene una real opción de impedir la diligencia en cuestión, contexto en el cual no puede estimarse que se esté frente a una autorización, sino una mera resignación frente a lo que los policías

³¹⁶ SCS Rol N° 6.934-2009, (considerando 9°).

le plantean como inevitable”.³¹⁷

e) No se pueden realizar intromisiones corporales íntimas forzadas y al margen del estatuto previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal

El artículo 85 CPP no autoriza la realización de intromisiones corporales íntimas (registro vaginal) forzadas:

“El ámbito de la intimidad corporal, constitucional y legalmente protegido, se transgrede a consecuencia de intromisiones forzadas y al margen del estatuto previsto en los artículos 85 y 89 del Código Procesal Penal, pues constituyen una violación del pudor que afecta de manera innegable la dignidad de la persona. Tal afectación del ámbito de la intimidad solo es posible por decisión del propio afectado o de la autoridad judicial, que habrá de garantizar siempre que en su ejecución se respete la dignidad del imputado y que no constituya un trato degradante (...) Que si bien lo expresado ya resulta un exceso en las facultades de que disponía la policía, con motivo del traslado a la unidad la imputada fue sometida a un intenso registro corporal, que revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial como asimismo a las garantías y derechos que el artículo 19°, Nros 3°, 4° y 7° de la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció”³¹⁸.

f) La identificación debe realizarse en el lugar en que la persona se encontrare, para lo cual el funcionario policial debe otorgar facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos

Sobre este tópico, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

“(…) que el traslado a la unidad policial obedeció al entorno supuestamente conflictivo en que se realizaba la diligencia, según se desprende de los dichos de los policías, pero ninguno de ellos reconoció haber concedido las facilidades necesarias para obtener la identificación de la imputada”³¹⁹.

³¹⁷ SCS Rol N° 10.772-2015, (considerando 7° parte final).

³¹⁸ SCS Rol N° 2.346-2013, (considerandos 6° y 10°).

³¹⁹ SCS Rol N° 2.346-2013, (considerando 9°).

g) El control de identidad procede en casos fundados, en que, según las circunstancias, los policías estimaren que “existen indicios” de que la persona se encuentra en alguna de las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal

Los funcionarios deben solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, esto es, cuando según las circunstancias estimaren que existen indicios de que determinada persona ha cometido un crimen, simple delito o falta, intentado cometerlo o se dispusiere a cometerlo; o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de tales hechos. Por tanto, el control de identidad procede en un *caso fundado*, es decir, cuando, según las circunstancias, existen *indicios*³²⁰ de que determinada persona ha cometido un delito); intentado cometer un delito; o se dispusiere a cometer un delito. Así las cosas, la misma Corte Suprema los ha definido, estableciendo que

“Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma – pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control -, respecto de una persona “determinada”. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas – directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los

³²⁰ De la redacción de la norma (los policías estimaren que existen indicios) podría entenderse que los indicios están entregados a la mera representación subjetiva del agente policial, sin embargo ello no es así. En efecto, respecto de la actual redacción de la norma, modificada por la Ley N° 20.253, en la tramitación parlamentaria hubo claridad en dos cosas: Primero, que no es posible asimilar esta institución con la detención por sospecha. El estándar que se exige a la policía es fijo y claro. El control de identidad debe justificarse en la existencia de indicios. Segundo, ¿qué tipo de indicios? indicios objetivos, de modo que no basta la mera representación subjetiva del agente, lo que puede prestarse a prácticas abusivas o arbitrarias, como ocurría con la detención por sospecha.

Por tanto, deben darse hechos objetivos, verificables por un tercero (juez). Asimismo, debe tratarse de más de un indicio, la norma habla de “indicios”, más de un hecho que permita inferir racionalmente que el sujeto a quien se somete a control de identidad hubiere cometido, intentado cometer o se disponía cometer un delito. Por último, el indicio debe ser razonable, basado en hechos concretos u objetivos que permitan fundar razonablemente la inferencia que el afectado es autor de un hecho delictivo determinado, que intentaba cometerlo o se disponía cometerlo. En consecuencia, no es indicio la actitud o perfil del sujeto (forma de vestir o usar el pelo); tampoco la utilización de ciertos formulismos genéricos (fue controlado por su actitud sospechosa; por estar nervioso); y tampoco pueden ser aceptadas como indicios particulares máximas policiales como el “olfato policial” o “la experiencia policial” por muy buena que sea, porque estos formulismos o máximas pueden prestarse a prácticas abusivas o arbitrarias. Ver SSCS Rol N° 88862-2016, 27.12.2016, (considerando 6°); Rol N° 8167-2017, 26.04.2017, (considerando 6°); Rol N° 39.633-2017, 9.11.2017, (considerando 6°).

hechos que aquellos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad”.³²¹

La Corte ha señalado que se dan los indicios para un control de identidad si:

“el imputado viajaba como único pasajero de un vehículo de transporte particular de pasajeros de la minería; que fue levantado en la ruta por el conductor que quiso hacerle un favor al llevarlo en el bus, dado que su trabajo no era el transporte público de pasajeros; que abordó el bus en un lugar denominado caleta Huachán (o Huamán); que habría estado desaseado (él o sus ropas); que se habría puesto nervioso al ver al funcionario ingresar a la máquina, procurando agacharse”³²², o si “un llamado radial a la central CENCO que alertaba de la existencia de un delito de robo al interior de un bus del Transantiago y la constatación de que las vestimentas del sujeto denunciado eran coincidentes con las del individuo controlado”³²³.

Algo similar al caso anterior ocurre en el siguiente caso: “Que el conjunto de elementos descritos resulta más que suficientes para conformar un caso fundado con indicios suficientes para proceder al control del individuo y de las especies que llevaba consigo y de las que procuró desprenderse, sin perjuicio de las expresiones de reconocimiento que luego agregó a los policías cuando acepta que algo mal ha hecho. En este caso la denuncia

³²¹ SCS Rol N° 41.342-2017, 27.11.2017, (considerando 3º). Ver también: SCS Rol N° 62.131-16, 10.11.2016.

³²² SCS Rol N° 8.346-2013, (considerando 3º). Resulta interesante el voto de minoría de los Ministros Künsemüller y Brito: “quienes estuvieron por acoger el recurso deducido por la única causal invocada y en consecuencia, anular tanto la sentencia como el juicio oral realizado, ordenando la práctica de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado, por estimar que se ha incurrido en infracción al debido proceso por la incorporación y posterior valoración de prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales y de derechos legalmente asegurados. Al respecto, fueron de opinión que el artículo 85 del Código Procesal Penal autoriza a los funcionarios policiales a practicar control de identidad cuando concurren indicios objetivos, esto es, circunstancias que dan cuenta de la comisión de un hecho que revista caracteres de delito. Para que tales indicios puedan ser calificados como objetivos, es preciso que evidencien rastros, señales, manifestaciones concretas del hecho delictivo. En el caso sometido al conocimiento de esta Corte, las motivaciones afirmadas por el policía: nerviosismo del imputado, aspecto desaseado, lugar donde abordó el bus, no son indicios porque ninguno de ellos puede ser relacionado con el porte de la sustancia que se le encontró. Son fenómenos ambiguos y discriminatorios. Si bien en el caso la actuación policial conllevó el hallazgo de una importante cantidad de droga, lo cierto es que el resultado no califica la licitud de la operación ni la justifica, de modo que no es posible, en razón del provecho derivado de ése proceder indebido, desestimar la existencia de la violación de un derecho fundamental”. Ver también: SCS Rol N° 1056-2013; Rol N° 15.198-2013; Rol N° 23.399-2014 y Rol N° 29.534-2014.

³²³ SCS Rol N° 15.342-2013, (considerando 6º).

anónima es idónea para mover a las Policías a concurrir al lugar porque se suministran datos suficientes de un sujeto que, contrariamente a lo que afirma la defensa, sí se encuentra en una actitud sospechosa, refrendada en el caso concreto. No es natural que una persona deambule en un lugar que no corresponde a su domicilio, con dos bolsas de basura, sin que sea relevante la hora, porque la experiencia muestra que los delitos se cometen en horas que las personas salen de sus domicilios. Luego, el hecho de procurar alejarse de los funcionarios, encontrándose éstos plenamente identificados en su calidad, a lo que se suma que el detenido trató de despojarse de las bolsas que llamaron precisamente la atención del denunciante, son hechos que califican ciertamente como indicios de comisión de delito, lo que lo sitúa de lleno en las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal”³²⁴.

En la misma línea encontramos un fallo más reciente:

“Funcionarios policiales observan a dos sujetos – uno de ellos el acusado – a altas horas de la madrugada detrás de un local comercial transitorio ubicado en la vía pública, cerrado y tapado solo con telas, en medio de la celebración de una fiesta religiosa, individuos que al ver la presencia policial proceden a lanzar un objeto al suelo hacia atrás, además, de demostrar evidente nerviosismo, lo que justificó el actuar policial procediendo al control de identidad y al registro de vestimentas. Que en esas circunstancias el nerviosismo que aprecia el personal aprehensor carece de la relevancia que el recurso pretende atribuirle para desdibujar su carácter de indicio apto para la medida adoptada por el funcionario policial, cuando aquel no es más que un complemento del cúmulo de circunstancias que constituyen el indicio donde lo central es el lanzamiento de un objeto al suelo en forma evasiva de la presencia policial el que resultó ser tres billetes falsos en medio de una celebración con abundante comercio accesorio en hipótesis de clandestinidad, lo que se grafica en el hecho de ser sorprendidos en la parte posterior de un local comercial fuera de funcionamiento.

Cabe señalar que – como ya se dijo – siendo lícito el uso de la herramienta del artículo 85 del Código Procesal Penal, esto es, control de identidad, igualmente el personal policial se encontraba facultado sin necesidad de otro indicio para proceder al registro de vestimentas del controlado, lo que en todo caso no resulta exagerado o desmedido en función que se logró ubicar el objeto arrojado por el sujeto controlado que correspondía a tres billetes de cinco mil pesos con idéntico número de serie, lo que a todas luces hacía razonable estimar que se estaba ante un sujeto que podía haber participado o intentado participar en la

³²⁴ SCS Rol N° 1.056-2013, (considerando 4°). Ver también: SCS Rol N° 8.224-2012, (considerando 15°).

comisión de un delito utilizando precisamente dichos billetes en las operaciones o transacciones comerciales efectuadas masivamente en la festividad que se conmemoraba. Que, de esta manera, queda desprovista de apoyo jurídico la impugnación relativa a la falta de indicio en el control de identidad practicado al recurrente y su posterior registro donde se descubre entre sus vestimentas una importante cantidad de billetes de la misma naturaleza, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 y, consecuentemente, en el N° 7 letra b) de la misma disposición de la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales estrictamente a la normativa legal que los rige enfrentados al caso concreto en que corresponde su intervención.”³²⁵

Pero, por otro lado, el control de identidad no puede justificarse únicamente en una denuncia anónima:

“Que de los antecedentes proporcionados por los intervinientes se constató que el control de identidad practicado a la imputada no tuvo más justificación que una denuncia anónima, y que el traslado a la unidad policial obedeció al entorno supuestamente conflictivo en que se realizaba la diligencia, según se desprende de los dichos de los policías, pero ninguno de ellos reconoció haber concedido las facilidades necesarias para obtener la identificación de la imputada”.³²⁶

Así también, ha quedado asentado en un fallo posterior:

“Que conforme lo expresado, resulta que en la especie sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada y que, por cierto, no prestó declaración tampoco en el juicio y ni fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no se tenía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrían los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia, por lo que en realidad, siempre correspondió dar cumplimiento a la norma del artículo 83 del Código Procesal Penal, en orden a comunicar al fiscal la existencia de la

³²⁵ SCS Rol N° 39.671-17, 09.11.2017, (considerando 6° y 7°).

³²⁶ SCS Rol N° 2.346-2013, (considerando 9°). Ver también: SCS Rol N° 5841-2015; Rol N° 1056-2013; Rol N° 743-2015.

denuncia.”³²⁷

De la misma manera, la Corte agrega consideraciones importantes a este respecto:

“Que, a mayor abundamiento, el único indicio - la llamada telefónica anónima – que llevó a los policías a efectuar el control de identidad de la acusada, ni siquiera puede calificarse como uno de carácter objetivo que pueda ser posteriormente verificado durante el control judicial, como se buscó por el legislador según la historia de la ley ya latamente comentada. En efecto, tratándose en particular de denuncias anónimas, no puede estarse para tenerlas como un indicio objetivo que permita el control de identidad, a los meros dichos del policía que realiza el control y que alega su existencia -en la especie, pudo presentarse como testigo al policía que recibió la llamada, e incorporarse los registros computacionales y documentales que se menciona existir-, pues ello abre las puertas de par en par para la arbitrariedad policial, ya que ante la ausencia de indicios objetivos, los elementos subjetivos que en realidad pudieron haber llevado al policía al control, como marginalidad, excentricidad en el vestir, antecedentes policiales previos, etc., siempre podrán encubrirse, y justificarse, en un supuesto indicio objetivo constituido por la denuncia anónima, ya sea la entregada en forma telefónica o por un transeúnte o vecino que no quiso identificarse etc. y de lo cual no se dejó registro o no se aportó al tribunal para su examen bajo la excusa de un supuesto mero descuido de carácter formal sin mayor trascendencia.”³²⁸

En otro fallo posterior mantiene y reafirma este criterio:

“Que conforme lo expresado, resulta que en la especie sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada, no prestó declaración en el juicio, no fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones ni se demostró el registro de su denuncia, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no existía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia.”³²⁹

³²⁷ SCS Rol N° 1946-2015, (considerando 7°).

³²⁸ SCS Rol N° 14.275-2016, (considerando 11°). Ver también: SCS Rol N° 8149-2016; Rol N° 18.323-2016; Rol N° 40.022-2016; Rol N° 7571-2017.

³²⁹ SCS Rol N° 17.552-2016, (considerando 10°). Ver también: SCS Rol N° 45.022-2016, (considerando 11°).

Asimismo, en otro fallo se refuerza esta idea:

“Que en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad la circunstancia de haber apreciado el personal policial a un sujeto cuyas características físicas les fueron proporcionadas por un denunciante anónimo, el que, según el parecer del denunciante, merodeaba por los inmuebles del sector con intenciones de cometer un robo. De ello habrían surgido los indicios sobre la presunta actividad delictiva. Sin embargo, tal comportamiento, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno”.³³⁰ Y más cercano en el tiempo, podemos apreciar que la Corte Suprema mantiene el mismo criterio cuando indica que “Una llamada anónima que entrega antecedentes de personas reunidas en un lugar dista de constituir los indicios que, en número plural, exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para validar el proceder policial, al constituir un antecedente singular que debe ir acompañado - por texto expreso – de otros elementos de juicio, que han de ser apreciados directamente por el o los policías actuantes. Adicionalmente, no constituye en forma alguna un signo que permita sospechar la comisión de un delito - sea ya cometido o por cometer – así como tampoco la mera materialidad de la presencia del acusado en el lugar - único elemento indubitadamente probado – permite colegir la concurrencia de alguna de las restantes situaciones que el artículo 85 considera para permitir el control aludido. Los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada, que no prestó declaración en el juicio, que no fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones ni se demostró el registro de su denuncia, y de la cual habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de un delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, desde una visión objetiva del asunto permite concluir que no hay certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia.”³³¹

³³⁰ SCS Rol N° 100.702-2016, (considerando 11°).

³³¹ SCS Rol N° 7571-2017, 17.04.2017, (considerando 6° y 10°). Ver también: SCS Rol N° 36.630-2017, 13.09.2017, (considerando 6°): “(...) la circunstancia que exista un relato referido a que sujetos a bordo de un vehículo determinado comercializaban droga en un lugar en concreto constituye un antecedente suficiente para que la policía concurra al lugar en cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley. Sin embargo, tal comunicación sobre un supuesto hecho criminoso se agota en su propia formulación, de manera que al faltar su constatación mediante la apreciación directa por parte de los funcionarios o de un tercero ajeno a la diligencia de algún acto que confirme lo comunicado a la unidad policial – venta de droga por los ocupantes del móvil- no existe el indicio que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para validar su proceder.

Así también, debemos tener presente en la SCS Rol N° 41.342-2017 la Corte Suprema indica que “En primer término, el fallo considera como indicio *“la llamada anónima y su contenido”*, la que decía relación (...) con el consumo de alcohol y desórdenes (...). Sin perjuicio de lo plausible de los cuestionamientos del recurso a la existencia de dicha llamada anónima, dadas las inconsistencias y olvidos de los deponentes sobre quién de ellos habría recibido ese llamado, así como si se trataba de un hombre o una mujer y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de dicho comunicado, cabe más bien reparar en que, primero, en esa llamada no se indicaban las características físicas, vestimenta o cualquier otro rasgo o elemento que permita identificar a los denunciados por los policías, omisiones que debieron ser salvadas por los policías requiriéndolas del denunciante, pues de otra forma importaría aceptar – lo que no resulta posible – que esa llamada constituía un indicio de que, todo aquel que transitaba por, o estaba próximo al sector (...) en momentos posteriores a la llamada, estaba expuesto a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.”³³²

Por último, cabe destacar uno de los fallos más recientes en esta línea:

Séptimo: Que en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad la circunstancia de haber apreciado el personal policial a un sujeto que se encontraba al lado de una vivienda o ruca, cuyas características físicas y de vestimenta les fueron proporcionadas por un denunciante anónimo, el que, según su parecer se encontraba vendiendo droga frente a esa morada que se encontraba en la plaza del sector XXX de la Población XXX, en la comuna de XXX. De ello habría surgido el indicio sobre la presunta actividad delictiva. Sin embargo, tal comportamiento, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno.

En efecto, de acuerdo a lo asentado en el fallo, lo que motiva la presencia policial en el lugar de la detención es la ya citada denuncia anónima dando cuenta de la presencia de un sujeto

Lo anterior es así porque en las condiciones descritas, los agentes policiales poseen únicamente la denuncia antes referida que se confirma sólo en la parte de la presencia del vehículo descrito, lo que no constituye en forma alguna un signo que permita sospechar la comisión de un delito -sea ya cometido o por cometer- al dar cuenta únicamente de la mera materialidad de la presencia de los imputados en el lugar.”; Rol N° 38692-17.

³³² SCS Rol N° 41-342-2017, 27.11.2017, (considerando 3º). Ver también: SCS Rol N° 45.022-2017, 31.08.2017, (considerando 12º).

que estaría vendiendo drogas en una ubicación determinada, lo que no fue constatado por los policías al constituirse en el lugar, de manera que lo efectivamente observado por ellos -un sujeto en la vía pública- configura por esencia una conducta absolutamente neutra, no solo tolerada, sino que tutelada por el ordenamiento jurídico, desde que la libertad ambulatoria es un derecho de todo habitante de la República, susceptible de ser ejercido y protegido, por lo que esta circunstancia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad.

Octavo: Que, en relación a las denuncias anónimas, su existencia debe emanar de datos certeros que objetivamente respalden el hecho delictivo del que dan cuenta. En la especie, tales circunstancias no surgen del relato policial vertido en juicio, pues como se desprende del fallo, los funcionarios de Carabineros que participaron del procedimiento no presenciaron hechos de la naturaleza de los denunciados, salvo lo atinente a las características físicas y de vestuario del imputado y que se encontraba al lado de una especie de ruca que se encontraba en una plaza, lo que solo sirvió para su localización.³³³

Muy ligado con la denuncia anónima, tenemos el caso de una transeúnte que advierte a agentes policiales de que ha presenciado hace pocos instantes que desde un automóvil se le entrega un paquete enguinchado con cinta de embalaje a un sujeto, al cual describe físicamente; frente a ello, los agentes policiales salen en su busca, y lo encuentran muy cerca, procediendo a realizarle un control de identidad y registro de sus vestimentas, encontrando en su mochila un paquete tipo ladrillo del cual se había dado aviso. Frente a esta situación, la Corte Suprema ha indicado que no procede el recurso de nulidad, toda vez que

“(...) resulta simple inferir la legalidad del cometido de los funcionarios policiales. En efecto, si bien no se contó con la identificación de la denunciante, la narración circunstanciada del hecho, la descripción del paquete y su forma particular de sellado, unido a la designación precisa de quien sería uno de los partícipes del ilícito, quien además no contaba con documentos para acreditar su identificación, revistieron a dicha comunicación de seriedad y verosimilitud, lo cual ciertamente eran señales de una probable acción delictiva. Que como asienta el fallo, existió en el caso *sublite* una pluralidad de circunstancias fundadas que permitían estimar que el imputado podía disponerse o bien estaba cometiendo un delito, motivo por el que no se transgredió la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal ni garantía constitucional alguna, ya que la diligencia policial de excepción consistente

³³³ SCS Rol n°30582-2020, 25.5.2020. Ver también SCS Rol N° 132.329-2020, ver VEC Ministros Llanos y Brito.

en el control de identidad y el registro del bolso que portaba ha de tenerse, en dichas circunstancias, como racional y justa, fundada en condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales que razonablemente permitirían sostener la posibilidad de corresponderse con un hecho ilícito que les permitía proceder autónomamente.” (Considerando 7° y 8°)

Sin embargo, los ministros Sres. Juica y Dahm votaron en contra, y estuvieron por acoger el recurso de nulidad, otorgando los siguientes argumentos:

“Que el arbitrio entablado reclama la vulneración de garantías y derechos a consecuencia de un registro de especies del imputado que pretendió justificarse bajo la fórmula de un control de identidad, el que la defensa considera ilegal porque no se reunían las condiciones de procedencia que establece el artículo 85 del Código Procesal Penal.

En la especie, los funcionarios policiales efectuaron un control de identidad que no tuvo más justificación que los datos proporcionados por una denunciante cuya identidad permanece en el anonimato, de donde habría surgido el indicio sobre la presunta actividad constitutiva de delito, cual es la entrega de un paquete en la vía pública, comportamiento que, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos objetivos referidos a la comisión de algún delito, salvo la apreciación particular que una mujer dio a esa acción, sin ningún comportamiento anexo que justificara tal imputación, más si se considera que los funcionarios policiales tampoco lo advirtieron, quienes únicamente localizaron a un sujeto que concordaba con las características físicas y de vestimentas que les señalaron. De este modo, la circunstancia descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Por lo demás, si se ha pretendido validar el relato anónimo en que este surgió de una mujer que se desempeña como informante de la policía, su identidad debía estar registrada, lo cual no fue alegado ni demostrado por el Ministerio Público.

La circunstancia de haberse encontrado durante el registro improcedente un paquete contenedor de cannabis sativa no valida, ex post, el procedimiento, toda vez que al ordenamiento jurídico procesal le interesa el respeto irrestricto de las formas, como salvaguarda de la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales, así como manifestación del respeto irrestricto de la dignidad humana en la persecución penal de los delitos.

De esta manera, no es admisible validar el accionar policial por el hallazgo posterior de una

cantidad de estupefacientes en poder del acusado, toda vez que respecto de su existencia no existía indicio alguno, por lo que malamente su detección legitima el procedimiento adoptado. De ser así, habría que aceptar que en el evento que el registro del imputado o su bolso no arroje resultado, supondría o traería como consecuencia un control ilegal.

La actuación descrita por el fallo revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció.

Ese proceder ilegal de los funcionarios policiales, a juicio de los disidentes, afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona del imputado y que trajo como resultado el hallazgo de droga. Ello es corolario del efecto propio de la nulidad y transforma en ilícita la prueba así obtenida, que ya no pudo ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de haberse “producido” e “incorporado” de conformidad a la ley, cual, como ha quedado demostrado precedentemente no ha ocurrido en la especie.”³³⁴

No obstante todo lo mencionado respecto al anonimato, en el fallo Rol N° 144.301-2020 la Corte Suprema señala que el control de identidad se encuentra ajustado a derecho en el evento de que se verifique que las características del sujeto controlado se ajusta a las características otorgadas en la denuncia anónima.

Así, señala que “la actuación de carabineros fue para verificar una denuncia que si bien era anónima entregó datos concretos del sector donde estaba el vehículo, del color del mismo, del apodo de la persona que lo mantenía y de parte de su vestimenta y llegando al lugar constataron el encargo por robo y controlaron precisamente a la persona que reunía las características de vestimenta entregadas, actuando entonces en presencia de indicios de que esa persona había cometido un delito”³³⁵.

Por último, se ha indicado también que los indicios pueden venir dados:

³³⁴ SCS Rol N° 39.777-17, 22.11.2017.

³³⁵ SCS Rol N° 144.301-2021, 09.06.2021 (considerando 10°).

“por el contexto íntegro en que se produjo la detención, puesto que efectivamente los funcionarios realizaban un patrullaje preventivo en un sector en que conocidamente se comercializa mucha droga, según se dejó asentado en el fallo, lo que cumplían en horas de la noche en la vía pública. Luego, si bien es cierto, la presencia de unas personas en la calle por sí sola no habilitaba su fiscalización, sí lo permitió el hecho que – en las condiciones antes descritas – uno de los sujetos, al advertir la presencia policial, tratara de ocultar una bolsa de nylon en la pretina de su pantalón. Sobre esta conducta valga precisar que no sólo se trató de “guardar”, que es la expresión que satisface la exigencia del tipo penal por el que ha resultado sancionado el acusado, sino que los funcionarios vieron “ocultar” algo, esto es, “esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista”, lo que naturalmente resultó sospechoso y generó el indicio que permitió la fiscalización, porque lo que no resultaba natural era que el sujeto pretendiera esconder algo (no simplemente guardarlo) y en la pretina del pantalón en lugar de hacerlo en el bolsillo, sólo cuando vio que se aproximaba Carabineros”³³⁶. En esa línea argumentativa, la Corte recientemente ha indicado “que, no debe olvidarse que la existencia de indicios de que la persona sometida al control de identidad hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un delito, conforme prescribe el artículo 85 del Código Procesal Penal, debe ser el resultado de una “estimación” que debe realizar el propio policía “según las circunstancias”, debiendo ocuparse esta Corte únicamente de descartar una actuación arbitraria, antojadiza o sesgada de los agentes estatales en el desempeño de sus labores preventivas, defectos que no se observan en la especie al haberse obrado en base a las circunstancias ya comentadas que permitían establecer los indicios objetivos requeridos por la norma en estudio, circunstancias fácticas cuya existencia estableció el fallo y no fueron discutidas en el recurso mediante el correspondiente motivo absoluto de nulidad, por lo que no pueden desconocerse en esta sede.”³³⁷

Entonces, con ello podemos observar que la Corte Suprema establece una doctrina, al encontrarnos con que en un fallo reciente indica que:

“Al respecto, tratándose de una vía pública la aludida por el denunciante, en caso alguno puede aceptarse que el solo caminar por dicha arteria, constituya un indicio de que se está cometiendo o en disposición de cometer un crimen, simple delito o falta, pues ello importaría validar un sesgo por parte de los agentes del Estado que discriminaría

³³⁶ SCS Rol N° 15.198-2013, (considerando 5°). De manera muy similar, la Corte lo reafirma en SCS Rol N° 19.990-2016, (considerando 8°).

³³⁷ SCS Rol N° 41.779-2017, 18.12.2017, (considerando 5°).

arbitrariamente a quienes viven en ese sector o deben transitar por él, los que, como consecuencia de la actividad ilícita de terceros – contra quienes debe encaminarse la actividad preventiva policial – se verían restringidos injustificadamente en sus libertades y derechos, viéndose obligados a soportar diariamente una carga por parte de las policías a la que no están expuestos aquellos ciudadanos que viven o se desplazan por sectores de la misma ciudad que no presenta iguales índices de delitos, motivos que, por su carácter discriminatorio, no pueden en caso alguno fundar la actuación de agentes del Estado desde que ello vulneraría la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N°2 de nuestra Carta Fundamental.”³³⁸

Destaca que en la antigua redacción del artículo 85 del Código Procesal Penal, la pluralidad de indicios debía constarle al personal policial, así la Corte lo sostiene:

“Que en la situación descrita los funcionarios policiales han debido ponderar en el acto la situación y la conducta del individuo para establecer si concurre una pluralidad de circunstancias objetivas que habiliten la práctica de un control de identidad, siendo del caso destacar que la estimación que hagan no es vinculante para los juzgadores a la hora de resolver la legalidad o ilegalidad de la actuación policial”.³³⁹

Asimismo, no pueden tratarse de una simple apreciación subjetiva de los policías:

“En este contexto, lo advertido por los policías no es más que un actuar común que, objetivamente, no revela la actual o probable comisión de un ilícito. De esta manera, lo que ha operado es una apreciación subjetiva de los agentes policiales, quienes otorgaron una connotación delictiva a las actividades de dos individuos sin contar con antecedentes objetivos que sustenten tal entendimiento, lo que no constituye un indicio en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal que, por lo demás, exige una pluralidad de ellos, de forma tal que es posible concluir que los aprehensores incurrieron en una inobservancia de las condiciones requeridas por la norma prescrita para ejecutar un control de identidad sin orden de fiscal”.³⁴⁰ Así también en un fallo más reciente, la Corte Suprema indica: “La policía debe determinar la existencia de un indicio por medio de parámetros objetivos y verificables que permitan el control de identidad y las actuaciones que le son propias, no se trata de una mera subjetividad o intencionalidad que crea ver el policía, validando de esa

³³⁸ SCS Rol N° 41.342-2017, 27.11.2017, (considerando 4°).

³³⁹ SCS Rol 30.718-2016, (considerando 8°). En un sentido parecido, SCS Rol 68.838-2016, (considerando 12°), y SCS Rol 76.297-2016, (considerando 7°).

³⁴⁰ SCS Rol 34.826-2016, (considerando 6°). Ver también: SCS Rol 40.572-2016 (considerando 5°).

forma cualquier elemento como indicio (...).”³⁴¹

Debemos tener presente para estos efectos que, en el **fallo Rol N° 19.113-2017** la Corte Suprema ha indicado que si se reemplazó “indicios” por “indicio” – a propósito de la Ley 20.931-, quiere decir que el singular y único deberá poseer la necesaria vehemencia y fuerza que sustituye a la antigua pluralidad; ahora los indicios se pesan y no se cuentan, para determinar si se cumple el presupuesto legal de encontrarse ante un caso fundado.

Con esa interpretación la Corte Suprema entiende que compatibiliza el objetivo de la reforma legal, de eliminar trabas innecesarias a la oportuna y eficiente labor policial, con la adecuada protección de la libertad personal de los ciudadanos.

Sib embargo, en el **fallo Rol N° 138.196-2020** la Corte Suprema señaló que es legal la realización de un control de identidad en el caso en el que un funcionario policial, en virtud de su memoria y no de la realización de diligencias autónomas, realiza un control de identidad a una persona.

Así, señala que “de la sola lectura de los hechos que se dieron por establecidos soberanamente en la sentencia, aparece de manifiesto que el actuar de los aprehensores se ajustó a derecho, toda vez que éstos, en el marco de una orden de investigar emitida por el Ministerio Público el 29 de octubre de 2019 -en relación a los hechos ocurrido el 20 de octubre del mismo año-, revisaron el video grabado sobre tales hechos, recordando el agente S.U., dadas las características físicas del sujeto que aparecía en el video y las prendas de vestir que usaba en el momento de comisión del ilícito, que le había efectuado un control de identidad hace unos pocos días atrás –el 27 de octubre de 2019-, dándole cuenta de ello al policía A., para posteriormente buscar en el sistema al acusado, corroborando su apreciación.

De lo anteriormente expuesto se colige que las actuaciones efectuadas por los funcionarios policiales, en caso alguno pueden ser consideradas como atentatorias de las garantías fundamentales del acusado, toda vez que la individualización del mismo como autor del hecho ilícito investigado no tuvo su origen en la revisión de un registro anterior motivado por una investigación distinta –el que por lo demás tiene fines meramente administrativos y estadísticos-, sino que se debió única y exclusivamente a la memoria del

³⁴¹ SCS Rol N° 8167-2017, 26.04.2017, (considerando 6°). Ver también: SCS Rol 6067- 2018. 17.05.2018

agente S., quien al ver el video captado el 20 de octubre de 2019, asoció a la persona que aparecía en él, en base a sus características físicas y de vestimenta, con aquella a la que le practicó un control de identidad pocos días antes, lográndose, en base a tal ejercicio cognitivo, la determinación de su identidad.”³⁴²

Finalmente, el máximo tribunal asiente el criterio de que la denuncia de la comisión de un delito se trata de la mera comunicación a la policía de un eventual ilícito, que puede o no constituir un indicio:

“Que, revisado el marco jurídico del control de identidad y las circunstancias en que este se desarrolló, la conclusión a la cual llegaron los sentenciadores no resulta aceptable para este tribunal pues, por el contrario, no se presentaron las condiciones fijadas por la ley para llevar a cabo el procedimiento en estudio. En efecto, sobre el primer hecho invocado por el ente persecutor y establecido por los jueces de mayoría, esto es, la denuncia de la comisión de un delito de robo en el lugar, se trata de la mera comunicación a la policía de un eventual ilícito, que no puede constituir un indicio, pues no es un acontecimiento percibido directamente por los funcionarios y, por ende, no puede quedar sujeto a su evaluación, de acuerdo con las circunstancias del caso, por lo que no tiene la aptitud para sostener un caso fundado que amerite controlar la identidad de un individuo que se encuentra en las inmediaciones. Únicamente se trata de una noticia entregada al órgano policial, dando cuenta de un hecho delictivo –por lo demás, distinto del que motivó la detención- sin asociarlo a una persona concreta, ya sea individualizada con sus nombres, apellidos o apodos o descrita en sus vestimentas o características físicas, lo que deja en evidencia una vaguedad tal que le resta aptitud para ser estimada como un indicio. En segundo lugar, en torno a la sindicación de un vecino del barrio, resulta más evidente que esa circunstancia no cumple con las condiciones exigidas por la ley para erigirse como un indicio que sirva para justificar un control de identidad, pues se basa exclusivamente en la falta de pertenencia al lugar de parte de dos personas, antecedente que, por una parte, no es más que una afirmación carente, en ese momento, de elementos ciertos que le den verosimilitud, y por la otra, porque la ajenedad a una población determinada está lejos de ser siquiera una sospecha plausible de una intención delictual, dada la amplia gama de motivos que pueden llevar a cualquier individuo a transitar por un sector distinto de aquel en que se emplaza su residencia. Finalmente, en relación a la imputación que los sujetos estaban merodeando el sitio, surge en forma palmaria que dicho aserto no tiene

³⁴² SCS Rol N° 138.196-2020, 02.06.2021, (considerando 14°).

fundamento objetivo alguno, que no es más que una subjetiva atribución de propósitos que no puede, en modo alguno, constituirse en un indicio de la futura o reciente perpetración de un hecho ilícito”.³⁴³

En cuanto a la actitud del imputado, la Corte Suprema ha señalado que el mero nerviosismo del imputado al ser interrogado no constituye un indicio objetivo que permita fundar un control de identidad investigativo³⁴⁴. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha indicado que el mero ejercicio de comercio ambulante no constituye, en modo alguno, indicio que dé lugar a la procedencia del control investigativo de identidad³⁴⁵.

Respecto a la necesidad de obtener indicios fundados en relación a la comisión de un delito, en un fallo reciente la Corte Suprema indicó que no constituye indicio el trasladar bolsas de nylon de una camioneta a un camión con contenido diverso a la carga de este último. Por tanto, tal situación no corresponde ni a las hipótesis del artículo 85 CPP, así como tampoco a los supuestos de flagrancia que describe el artículo 130 CPP³⁴⁶. Así mismo, el intercambio de dinero por una bolsa transparente en la vía pública tampoco constituye indicio, por mucho que en ese lugar se suelen cometer ciertos delitos³⁴⁷

SCS Rol 139.996-2021, 14.12.2021

Antecedentes: Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. El control de identidad cuestionado se ajustó a derecho, ya que fue realizado basándose en el contexto de un cúmulo de indicios que se consideraron objetivos, consistentes en una denuncia anónima, identificando claramente a dos personas que tenían un arma de fuego en la vía pública, que, en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, mutó en una situación de flagrancia. En contra, (9) la Ministra Sra. Muñoz y del Ministro Sr. Llanos, quienes sostienen que se incurrió en una infracción a las garantías fundamentales, en particular, al debido proceso y a un procedimiento racional y justo, ya que no existían indicios objetivos que permitiesen la realización del control de identidad. Lo anterior porque, la prueba fue obtenida de manera ilícita, que el control de identidad no fue realizado sin el concurso de un indicio objetivo de que se estuviere cometiendo un delito.

³⁴³ SCS Rol N° 88.862-2016, (considerando 7°).

³⁴⁴ SCS Rol N° 309-2020, (considerando 5°); SCS Rol N° 33.326-20, considerando 12°).

³⁴⁵ SCS Rol N° 29.028-2019, (considerando 7°).

³⁴⁶ SCS Rol N° 14.769-2020, (considerandos 3°, 4° y 5°).

³⁴⁷ SCS Rol N° 24.700-20, (considerandos 4° a 7°). Ver también: SCS Rol N° 30.173-2021.

“**NOVENO:** Que, al respecto, tal como asienta el fallo, existió en el caso *sublite* un indicio de la comisión del delito en cuestión por parte de la acusada, motivo por el que no se transgredió la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal ni garantía constitucional alguna, ya que la diligencia policial de excepción consistente en el control de identidad y el registro de la cartera que portaba ha de tenerse, en dichas circunstancias, como racional y justa, fundada en condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales que razonablemente permitían sostener la posibilidad de corresponderse con un hecho ilícito que les autoriza a proceder autónomamente y que permiten descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de determinados presupuestos para llevar a cabo dicha diligencia policial.

En efecto, los indicios requeridos por el artículo 85 del Código Procesal Penal, no son prueba, ni tienen que referirse a un tipo penal concreto, por tratarse de elementos fácticos que justifican y profundizan de modo objetivo la sospecha, en términos tales que de manera natural y lógica conducen a inferir que pueda estarse cometiendo un ilícito (SCS Rol N°30525-21 de 9 de agosto de 2021).

Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación que descansa en el cuestionamiento de la legalidad de la diligencia practicada a la acusada, al resultar suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ponderados en su conjunto, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en los números 3° inciso sexto del artículo 19 de la Carta Fundamental por lo que el recurso impetrado será desestimado”.

SCS Rol 57.993-2022, 12.01.2022

Antecedentes: Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa. El control de identidad cuestionado no se ajustó a derecho, ya que fue realizado basándose en el contexto de un cúmulo de indicios que no se consideraron objetivos, consistentes en una denuncia anónima (12) , hecha por estudiantes que se encontraban cerca del lugar, identificando a dos personas al interior de un vehículo, indicando éstos que supuestamente se produciría una riña y que tenían un arma de fuego, que, en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, mutó en una situación de flagrancia. La Corte señala que, el actuar del personal policial infringe el deber de registro (14) de las actuaciones de investigación consagrado en los artículos 181 y 227 del CPP. Asimismo, señala que no existen elementos que habilitaran para efectuar un control de identidad dentro de las hipótesis (17) del artículo 85 del CPP. En contra, la Ministra Sra. Letelier y de la Abogada Integrante Sra. Tavolari, quienes sostienen que la información surgida de la denuncia

anónima, dada la dinámica descrita revestía seriedad y verosimilitud para configurar el indicio que permitía controlar la identidad de los encartados y el registro del móvil en cuyo interior se encontraban, generándose de tal modo la revelación de la flagrancia que legitimó el procedimiento policial.

“UNDÉCIMO: Que una vez sentado lo anterior, conviene tener presente que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicar éstos un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello *-toda vez que el indicio tenido en vista para su actuar, a saber una supuesta denuncia efectuada por personas que no fueron identificadas, no es tal-*, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicara que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

DUODÉCIMO: Que en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del automóvil en cuyo interior se encontraba, consistió en la denuncia efectuada por unos alumnos que se encontraban en las afueras de un colegio, quienes les habrían informado que los sujetos que estaban al interior de un automóvil estacionado frente a la escuela, participarían de una riña con un alumno de la misma, y que portaban armas de fuego.

Es decir, los funcionarios policiales actuaron considerando como indicio la existencia de una denuncia anónima que supuestamente habrían efectuado terceros no individualizados en la investigación.

DÉCIMO TERCERO: Que en relación a las denuncias anónimas, su existencia debe emanar de datos ciertos que objetivamente respalden el hecho delictivo del que dan cuenta. En la especie, tales circunstancias no surgen del relato policial vertido en juicio, pues como se desprende del fallo, los funcionarios de la Policía de Investigaciones que participaron del procedimiento no presenciaron hechos de la naturaleza de los denunciados *-la supuesta riña que se produciría entre los acusados y un alumno del colegio o el porte de armas por parte de los encartados-*, basándose única y exclusivamente en el relato indeterminado de “varios alumnos” quienes les habrían advertido respecto de tales circunstancias y que, además, habrían sindicado a ambos acusados como los sujetos que se disponían a ejecutar tales conductas.

En tal sentido, es preciso señalar que el único comportamiento de los acusados que fue

apreciado por los funcionarios de la Policía de Investigaciones, es haberlos visto mientras se encontraban al interior de un automóvil que estaba estacionado en la vía pública, conducta absolutamente neutra, no solo tolerada, sino que tutelada por el ordenamiento jurídico, desde que la libertad ambulatoria es un derecho de todo habitante de la República, susceptible de ser ejercido y protegido, por lo que esta circunstancia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad.

Dado lo expuesto, resulta relevante realzar que no existe en la carpeta investigativa registro alguno de la identidad de los alumnos que supuestamente habrían efectuado la denuncia anónima. Es más, no hay constancia de cuantos eran, de su sexo, edad o características físicas, datos que resultaban relevantes para poder corroborar los dichos expresados por los agentes policiales en el juicio, los que al carecer de antecedentes probatorios que los respalden, carecen de todo sustento.

DÉCIMO CUARTO: Que, por lo demás, el actuar de la policía en el caso de marras infringe el deber de registro de las actuaciones de investigación consagrado en los artículos 181 y 227 del Código Procesal Penal, preceptos que establecen que la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo, disponiendo expresamente que deberá identificarse a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Tales disposiciones necesariamente deben ser engarzadas con lo preceptuado en el artículo 174 del mismo cuerpo normativo *–relativo a la forma y contenido de la denuncia–*, norma que dispone que en el caso de la denuncia verbal se levantará un registro en presencia del denunciante.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por otra parte, de los hechos asentados tampoco se advierte ninguna de las restantes hipótesis que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no existen elementos distintos de aquellos que habrían apreciado los aprehensores, que habilitaran para efectuar un control de identidad, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos.

2.1.1 NO CONSTITUYEN INDICIOS DEL ARTÍCULO 85 CPP

a) Caminar en dirección contraria, huir o merodear

La Corte Suprema ha sido clara al exponer este punto, indicando que:

“Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia – amén de transitar por el sector referido – que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien se aludía en la denuncia. Ya se dijo que no se aportó por el denunciante ninguna característica física, de vestimenta u otro rasgo que contribuyera a la identificación del sindicado, pero tampoco los policías ven al acusado portar algún elemento u objeto que permitiera sospechar que realizaba o se disponía a realzar los actos referidos en la denuncia - consumo de alcohol o causar desórdenes – ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Lo único que se menciona por los funcionarios policiales es que el acusado, al verlos aproximarse, cambia el rumbo en que venía caminando - sin correr ni apurar la marcha, ni hacer maniobras para ocultar su rostro o cubrir algo que portase bajo sus vestimentas, u otra circunstancia análoga -, lo que, desde luego no resulta un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.”³⁴⁸³⁴⁹

En otro caso de la misma especie, la Corte Suprema indicó:

“Que en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad la circunstancia de apreciar el personal policía que la imputada caminó en una dirección contraria a la que ellos se encontraban, de donde habría surgido uno de los indicios sobre la presunta actividad constitutiva del delito de tráfico de estupefacientes, comportamiento que, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno.”³⁵⁰

En un fallo de diciembre de 2018³⁵¹, La Corte es aún más clara en este sentido, disponiendo:

“**Octavo:** Que, en cuanto a la supuesta huida del imputado, cabe señalar que en el motivo

³⁴⁸ SCS Rol N° 41.342-2017, (considerando 5°).

³⁴⁹ En el mismo sentido ver también: SCS Rol N° 6067-2018 (considerando 5°) Donde la Corte razona en el sentido de no considerar “indicio” la conducta de caminar para alejarse del lugar, al ver los sujetos acercarse a los funcionarios policiales; sumado esto a una denuncia anónima. En el mismo sentido, ver también: SCS Rol N° 7983-2018.

³⁵⁰ SCS Rol N° 45.022-2017, 31.08.2017, (considerando 11°).

³⁵¹ SCS Rol N° 23.305-2018, considerando octavo

9° del fallo impugnado, se consigna el dicho del policía Medina Oporto quien afirma que el acusado G.D se dio a la fuga “caminando”, conducta ésta opuesta a la de huir o fugarse.”

Queda claro, entonces, que la Corte estima que el acto “caminar”, es diametralmente opuesto al acto “fugarse” o “huir”. Siendo estas conductas absolutamente incompatibles en opinión de los sentenciadores. Sin embargo, tal doctrina varió en sentencia ROL N°29.600 de febrero del año 2020. En ella la Corte señaló:

“UNDÉCIMO: Que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales antes individualizados, toda vez que el sólo hecho de huir el imputado de un lugar –circunstancia que por lo demás se encuentra controvertida en autos, desprovisto de otros elementos, es una expresión del legítimo ejercicio de encontrarse en un lugar y trasladarse a otro, lo que en ningún caso constituye un indicio que conduzca de forma objetiva e inequívoca a la comisión de un crimen, simple delito o falta en específico, por lo que los agentes policiales, al practicar un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello, actuaron fuera del marco de la legalidad, por cuanto procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicara que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

Pues bien, de la sola lectura de los hechos que se dieron por establecidos soberanamente en la sentencia aparece de manifiesto que el actuar de los funcionarios policiales se ajustó a derecho, toda vez que conforme se determinó en autos, éstos fiscalizaron un vehículo que circulaba sin su placa patente trasera, momento en el que el acusado –quien estaba sentado en el asiento del copiloto-, bajó abruptamente del móvil y huyó del lugar sin tener motivo plausible para ello, constituyendo tales antecedentes un indicio que resultaba más que suficiente – grave, de entidad- para proceder a controlar su identidad, máxime si tal actuación policial tiene como antecedente la realización de una fiscalización vehicular amparada por las normas del tránsito, descartándose con ello que tal indicio haya sido vago o impreciso, encontrándose habilitados los agentes policiales para practicar el control de identidad, por así disponerlo expresamente el artículo 85 del Código Procesal Penal, desestimándose, en consecuencia, la ilegalidad denunciada por la recurrente.”

En la misma sentencia, los Ministros Sres. Künsemüller y Llanos, estuvieron por acoger el recurso, puesto que:

“1.- Que, en su parecer, la circunstancia de haber huido el recurrente del lugar en el que se efectuaba el control vehicular del móvil en que se transportaba no se encuentra

suficientemente acreditada, como para dar origen a una convicción más allá de toda duda razonable, por cuanto los dichos de los funcionarios policiales en tal sentido se encuentran rebatidos por el atestado del conductor del vehículo fiscalizado, quien respecto de la conducta mantenida por el acusado expresamente sostuvo que “J.M. nunca tuvo una actitud extraña; tampoco se trató de escapar”.

Así las cosas, siendo esa supuesta fuga el indicio determinante de la actuación policial y no habiéndose establecido de manera fehaciente que el encartado haya huido del lugar, la actuación policial consistente en la práctica de un control de identidad sin que existiera indicio para ello, es ilegal y vulnera abiertamente la garantía del debido proceso.

2.- Que, por lo demás, y aun cuando se hubiese acreditado la huida del lugar de control vehicular por parte del encartado al ver la presencia de carabineros, tal circunstancia - desprovista de otros elementos-, como lo ha sostenido esta Corte, entre otros, en el pronunciamiento Rol N° 6067-2018, de 17 de mayo de 2018, puede deberse a múltiples motivaciones legítimas e inocuas y no necesariamente a la comisión de un ilícito penal, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.”

En relación a la conducta de “huír”, en un fallo de Marzo de 2021 la Corte Suprema acogió la nulidad deducida por la defensa en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal que condenó al imputado por porte ilegal de cartuchos. Sostiene la Corte que en el contexto del control identidad no constituye un indicio suficiente que los funcionarios policiales hayan observado a un sujeto que en altas horas de la madrugada, huía guardando un objeto en su bolsillo, sino una mera sospecha

“Que, en la especie aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron a efectuar el control de identidad que culminó con la detención del imputado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado que el sujeto, a las 01: 15 horas aproximadamente se alejaba del lugar, ocultando algo que no pudieron determinar que era entre sus vestimentas. Estas circunstancias de hecho no constituyen, en modo alguno, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta. Si a los policías les pareció sospechosa la conducta de huir del lugar frente a la presencia policial, no justificaba su actuación subsiguiente, ya que no pudieron observar claramente que objeto portaba, por lo que su existencia no forma parte del indicio, y la ley no se conforma con una sospecha, sino que exige un indicio o

*presunción, la cual debe reunir los caracteres anteriormente recordados”.*³⁵²

En enero de 2020, en Sentencia ROL N° 29547-19, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse esta vez sobre la conducta de “merodear”. Al respecto, la Corte estimó que tal expresión, no permite, objetivamente, vincular al sujeto con la próxima comisión de un delito, sino que es una interpretación subjetiva a partir de una conducta neutral. Señaló:

“Séptimo: Que, en este contexto, de acuerdo con el relato de los funcionarios aprehensores Muñoz Molina y Parra Yáñez, el elemento determinante para decidir la fiscalización al acusado fue, que él mismo, se encontraba “merodeando” el lugar en bicicleta y mirando hacia el interior de los vehículos, luego de lo cual, al ser inquirido por los agentes policiales, se dio a la fuga, fue detenido y en ese momento se desprendió de la mochila que portaba. Desde luego, la mera afirmación de encontrarse “merodeando” no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado intentaba o se disponía a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación —subjetiva desde luego— de lo observado por los funcionarios aprehensores, quienes no expresan ni explican el sentido de la expresión “merodear” por el mero hecho de desplazarse en bicicleta por el sector observando los vehículos, acto que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un delito, explicación que debió ser dotada de un contenido objetivable por parte de los policías, a fin de evitar incurrir en una reacción estatal que injustificada e innecesariamente afecte la libertad personal de la persona sometida a control, todo ello, teniendo presente que no se trataba de un delito flagrante que demandara una intervención inmediata de los agentes.

De otro modo, se daría cabida como motivo para este control a los meros prejuicios y suposiciones de los funcionarios policiales, quienes podrían restringir la libertad de terceros, simplemente por la desconfianza o sospecha que les genera la presencia de una persona que transita por la vía pública durante la madrugada, su excéntrico o mal vestir, o cualquier otro motivo que pueda calificarse como un mero prejuicio y, por ende, discriminatorio, motivos que no pueden en caso alguno fundar la actuación de agentes del Estado desde que ello vulneraría la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19, N° 2 de nuestra Carta Fundamental.”

En un fallo de abril de 2021, la Corte Suprema rechazó recurso de nulidad deducido por defensa, el cual aduce infracción de garantías fundamentales al efectuarse un registro de

³⁵² SCS 02.03.2021, Rol N° 135.633-2020

vestimenta al imputado por parte de funcionarios policiales en virtud del control de identidad del artículo 85 del CPP, debido a que el cambiar de dirección al caminar no constituye indicio objetivo previsto por la ley. La Corte sostiene que, independiente del cambio de dirección al caminar, los funcionarios están autorizados para efectuar el control de identidad del artículo 12 de la Ley 20.931. Se estableció que en dichas circunstancias uno de los funcionarios avistó en el pantalón del imputado un arma de fuego, cuestión que habilita para mutar al control de identidad investigativo por presentarse un indicio objetivo, por tanto, permitiendo el registro y posterior detención del sujeto, al constituir una situación de flagrancia por el delito de porte ilegal de armas, no existiendo infracción de garantías alguna. En contra Ministros Brito y Llanos, consideraron que las circunstancias que motivaron el control en modo alguno pudieron ser idóneas para revelar el porte del arma de fuego, pues se trató de un hecho que logró ser percibido solo a resultas de un control injustificado.³⁵³

b) La mera verificación de las características de un imputado dadas en una denuncia no constituyen por sí solas un indicio

Este es el argumento que podemos encontrar en jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha indicado, por ejemplo:

“Así entonces, cuando se da noticia por un tercero a los policías que un transeúnte porta un arma en la vía pública, y se describe a dicho transeúnte, esto último -la descripción- sólo corresponde al medio indispensable para conectar o atribuir el indicio original -la imputación por un denunciante anónimo del porte del arma en la vía pública- a una persona determinada, pues sin dicha información sobre las características del denunciado, en definitiva el control de identidad no podría concretarse en persona alguna. Nada más repárese que las características físicas y de vestimenta del imputado, aisladamente examinadas, en caso alguno podrían haber constituido un indicio de la comisión de algún delito, y sólo adquieren relevancia porque permiten enlazar la conducta denunciada a una persona precisa entre todas aquellas que transitaban por el sector referido en la denuncia”.³⁵⁴

También encontramos este argumento en otro caso, donde Carabineros de Chile recibe

³⁵³ SCS Rol N°14.313-2021

³⁵⁴ SCS Rol N° 62.131-2016, (considerando 5°).

una llamada anónima indicando

“[...] que una persona viajaría a la comuna de Laja desde Santiago, apodado el Guardi, de nombre Eduardo Echeverría, de 25 años aproximadamente y que traería una cantidad indeterminada de droga, entregando características de su vestimenta y físicas [...]”, en virtud de lo cual, personal del OS7 de Carabineros se presenta en el lugar, se acercan al recurrente – que cumpliría con los elementos indicados – pero éste trata de huir, de manera que lo retienen y proceden a realizarle un control de identidad, encontrando droga en su mochila y \$7.000.”

Frente a estos hechos, la Corte Suprema ha indicado que no resulta aceptable considerar que tal escenario propiciaba el requerimiento de identificación del sentenciado:

“En efecto, uno de los pretendidos indicios consiste en una denuncia que carece de caracteres que permitan asegurar su seriedad y verosimilitud, por cuanto no sólo se trata de una “fuente cerrada” de la cual no se entrega antecedente alguno por los policías, sino que además no está debidamente registrada, y con ello, resulta imposible para la defensa desvirtuar ese antecedente investigativo, y al tribunal le impide controlar su legalidad, motivos por los cuales es un antecedente que no tiene validez como elemento que permita inferir que los policías se encuentran ante un caso fundado que habilite la actuación en examen.

Por otro lado, y aún de estimarse que una denuncia de las características anotadas tiene el carácter de indicio en los términos ya referidos, la constatación de una persona que cumple con las características obtenidas, en el lugar en que presuntivamente se encontraría de acuerdo con dicha denuncia, es la mera comprobación de la información obtenida por la policía, formando parte, en definitiva, de un único elemento indiciario, consistente en una comunicación de la probable comisión de un delito que está dotada de verosimilitud.

Finalmente, sobre la huida del sujeto al percatarse que se acercaban los policías, se trata de una conducta cuyos móviles son desconocidos, a resultas que no existía, al momento de practicar la actuación autónoma, ningún antecedente objetivo que permitiese vincular a esa persona con un hecho de carácter ilícito, deviniendo en una mera estimación subjetiva de los policías, que al no estar basada en antecedentes objetivos, no tiene el carácter de indicio. Adicionalmente, es relevante también tener en cuenta que no se observó transacción alguna de droga, a pesar de la vigilancia realizada, y que de haber sido detectada, les habría permitido obrar en forma autónoma por flagrancia.

En este contexto, lo cierto es que no se presentan las exigencias del artículo 85 del Código Procesal Penal para practicar un control de identidad, esto es, estar frente a un caso fundado, en que, según las circunstancias, existe una pluralidad de indicios de que una

persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. Es del caso recordar que, conforme se ha señalado reiteradamente por esta Corte, el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento, de forma tal que, producto de que los aprehensores incurrieron en una inobservancia de las condiciones requeridas por la norma prescrita para ejecutar un control de identidad sin orden de fiscal, tal actuación ha transgredido el derecho a un procedimiento previo legalmente tramitado y, por ello, carece de valor, al igual que toda la evidencia obtenida como consecuencia de la misma al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley, de modo que no ha podido ser utilizada como fundamento de una decisión de condena.”³⁵⁵

En un fallo reciente la Corte reforzando el criterio anterior, ha estimado que:

”En este contexto ha de precisarse que el único hecho cierto que motiva el control de identidad efectuado por la policía es que dos personas se encuentran vestidas con ropas oscuras lo hacen estando en las proximidades de vehículos, hecho que no tiene la entidad de constituirse en un indicio que faculte a la policía a proceder como lo hizo, pues el apreciar a un sujeto vestido de oscuro en un lugar determinado carece de toda relevancia y no permite, sin otro elemento calificante –como serían elementos precisos referidos a la comisión de algún delito- proceder a efectuar la detención y registro de aquella persona”³⁵⁶.

En este mismo sentido la Corte en el fallo Rol N° 15.302-2018 estableció que:

”[A]tendido que la denunciante no fue individualizada y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de la misma, cabe más bien reparar que, primero, en esa alerta no se indican, además del tipo de corte de pelo de uno de los individuos y sus vestimentas, ninguna otra característica del mismo, tal como, su edad, contextura, color del pelo u otros elementos que permitan identificar a los denunciados por los policías, omisiones que debieron ser salvadas por los funcionarios al constituirse en las inmediaciones del lugar señalado..., pues de otra forma importaría aceptar -lo que no resulta posible- que esa denuncia constituía un

³⁵⁵ SCS Rol N° 40.572-2016, 16.08.2016, (considerando 7°).

³⁵⁶ SCS Rol N° 7345-2018, 28.05.2018. (considerando 5°). Ver también: SCS Rol N° 6067-2018. Véase también: SCS Rol N° 30.185-20, (considerandos 6º, 7º y 8º).

indicio de que, todo aquél que usara el pelo como melena y que transitaba por, o estaba próximo a la intersección de calles ...vistiendo de gris con azul o pantalón de buzo de Colo-Colo, en momentos posteriores a la denuncia, estaba expuesto a ser sometido a un control de identidad, con la consiguiente restricción a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.”³⁵⁷

En jurisprudencia más reciente, la Corte Suprema ha reiterado el criterio que la mera coincidencia de la vestimenta del imputado con aquellas señaladas por medio de denuncia anónima, no constituye indicio suficiente para fundar la aplicación del control de identidad que comprende el artículo 85 CPP³⁵⁸.

Tampoco satisface el estándar requerido el hecho que coincida la realización de una conducta neutra, como lo es el esperar el transporte público³⁵⁹.

c) Escondarse u ocultarse

El imputado fue condenado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado por el T.O.P. de La Serena, basándose en las pruebas derivadas de un control de identidad y registro del sujeto, donde se pudieron encontrar (en su mochila) los objetos robados del lugar indicado.

Las circunstancias que motivaron el control de identidad fueron: que siendo las tres de la madrugada, estando en un sector residencial y atendiendo al estado de alerta de sujeto, dos policías se acercan a él, el que notando la presencia de estos apura su paso y trata de ocultarse detrás de unos matorrales, además se hace referencia al ropaje oscuro del sujeto.

A esto la Corte Suprema recalca lo dicho anteriormente en causa rol N° 18.323-16, y establece que:

“[L]as circunstancias alegadas no conforman un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues conductas como las del acusado pueden obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede

³⁵⁷ SCS Rol N° 15.302-2018, Considerando 5°.

³⁵⁸ SCS Rol N° 62.885-2020, (considerandos 5° a 7°).

³⁵⁹ SCS Rol N° 1.186-2019, (considerandos 11°, 12° y 15°); SCS Rol N° 30.582-20, (considerandos 7° y 8°); SCS Rol N° 33.232-20 (considerandos 6° a 8°).

servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.” De esta manera declara ilícito el control de identidad y toda la prueba derivada de él, incluyendo la declaración que el imputado señala su participación e indica el lugar de donde sustrajo las especies.³⁶⁰

d) Ni el control vehicular ni faltas a la ley de tránsito

En este sentido, la Corte Suprema lo ordena, sin perjuicio de confirmar la sentencia condenatoria:

“Se confirma la sentencia apelada de dieciséis de febrero de dos mil quince, escrita de fojas 19 a 20. Sin perjuicio de lo anterior, en lo sucesivo, Carabineros de Chile dentro del procedimiento de fiscalización que realice a los automovilistas por infracción a las reglas de tránsito no podrá, además, efectuar un control de identidad – como ocurrió en los hechos en el presente proceso – a menos que, de las circunstancias fácticas, se advierta la posible comisión de un ilícito.”³⁶¹

En otro Fallo, la Corte Suprema mantiene el mismo criterio acogiendo el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública: los hechos del caso consisten en que el condenado J.L.P.P. iba manejando por la vía pública cuando se encuentra con funcionarios de Carabineros, momento en el que realiza una maniobra brusca estacionándose al costado de una calle, desciende rápidamente del vehículo y se aleja de la patrulla. Frente a estos hechos, los agentes policiales deciden proceder a realizarle un control de identidad, encontrando en el interior de la camioneta un contenedor plástico con 44 gramos de cannabis sativa y \$163.000. Así las cosas, se le condena en calidad de autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado.

La Corte lo que indica en este caso es que:

“desde luego que en el caso sub judice se presentaba un antecedente, que el conductor se encontraba circulando en su vehículo cometiendo una infracción vehicular, lo que justificaba verificarlo o descartarlo conforme a las facultades que a carabineros entrega la

³⁶⁰ SCS Rol N° 7.513-2018

³⁶¹ SCS Rol N° 3.194-2015.

Ley del Tránsito para, en el primer caso, realizar el respectivo procedimiento previsto en dicho texto, pero ese comportamiento, por el contrario, no constituye un indicio objetivo de que, además de la infracción después constatada – conducción sin licencia –, se haya cometido, intentado cometer o se dispusiera a cometer algún crimen, simple delito o falta diverso a la infracción a la ley del tránsito, a menos que vaya acompañado de otros elementos que en la especie no se presentan, puesto que el imputado P.P., si bien realiza una maniobra intempestiva, rauda y resuelta – como la describe el fallo – para detener y abandonar el vehículo, ello no es necesariamente la conducta habitual de quien busca eludir un control vehicular, toda vez que éstos generalmente se emplazan en sectores o intersecciones en que no pueden ser advertidos desde la distancia por los automovilistas. Que, entonces, la suposición de los policías de que con el intento de evadir el control vehicular el acusado no sólo pretendía librarse de la infracción después de comprobada, sino que además buscaba zafarse del descubrimiento de un delito – intentado o realizado – que se develaría con el registro del vehículo, resulta carente de sustento objetivo que permita descartar un exceso arbitrario y antojadizo de la autoridad policial en el ejercicio de sus facultades legales y que, por consiguiente, incumple los extremos previstos a la época por el artículo 85 del Código Procesal Penal para llevar adelante un control de identidad y consiguiente registro del vehículo en que se desplazaba.³⁶²

Respecto a las faltas a la Ley de tránsito, la Corte estimó, en reciente fallo de mayo de 2020, que estas no habilitan a funcionarios policiales a realizar controles de identidad. En este sentido, ROL N°30185-20:

“6°) Que, tal conducta únicamente es constitutiva de una contravención no penal descrita y sancionada en la Ley N° 18.290, de Tránsito, por lo que, teniendo en cuenta que el control de identidad constituye una facultad autónoma de investigación de las policías, lo cierto es que en el ejercicio hermenéutico del sentido de la expresión "falta" contenida en el artículo 85 del Código Procesal Penal, aparece con toda evidencia que, al afectar garantías constitucionales sin previa autorización judicial, sólo se justifica en la medida que se relacione con hechos de naturaleza penal, ello, por una parte, dado que es éste el contexto normativo dentro del cual la ley otorga esta facultad a las policías y, por la otra, porque sólo las infracciones al ordenamiento jurídico que estén revestidas de una mayor gravedad, lesionadora de bienes jurídicos esenciales de proteger para la convivencia social, pueden justificar la afectación de los derechos constitucionales de los ciudadanos de una

³⁶² SCS Rol N° 40.045-2017 (considerando 6° y 7°).

envergadura como la que supone el control de identidad, que en concreto implica, al menos, una intromisión a la libertad ambulatoria y al derecho a la intimidad.

7°) Que, en esas condiciones, la sospecha del vínculo concreto y ostensible de un individuo con la comisión de una falta que no es de naturaleza penal no puede erigirse como un indicio tan poderoso que sirva de base a la práctica de un control de identidad, que implica, por su naturaleza, una invasión en la esfera de libertad ajena, por lo que la actuación llevada a cabo en este caso por los funcionarios policiales lo fue con infracción de garantías fundamentales.

8°) Que, en tales circunstancias, el registro de vestimentas del denunciado, como autor de una mera infracción en la Ley de Tránsito, carente de relevancia para el ius puniendi estatal, aparece desprovisto de todo fundamento legal, desde que el hecho inicial –caminar por la calzada, obstruyendo la libre circulación- no debió desencadenar el procedimiento tachado de invalidez jurídica y, por tanto, estaba imposibilitado de precipitar consecuencias procesales negativas para los derechos del reclamante, que se vieron menoscabados de modo ilegal.”

La Corte Suprema reafirma su postura en torno a considerar que, la percepción de un olor a marihuana por parte de funcionarios policiales, como un elemento subjetivo que no cuenta con el peso exigido por el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar un control de identidad y posterior registro, esta vez en el contexto de un control vehicular selectivo. En tal sentido nuestro máximo tribunal dispuso:

SCS rol N° 2222-2019, 28.02.2019

“OCTAVO: Que, en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del vehículo en el cual se desplazaba, consistió en la percepción de un “olor a marihuana” por parte de uno de los funcionarios policiales. Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado y su acompañante intentaban o se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito”

SCS Rol N° 1502-2019 de 28.02.2019

El máximo Tribunal señala que el indicio esgrimido por funcionarios policiales para

efectuar el control de identidad que mutó en un registro y detención—haber encontrado una lata de cerveza abierta en el vehículo donde se hallaba el imputado- no es de la entidad suficiente para facultar dichas actuaciones. En tal sentido, la Corte dispuso:

“DÉCIMO: Que conforme lo antes expresado, resulta que en la especie sólo de la circunstancia de haber divisado los funcionarios policiales la existencia de una lata de cerveza abierta al interior del vehículo en el que se encontraba el acusado, sin haber constatado que éste hubiera bebido de la misma, emanó el supuesto indicio sobre la presunta actividad constitutiva de una falta por su parte, comportamiento que – precisamente desde una perspectiva ex ante- carece de la relevancia asignada, toda vez que tratándose de una conducta absolutamente neutra, no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de algún delito, por lo que ésta sola circunstancia descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad.”

e) Estado de ebriedad

La Corte Suprema acoge recurso nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que la sentencia condenatoria por tráfico ilícito de estupefacientes fue dictada en conformidad a pruebas derivadas de un control de identidad en infracción de garantías constitucionales referidas al debido proceso. Las circunstancias fácticas que motivan la declaración de la Corte fueron las siguientes: Cerca de las 4:20 de la madrugada funcionarios policiales reciben una llamada indicando que cierta residencia había música a alto volumen, a lo que concurren al lugar mencionado, encontrando a una persona apoyada en el portón de ingreso, en estado de ebriedad. Carabineros procede a realizarle un control de identidad, registrando también su vestimenta y mochila, donde portaba cerca de 50 gramos de marihuana.

En criterio de la Corte:

“[U]na vez constatado el estado en que se encontraba el infractor, carabineros únicamente debió haberlo amonestado o cursado una multa y en el evento que no cancelare el porcentaje correspondiente, haberlo citar al juzgado competente, pero lo anterior no podía derivar en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizara el registro de sus vestimentas y pertenencias personales. La modificación introducida al artículo 85 del Código Procesal Penal sustituyó la expresión “indicios” por “indicio” por lo que este antecedente singular deberá revestir la necesaria entidad y vehemencia para poder ser equiparado a la pluralidad que antes se requería, lo que no

sucede en este caso.”³⁶³

En este mismo sentido, la Corte ha indicado que una mera infracción a la Ley de Alcoholes no constituye un indicio que haga procedente el control de identidad, toda vez que el Código al hablar de faltas se refiere únicamente a faltas penales. Ello, atendido a la restricción de garantías fundamentales que implica la realización de esta actuación autónoma por parte de Carabineros³⁶⁴.

Continuando con el criterio anterior, en fallo de marzo de 2021 la Corte Suprema acogió nulidad deducida por la defensa en causa seguida por los delitos de porte ilegal de municiones y cohecho. Lo observado por los agentes policiales cuando realizaban un control al hermano del acusado por ingerir alcohol en la vía pública, esto es, que descendía del puesto del conductor del vehículo con una cerveza en sus manos, no es un indicio suficiente para proceder conforme al artículo 85 del CPP.³⁶⁵

f) Olor a marihuana

En este caso el imputado fue condenado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, basándose en pruebas derivadas de un control de identidad y registro del mismo, donde se le pudieron encontrar medio gramo de marihuana y cerca de 15 gramos de cocaína.

Las circunstancias que motivaron el control de identidad fueron las siguientes: funcionarios policiales en realización de patrullajes preventivos en el sector céntrico de la ciudad de Arica, observaron en las inmediaciones de una plaza a unos sujetos los cuales al percatarse de la presencia policial se dan a la fuga, siendo seguido por personal policial, logrando interceptar a uno de ellos.

Posteriormente realizan el respectivo control, encontrando las sustancias descritas. Se suma a ello que en declaraciones uno de los funcionarios dice haber sentido olor a marihuana proveniente de dicho lugar, y además añaden los funcionarios, el imputado se encontraba usando la capucha de su polerón.

³⁶³ SCS Rol N° 8.255-2018.

³⁶⁴ SCS Rol N° 41.241-2019, (considerandos 5º al 7º).

³⁶⁵ SCS Rol N° 138.584-2020.

A esto la Corte Suprema recalca lo dicho anteriormente en causa rol n° 18.323-16 y causa rol n° 7315-2018, estableciendo, además, lo siguiente:

- Respecto de la huida del lugar:

“la conducta de alejamiento o huida como la del acusado puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías...”.

- Respecto al olor a cannabis:

“[N]o resulta suficiente para someter a las restricciones a la libertad personal que involucra el control de identidad, a todo aquel que transita o se encuentra en el lugar en cuestión, menos aun tratándose de un lugar público como una plaza de la ciudad.”

Respecto de la capucha: “no aparece establecido en el fallo que el uso de tal prenda haya tenido por objeto “ocultar, dificultar o disimular su identidad” o que en este caso haya contribuido a tal fin, elemento subjetivo requerido por el artículo 85”.³⁶⁶

Nuevamente respecto del olor a marihuana y en un fallo más reciente, la Corte ha seguido la misma línea de razonamiento, señalando en el considerando octavo de la sentencia causa rol n° 26.194-2018:

“Que en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del vehículo en el cual se desplazaba, consistió en la percepción de un “olor a marihuana” por parte de uno de los funcionarios policiales. Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado y su acompañante intentaban o se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito”.

Se ve reiterado el criterio aquí expuesto en fallo de la Corte Suprema Rol N° 30.159-20, al señalar:

“Que en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado

³⁶⁶ SCS Rol N° 15.148-2018, Considerandos 6°, 7° y 8°.

los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del bolso que portaba, consistió en la percepción de un “olor a marihuana” por parte de uno de los funcionarios policiales. Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado y su acompañante intentaban o se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito” (considerando 12º).

Contrario a lo sostenido en el fallo anterior, en marzo de 2021 la Corte Suprema rechazó nulidad interpuesta por la defensa, señalando que el control de identidad se ajustó a derecho, ya que fue realizado basándose en el indicio objetivo de percibir olor a marihuana³⁶⁷. Cobra relevancia el voto en contra del Ministro Brito, quien sostuvo que olor a marihuana no constituye un indicio objetivo.³⁶⁸

Respecto a la situación de otros olores que actúan como indicio, la Corte se ha pronunciado de manera distinta. En esta línea, la Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad ejercido por la defensa por infracción de garantías a partir de control de identidad en una causa de tráfico de drogas.

La Corte señaló que los funcionarios policiales procedieron conforme a la normativa, toda vez que es un indicio objetivo de la comisión de un delito que al realizar un control vehicular del bus dónde viajaban los imputados, percibieran un fuerte olor a ácido expedido por unas botellas que se encontraban en el bus. Lo relevante en este fallo es el voto en contra del Ministro Llanos, quien considera que la percepción del olor a ácido, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que los acusados se disponían a cometer un delito³⁶⁹

³⁶⁷ En el mismo sentido SCS Rol N°138.337-2020

³⁶⁸ SCS Rol N° 144.567-2020, 23.03.2021

³⁶⁹ SCS Rol N°139.995-2020

H) Que respecto de ese lugar se tengan antecedentes de comisión de delitos del mismo tipo

La Corte señala que la presencia de una persona en un lugar con alta tasa de criminalidad no constituye un indicio que faculte a realizar un control de identidad, ni aun cuando se considera este hecho en conjunto con otros. Ello es una mera apreciación subjetiva del funcionario que la realiza, además de ser un elemento completamente ajeno a la voluntad del imputado. Lo contrario supondría que Carabineros puede actuar basado en su mero prejuicio respecto de todos los habitantes de un sector determinado, lo que claramente constituye una forma de discriminación.

Se reproduce a continuación este argumento, contenido en la sentencia de la causa rol CS 23.305-2018:

“Sexto: Que, en ese orden, en primer término el fallo alude a que el imputado es avistado por los policías cuando está pronto a oscurecer, en un sector donde no transitaba más gente en ese momento, y de alto índice delictual, todas condiciones externas y ajenas al obrar del imputado y que no pueden ser consideradas legítimamente para estos efectos, pues, respecto a las dos primeras equivaldría a respaldar que la policía pueda definir ciertos horarios del día, como lapsos durante los cuales quienes transiten solos o hagan actividades sin compañía en la vía pública, puedan considerarse por esas solas circunstancias como sujetos sospechosos de un actuar ilícito. Menos aún resulta aceptable el sopesar, ya sea aisladamente o en conjunto con las circunstancias anteriores, el que se trate de un sector de alto índice delictual, desde que ello importaría avalar un actuar basado en el mero prejuicio y, por ende, discriminatorio, por parte de la policía frente a todos quienes viven en el sector, debiendo toda esa parte de la población verse expuesta en el tránsito a su lugar de trabajo, estudio o en el retorno a su hogar, a restricciones a su libertad ambulatoria únicamente por residir en un sector de la ciudad con altas tasas de delincuencia, esto último, también según lo que así entienda la policía, motivos que no pueden en caso alguno fundar la actuación de agentes del Estado desde que ello vulneraría la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental.”³⁷⁰

³⁷⁰ SCS Rol N° 23.305-2018. En el mismo sentido: 36477-20; 26400-18; 15472-17; 24700-20; 27402-20.

h) Bajar la cabeza u ocultar el rostro

Al respecto la Corte ha señalado:

“CUARTO: Que, como el recurso sostiene que en el caso de marras no se configura el presupuesto legal que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio, el hecho que el acusado, en circunstancias que se desplazaba como copiloto en un vehículo cuyo chofer fue controlado por la policía, bajó su vista y ocultó su rostro con el cuello de la camisa, razón por la cual fue requerido para que descendiera del móvil, lo que hizo. Se le consultó por su identificación y al no portarla se le trasladó a la unidad policial. Añadieron que como parte del procedimiento y previo a su ingreso al carro policial se procedió a su registro encontrándole en el bolsillo dos cartuchos sin percutir.

En relación a los cuestionamientos del recurso esta Corte ha señalado que “Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona ‘determinada’. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad” (SCS Rol N° 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016).

Así las cosas, los hechos descritos precedentemente, con los que se busca justificar la legalidad del control de identidad practicado, dado su vaguedad y amplitud, no pueden constituir indicios de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, que permitan efectuarlo.

En efecto, los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no refieren ningún elemento o circunstancia -amén de haber bajado la vista o tratar de ocultar su rostro en la camisa-, que permitiera practicar la diligencia pues los policías no ven al acusado portar

algún elemento u objeto que permitiera sospechar que él hubiese cometido o intentado cometer algún tipo de falta, crimen o simple delito, ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Las circunstancias invocadas por los funcionarios aprehensores desde luego no resultan un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.

QUINTO: Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de indicios objetivos de que estuviere cometiendo o intentare cometer un delito, ni de ninguno de los otros supuestos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan esa diligencia y, consecuentemente, permiten a la policía el registro del imputado, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando su derecho a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de Italo Giovanni Piccolini Vilches resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

SEXTO: Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso, así como que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racional y justo, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y atendida la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo

resolutivo.”³⁷¹

i) Ocultar objetos

En tal sentido, la Corte ha señalado³⁷²:

“**Tercero:** Que, como el recurso sostiene que en el caso de marras no se configura el presupuesto legal que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio, separar las manos y guardar “algo” en una mochila, circunstancia que habría motivado a los agentes policiales para efectuar un control de identidad y efectuar un registro en las pertenencias del imputado.

En relación a los cuestionamientos del recurso esta corte ha señalado que “Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona determinada. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquellos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad” (SCS Rol N° 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016)

Los hechos descritos precedentemente, con los que se busca justificar la legalidad del control de identidad practicado, dada su vaguedad y generalidad, no pueden constituir indicios de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, que permitan efectuarlo.

³⁷¹ SCS 23.312-2018

³⁷² SCS 28.219-2018

En efecto, los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia y en los registros de audio exhibidos con ocasión de la audiencia de presente recurso de nulidad, no refieren ningún elemento o circunstancia -amén de haber separado las manos, de haberse mirado o el haber guardado algo en una mochila-, que permitiera practicar la diligencia pues los policías no ven al acusado portar algún elemento u objeto que permitiera sospechar que él hubiese cometido o intentado cometer algún tipo de crimen, simple delito o falta, ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Las circunstancias invocadas por los funcionarios aprehensores desde luego no resultan un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues pueden obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria solo una impresión o interpretación, sesgada y parcial, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.”

En un caso conocido por la Corte Suprema, los indicios de que se sirvió la policía para realizar el control de identidad fueron: el ocultamiento debajo del asiento del copiloto de un objeto, así como el nerviosismo del sujeto controlado. En este contexto, ROL N°33326-20:

“DUODÉCIMO: Que, como lo ya ha señalado anteriormente esta Corte, entre otros, en el pronunciamiento Rol N° 15.472-2017, de fecha 15 de junio de 2017, el control de identidad, al ser una diligencia que afecta las garantías constitucionales de los ciudadanos, no puede fundarse en apreciaciones subjetivas o interpretaciones de los policías respecto de las motivaciones que habría detrás de las acciones que presentan los individuos, sino que debe sostenerse en circunstancias objetivas y verificables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a luz de los derechos de los justiciables, a una actuación de carácter excepcional como la de la especie.

Pues bien, de la propia descripción que el tribunal realiza de los hechos, aparece que los funcionarios policiales, sin haber constatado la existencia de un indicio –como lo exige el artículo 85 del Código Procesal Penal, para validar la realización de un control de identidad-, igualmente realizaron la diligencia aludida, basados en el supuesto “nerviosismo” que habrían apreciado al observar al acusado, quien luego habría “guardado algo” debajo del asiento del copiloto.

Dicha actuación vicia de ilegalidad el procedimiento adoptado, ya que el supuesto de nerviosismo del imputado no constituye una información concreta acerca de la realización de alguna conducta criminal, toda vez que aquel estado que se habría advertido a su respecto podría ser una consecuencia de distintas acciones, por cierto, tanto de origen criminal o del proceder normal. La calificación de corresponderse con la ejecución de un

delito, entonces, no importa la recogida de antecedentes objetivos sino únicamente la apreciación personal de los aprehensores.

Tal forma de obrar se encuentra al margen de la autorización del artículo 85 del Código procesal penal conforme se acaba de razonar.

El mismo raciocinio resulta aplicable a la conducta de “guardar algo”, atribuida al acusado por los funcionarios policiales, toda vez que la misma carece de la relevancia asignada, en cuanto se trata de una acción absolutamente neutra, no advirtiéndose en ella elementos precisos referidos a la comisión de algún delito, por lo que ésta sola circunstancia descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad.

Por lo demás, es preciso sostener que tampoco puede ser considerado como un indicio que habilite para controlar la identidad del acusado, la circunstancia de haberse cometido una infracción de tránsito por parte del conductor del automóvil en que éste se transportaba, por cuanto tal conducta es atribuible únicamente a quien ha incurrido en la infracción reglamentaria, no siendo de modo alguno extensible a quienes se encontraban al interior del móvil, descartándose, por cierto, que ello validara la realización de dicha diligencia policial autónoma.

Un caso del año 2020, en que funcionarios policiales observaron a un sujeto portando un paquete un envuelto en cintas de embalaje, fue resuelto por la Corte Suprema en el mismo sentido, afirmando que tal circunstancia no habilita a los funcionarios policiales para proceder conforme al artículo 85 del CPP y solo constituye una sospecha. La Corte, acogió el recurso de nulidad deducido por la DPP en este caso, que se fundó en la causal 373 letra a del CPP por infracción al debido proceso, libertad ambulatoria e inviolabilidad del hogar. Sin embargo, en contra de la decisión, la abogada integrante, Sra. Gajardo, estimó que los hechos eran claramente indicativos y razonablemente reveladores de alguna conducta delictiva. El razonamiento de la Corte Suprema en este caso, Rol Nº 119.049-2020, es el siguiente:

Cuarto: (...) Que, en la especie aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron a efectuar el control de identidad que culminó con la detención del imputado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado que el sujeto, quien vestía un buzo y una polera rosada, portaba un objeto envuelto con cintas de embalaje. Estas circunstancias de hecho no constituyen, en modo alguno, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.

Si a los policías les pareció sospechoso el objeto, esto no justificaba su actuación subsiguiente, ya que la ley no se conforma con una sospecha, sino que exige un indicio o presunción, la cual debe reunir los caracteres anteriormente recordados.

Que, tampoco pueden darse por concurrentes en este caso las demás situaciones que detalla el artículo 85 ya citado, desde que el único hecho asentado para motivar la actuación policial es la tenencia del objeto en cinta de embalaje, hecho éste, neutro desde una perspectiva jurídico-penal.

El Ministerio Público se ha encargado de precisar que la apreciación de los hechos indiciarios tiene que sustentarse sobre la base de elementos objetivos a partir de los cuales sea razonable la afirmación de un hecho no conocido. Descarta, entre otras, las siguientes conductas o actitudes: "La actitud y perfil del sujeto, apreciadas de forma aislada y parcelada, la actitud evasiva, la actitud sospechosa, gestos y conductas dudosos, persona en evidente estado de nerviosismo." (Características, alcance y finalidad del indicio a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo", Rodrigo Honores Cisternas, Revista Jurídica del Ministerio Público, Nro 76, agosto 2019, pp. 181 y s.s.)

Estas consideraciones del ente persecutor avalan la solidez de los razonamientos de esta Corte, que descartan la existencia de un indicio en el caso de autos.³⁷³

Tampoco constituye indicio el hecho de que al percatarse de la presencia policial dos personas interrumpen un saludo y guarden sus manos en los bolsillos. Así, la Corte ha señalado que "12° Que en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro de sus vestimentas, consistió en la percepción, por parte de los funcionarios policiales, de un saludo de mano frustrado entre el aquél y un tercero - agregando los aprehensores que ello se produjo luego de que se percataran de la presencia policial-, ocultando posteriormente el encartado una de sus manos en el bolsillo de su pantalón. Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado y su acompañante intentaban o se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hacen los policías de una conducta neutra –un saludo

³⁷³ SCS Rol N° 119.049-2020, 26.10.2020 (considerandos séptimo, octavo y noveno). Además, la CS menciona los roles entre otras, SCS N° 19.113-2017; SCS N°29.596-2019 y SCS N° 41.240-2020.

de manos que no se concreta, para luego el acusado llevar una de sus manos al bolsillo del pantalón-, desprovista de señal o signo de actividad delictiva alguna, ni presente, ni pasada ni futura, pues los agentes no presenciaron intercambio alguno entre el recurrente y el tercero que lo acompañaba, pese a lo cual *-y lejos de realizar las actuaciones tendientes a controlar la identidad del encartado-*, derechamente forcejearon con éste a fin de incautar la especie que mantenía en su mano.”³⁷⁴

j) La proximidad temporal y espacial del acusado al lugar de los hechos

En tal sentido, conociendo de un recurso de nulidad en contra de una sentencia que condena por el delito de receptación, la Corte Suprema ha señalado³⁷⁵:

“CUARTO: Que, como el recurso sostiene que en el caso de marras no se configura el presupuesto legal que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicios, el hecho que el acusado se haya encontrado, tanto de forma temporal como espacial, cerca del lugar de los hechos y, que, al haber advertido la presencia policial, haya emprendido la huida.

En relación a los cuestionamientos del recurso esta Corte ha señalado que “Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona ‘determinada’. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas —directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.— que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad” (SCS

³⁷⁴ SCS Rol N°4058-2021, 21.07.2021 (considerando 12°).

³⁷⁵ SCS Rol N° 28.218

Rol 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016).

Así las cosas, los hechos descritos precedentemente, con los que se busca justificar la legalidad del control de identidad practicado, dada su vaguedad y amplitud, no pueden constituir indicios de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, que permitan efectuarlo.

En efecto, los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no refieren ningún elemento o circunstancia —amén de haberse encontrado el imputado cerca del lugar de los hechos, junto a una proximidad temporal, para luego huir al advertir la presencia policial— que permitiera practicar la diligencia, pues los policías no ven al acusado portar algún elemento u objeto que permitiera sospechar que él hubiese cometido o intentado cometer algún tipo de crimen, simple delito o falta, ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Las circunstancias invocadas por los funcionarios aprehensores desde luego no resultan un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado. (SCS Roles 41.342-17, de 7 de noviembre de 2017; 6.067-18, de 27 de mayo de 2018; 7.513-18, de 11 de junio de 2018; 15.148-18, de 11 de septiembre de 2018; y, 23.312-18 de 10 de diciembre de 2018”

k) Observar a un sujeto en un paradero no es indicio, ni aún sumado a circunstancias que indica

Para comprender a cabalidad la doctrina asentada por la Corte en este caso³⁷⁶, es necesario ahondar un poco más en el núcleo factico del mismo.

Alrededor de las 7:10 de la mañana, funcionarios de Carabineros que efectuaban controles de tránsito en Ruta 5 Sur, reciben información de parte de un chofer de bus, respecto a que un pasajero portando una mochila, exigió descender del bus. Tomando en consideración la hora, lugar y lo intempestivo del descenso, se dirigen al sector indicado. El pasajero es sometido a un control de identidad en el cual se verifica que no portaba identificación y

³⁷⁶ SCS rol N° 2488-2019, 28.02.2019

registraba dos órdenes de detención. Al registrar la mochila que portaba, funcionarios encuentran 205 gramos de cannabis sativa, además de la suma de \$40.000, sin poder justificar su posesión.

Estos hechos fueron calificados por el Ministerio Público como tráfico en pequeñas cantidades. A su respecto, la Corte indicó lo siguiente:

“Duodécimo: (...) En efecto, de acuerdo a lo asentado en el fallo, lo que motiva la presencia policial en el lugar de la detención es la ya citada información proporcionada por el conductor de un bus, consistente en que una persona con una mochila que viajaba en el vehículo solicitó bajarse intempestivamente de él, lo que le llamó la atención porque no es un sector donde desciendan pasajeros, y por razones de seguridad lo dejó en esa parada, de manera que las circunstancias descritas por el chofer y lo observado por ellos -un sujeto que se encontraba en un paradero- configuran por esencia una conducta absolutamente neutra, y en caso alguna “unívoca”, no solo tolerada, sino que tutelada por el ordenamiento jurídico, desde que la libertad ambulatoria es un derecho de todo habitante de la República, susceptible de ser ejercido y protegido, por lo que esta circunstancia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad”

I) Situación del traspaso de objetos u envoltorios

En un fallo de marzo del 2021, la Corte Suprema rechazó la nulidad interpuesta. Consideró que una transacción característica de la venta de drogas, consistente en la entrega de un envoltorio a otro sujeto a las 23:50 horas, en la vía pública constituye indicio. Lo anterior, fue acordado con la disidencia de los Ministros Sres. Brito y Llanos, quienes sostuvieron que la mera entrega de un envoltorio en las circunstancias descritas no satisfacía los presupuestos del indicio.³⁷⁷

En sentido opuesto un fallo de abril de 2021, acogió recurso de nulidad interpuesto por la defensa. Consideró que la acción del imputado consistente en entregar dos envoltorios de

³⁷⁷ SCS Rol N° 125.475-2021, 26.03.2021

papel a un tercero, quien sacó desde su bolsillo un billete de veinte mil pesos, no constituye indicio de actividad delictiva alguna, pues nada se sabe o avizora de la naturaleza de aquello que se transa o intercambia, por lo que no concurren los supuestos para controlar la identidad en virtud del artículo 85 del Código Procesal Penal.³⁷⁸

2.2. Detención en situación de flagrancia

Como correctamente ha señalado la Corte, la detención en situación de flagrancia constituye una excepción, de manera que su aplicación supone la constatación rigurosa de los supuestos que la hacen procedente:

“Que al efecto y para situar el debate sometido al conocimiento de esta Corte, en torno al tópico desarrollado en la sentencia impugnada y que se sustenta en la existencia de flagrancia, situación que permitió el actuar de la policía sin la competente orden judicial, es necesario tener en consideración que la norma contenida en el artículo 125 del Código Procesal Penal, que reproduce la del artículo 19 N° 7 letra c) del texto constitucional, consagra la regla que la detención en flagrancia constituye una excepción a la norma general de detención por orden de funcionario público expresamente autorizado por la ley, de manera que su aplicación supone la constatación rigurosa de los supuestos que la hacen procedente.”³⁷⁹

a) Definición de flagrancia

La Corte ha dicho que la flagrancia se define en torno a dos conceptos esenciales:

“la percepción personal de los agentes y la necesaria intervención para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito o la fuga de los autores. Por su parte, la flagrancia encierra en sí las pruebas de su realización, es la percepción personal del hecho delictivo que se ve, se observa, de manera que en esta situación se precisa de una inmediata intervención policial a fin de que cesen el delito y sus efectos. Por ello, si no hay percepción sensorial de la comisión de un delito, no habrá flagrancia, sino que sólo se estará ante una actuación por sospecha”³⁸⁰. De este modo, no hay flagrancia si al efectuar el registro del domicilio del imputado los funcionarios policiales encontraron 1,5 gramos de marihuana, pero “no aparece comprobado que dicha sustancia le pertenecía al imputado o que era el

³⁷⁸ SCS Rol N° 127.243-2020

³⁷⁹ SCS Rol N° 6.868-2014, (considerando 6°).

³⁸⁰ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 4°).

único habitante del inmueble”³⁸¹.

En un fallo del año 2018, la Corte Suprema ha indicado una diferenciación entre la flagrancia y el hallazgo casual, diciendo que:

“La sumatoria de las circunstancias antes dichas permiten concluir que no existía una situación de flagrancia que hubiese permitido la incautación de la especie sin autorización previa, puesto que no hubo una constatación personal de los agentes de la comisión de un delito en los términos de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, sino que, por el contrario, ellos realizaron actividades autónomas de investigación sin habilitación legal para ser practicadas ni sostenidas en una instrucción fiscal y de acuerdo al artículo 129 del Código Procesal Penal, la Policía está obligada a detener a quien “sorprendiere” en la comisión de un delito flagrante. En este caso, el detenido no fue sorprendido “in fraganti”, sino que ante el reconocimiento del imputado de que tenía el arma y verificado que ella se encontraba desarmada en una de las dependencias del inmueble, procedieron a la diligencia, habiendo debido informar al fiscal de las averiguaciones realizadas y así pedir una autorización judicial que permitiera su incautación. Al no haber obrado de tal forma, se llevó a cabo la actuación sin que se haya satisfecho la condición prevista en el artículo 215 del código del ramo, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, a saber, la autorización judicial.”³⁸²

En un sentido similar, la ha Corte señalado “que la flagrancia alude a un hecho evidente, a aquello que se desprende de su propia luminosidad, todo lo cual se opone o está en contradicción con la existencia de la observación de un paquete en cuyo interior se aprecia una sustancia de color verdoso, pero del cual no se obtiene ninguna luz del contenido cierto de ese objeto por el cual se detiene al imputado, y por el contrario, obliga al traslado, tanto del imputado como del contenedor encontrado en poder del sujeto, a la unidad policial para constatar la flagrancia, esto es, la efectiva existencia de una sustancia objeto de control por la Ley 15 N° 20.000, todo lo cual resta inmediatez a la observación inicial del presunto delito, sin que aquella falta pueda ser sustituida de otra forma, al no poder apreciar con sus sentidos directamente la sustancia y sin tener que realizar otra diligencia.”³⁸³

³⁸¹ SCS Rol N° 3.570-2006, (considerando 9°).

³⁸² SCS Rol N° 358-2018, 19.02.2018, (considerando 6°).

³⁸³ SCS Rol N° 25.386-2021, 25.06.2021, (considerando 10°)

b) Ostensibilidad de la flagrancia

Al respecto se ha resuelto:

“Que las circunstancias anotadas confirman la tesis de que el personal policial apostado en la residencial tuvo que realizar diligencias de investigación previas destinadas a la constatación de la comisión de un delito, lo que descarta la ostensibilidad de la flagrancia, pues la evidencia no era manifiesta”³⁸⁴.

c) El régimen legal de la flagrancia en nuestro sistema no es estricto

“Pues a la flagrancia propiamente tal, esto es, aquella en que el agente se encuentra actualmente cometiendo el delito, se agregan otras hipótesis donde lo ostensible o evidente no es tan claro”³⁸⁵.

En este orden de cosas, la Corte resolvió acoger el recurso de nulidad de la defensa por no concurrir ninguna de las hipótesis de flagrancia ficta alegadas por el Ministerio Público:

“No se advierten circunstancias de excepción que autorizarían flagrancia ficta “Que en la especie no se advierten circunstancias de excepción que autorizarían flagrancia ficta. La hipótesis del persecutor supone el señalamiento preciso del hechor por parte del ofendido o de algún testigo presencial, o el hallazgo de huellas, instrumentos o señas visibles que permitan presumir sin riesgo de error que es el autor del hecho; nada de lo cual ocurre. La ostensibilidad como exigencia de la flagrancia en la especie no se satisface con la existencia de una grabación de alguien que ingresa a un departamento, sin salir con nada en las manos y sin que encontraran en su poder las especies supuestamente sustraídas desde el interior del departamento de los afectados, es decir, no bastan meras sospechas o presunciones de que alguien es partícipe del delito”³⁸⁶.

D. BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

³⁸⁴ SCS Rol N° 21.413-2014, (considerando 6°).

³⁸⁵ SCS Rol N° 6.868-2014, (considerando 5°).

³⁸⁶ SCS Rol N° 6.868-2014, (considerando 7°).

1. Salud Pública

a) El bien jurídico cautelado por el delito de microtráfico de la ley 20.000 es la Salud Pública

El Principio de lesividad exige que para que una conducta sea legítimamente punible, esta debe afectar un bien jurídico. De otro modo, el actuar del estado se vuelve ilegítimo. En ese sentido, la Corte Suprema ha fallado que el examen de pureza mencionado en el artículo 43 de la ley 20.000 está orientado a determinar la idoneidad de la sustancia para provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud en el caso en concreto, no bastando la mera constatación de la presencia de la sustancia para la configuración del delito. Luego, el mencionado examen es el estándar para determinar la concreta lesividad de la conducta en el caso en particular. En ese sentido, se ha fallado:

“Sexto: Que, sobre este punto, esta Corte ha señalado reiterada y sostenidamente que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, fue la obligación de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma. Con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido esta Corte, entre otras, en las sentencias Rol N° 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril, 3707-2015 de 28 de abril, 5672-2015 de cuatro de junio, 5853-2015 de 9 de junio, 8810-2015 de veinticinco de agosto todas de 2015, 14865-2016 de 6 de abril, 17095-2016 de 21 de abril y 27073-2016 de 21 de junio todas de 2016, 95178-2016, 97785-2016 de 3 de enero de 2017 y 16224-2018 de 27 de agosto de 2018.”

Continuando con lo desarrollado anteriormente:

“Séptimo: Que, tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública -objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

En esta línea, esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SCS Roles N°s 21.599-2014 de 1° de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3707-2015 de 28 de abril de 2015, 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015 y 31.667-2017 de 11 de julio de 2017). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición, redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado, por falta de antijuridicidad material”.³⁸⁷

En un interesante fallo, la Corte Suprema ha señalado que, en un procedimiento por hechos calificados por el Ministerio Público como microtráfico, en los cuales se incautaron **más de 170 gramos de cannabis**, el examen de pureza sigue siendo el criterio de determinación de la idoneidad de la sustancia para causar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, por sobre consideración de la cantidad de la misma. En ese sentido la Corte señala:

“**Segundo:** Que los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes: “Que a lo menos desde el mes de mayo de 2017, se realizó una investigación policial en los domicilios en Calle XXX N°X y en Pasaje X N°XX, ambos ubicados en la Población XX, comuna de XX y después de comprobarse que en los dos lugares se comercializaba droga, con fecha de 14 de septiembre de 2017, alrededor de las 13:35 horas, funcionarios de O.S.7 de Carabineros de Chile, en cumplimiento de una orden de entrada, registro e incautación del 13° Juzgado de Garantía de Santiago ingresaron a los señalados inmuebles.

En el domicilio ubicado en Calle XX N° XX, Población XX, comuna de XX, se encontró en su interior a R.A.S.C y al registrar el inmueble se encontró que mantenía en su dormitorio 1 bolsa de nylon que en su interior mantenía marihuana o cannabis sativa con un peso de 71,4 gramos; 11 envoltorios de papel con marihuana o cannabis sativa con un peso de 6,9 gramos y la suma de \$ 53.000 (cincuenta y tres mil pesos), en diferentes billetes, producto de la venta de la droga.

³⁸⁷ SCS 26.415-2018 (considerando 7°)

La droga la mantenía en su poder el acusado sin tener autorización para ello, ni estar destinado para su consumo personal individual y próximo en el tiempo ni estar destinado para un tratamiento médico.

Al ingresar al domicilio, ubicado en Pasaje XX N° XX, Población XX, comuna de XX , se encontró en su interior a G.E.M y al registrar el inmueble se encontró 01 bolsa de nylon que en su interior mantenía marihuana o cannabis sativa prensada con un peso de 104, 4 gramos brutos, 103,5 gramos neto; y, la suma de \$97.000 (noventa y siete mil pesos) en diferentes de billetes productos de la venta de la droga.

La droga la mantenía en su poder la acusada sin tener autorización para ello, ni estar destinado para su consumo personal individual y próximo en el tiempo ni estar destinado para un tratamiento médico.

Cuarto: Que esta Corte ha venido señalando en reiterados fallos sobre el tema propuesto que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, fue la obligación de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma. Con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material (SSCS Roles N°s. 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril de 2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015, 7222-2015 de 20 de julio de 2015 y 36.837 de 28 de enero de 2016, entre otras).

Quinto: Que, en ese orden, dado que en la infracción penal en examen, la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza, resulta que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir efectos tóxicos o daños en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SSCS Roles N°s. 4215-12 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1° de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril de

2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015 y 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado y, por ende, respecto de la existencia del delito.

Sexto: Que, en el caso que se revisa, la sustancia incautada corresponde a un compuesto que se dice es marihuana, pero al no constar el porcentaje de pureza, no es posible determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que el acusado mantenía dosis de “algo” en lo que había marihuana, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

En estas condiciones, no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4º de la citada ley, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, del bien jurídico tutelado, cual es la salud pública, esto es, el estado de bienestar físico, psíquico y social de todos los miembros de la comunidad.”³⁸⁸

Por el contrario, en un fallo más reciente de fecha 29 de diciembre del año 2020, la CS sostiene “que el bien jurídico directamente protegido por el tipo penal, la salud, se ve afectado en toda instancia, sin perjuicio de la pureza de la droga, de modo que su determinación mal podría incidir en lo dispositivo del fallo, unificando el criterio que, hasta ese entonces, era equívoco (CS 29.12.2020 rol 138373-2020)”. No obstante lo anterior, se debe considerar el voto en contra del Ministro Llanos, quien consideró que “al ser el bien jurídico tutelado la salud pública, es carga del Ministerio Público el probar en juicio la peligrosidad de la sustancia requisada, lo cual no fue probado en el caso particular”.³⁸⁹

b) Principio de lesividad ante la falta de completitud del examen de Pureza

En atención a que el bien jurídico protegido por los delitos de tráfico ilícito de drogas es

³⁸⁸ SCS Rol N° 32.858-2018

³⁸⁹ SCS Rol N° 138.373-2020.

la Salud Pública, la Corte Suprema ha dispuesto³⁹⁰:

“Sexto: Que tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública – objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

En esta línea, esta Corte ha resuelto que, si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. (SCS Roles N°s. 21.599-2014 de 1° de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014. 3.707-2015 de 28 de abril de 2015. 19.722-2015 de 9 de diciembre de 2015 y 31.667-2017 de 11 de julio de 2017). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición, redundando en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado, por falta de antijuridicidad material”.

No obstante, en la línea contraria, en un fallo muy reciente, ha establecido lo siguiente:

Octavo: Que en relación a lo expuesto, el considerando duodécimo del fallo materia del recurso, sostiene que será desestimada la argumentación de la defensa en orden a considerar estas cantidades propio de un microtráfico, como asimismo la petición de absolución que funda en que su pureza no está determinada, toda vez que el porcentaje de pureza de la droga no libera a los consumidores de los efectos nocivos a la salud, atendido los claros términos del Informe de Efectos y Peligrosidad de la Cannabis Sativa incorporado como documento 7, donde se indica que el uso de las partes que se señala genera todas las características de los estupefacientes no exime a esta droga cannabis de acarrear graves perjuicios a jóvenes en pleno desarrollo físico o intelectual y por ende a la sociedad como asimismo a la salud pública de la Nación, dando cuenta de declaraciones de funcionarios policiales contestes en señalar que la droga incautada se trata de cogollos, que tienen el mayor porcentaje de droga, argumentaciones que son compartidas, y que motivan el

³⁹⁰ SCS Rol N° 29.234-2018

rechazo del presente recurso por esta fundamentación.³⁹¹

· **SCS Rol N° 30.707-2020, 06.07.2020.**

3° Que, como señala Muñoz Conde, en la ciencia del Derecho Penal reina desde hace tiempo acuerdo en que el Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos (Prólogo al texto de Hernán Hormazábal, “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho”, Editorial Conosur, 1992). En consecuencia, la norma penal cumple una función protectora de bienes jurídicos, los que han de identificarse por el papel que desempeñan, son lo que fundamenta en primer término el castigo. Parece, pues, más acertado que atribuirles un contenido concreto, delimitarlos, atendiendo a la función procedimental que cumplen en el discurso jurídico. El bien jurídico es, desde esa perspectiva, lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad. (Cobo del Rosal – Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo Blanch, 1999, p. 319). Para cumplir su función protectora, la ley eleva a la categoría de delitos, mediante su tipificación, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es, por tanto, la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, dándole sentido y fundamento (Muñoz Conde, Teoría general del delito, Temis, 1974, p. 49). Dentro de la pluralidad de funciones del bien jurídico, cabe destacar por su especial trascendencia, la de garantía, de manera que consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de los intereses jurídicamente protegidos, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites, conforme los cuales el legislador no puede castigar cualquier conducta sino solamente aquella que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos (Cobo del Rosal – Vives Antón. cit., p. 324). Por ello, en la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos, en cuanto objetos de protección, cumplen una función básica, ya que constituyen el punto de partida del proceso de asignación de sentido de la prescripción de conducta. De este modo, para establecer si el comportamiento concreto ocurrido en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarlo desde el bien jurídico amparado por la norma de que se trata (Bustos Ramírez, Obras Completas, T I, Derecho Penal, Parte General, p. 542). Para llevar a cabo el proceso de atribución (determinación de que una conducta realiza el tipo penal invocado) debe partirse necesariamente del bien jurídico protegido en el caso concreto y resolver si éste ha sido efectivamente lesionado o puesto en peligro por la acción realizada, de manera que ha de

³⁹¹ SCS Rol N° 138373-2020, 29.12.2020

ser el daño social el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho (Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2004, p. 65). En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico – penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate (Bustos-Hormazábal, Lecciones de Derecho Penal, Editorial Trotta, 2006., pág. 75). El principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico cuya protección busca el legislador- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos. En síntesis, la acción humana sólo puede ser apreciada como injusto punible si lesiona un bien jurídico Hassemmer, Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, 1984, p.37). Según Ferrajoli, el sub principio de lesividad en concreto, postula que, “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, algún daño o peligro. (Ferrajoli, “Escritos sobre Derecho Penal”, Hammurabi, 2014, p.429). El principio de ofensividad, emanado del principio de protección de bienes jurídicos, permite excluir aquellas conductas que en concreto se muestran inofensivas para el bien jurídico protegido (Aguado Correa, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en “El principio de proporcionalidad penal”, Lascurain- Rusconi, Edit. Ad-Hoc, 2014, p.42). 4° Que tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública -objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza. Esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SCS N° 4215-12, de 25 de julio de 2012). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal

Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado³⁹².

- **SCS Rol N° 25.388-2021, 05.07.2021.**

12° “[...] la conducta desplegada por la acusada carece de la necesaria antijuridicidad material para sancionarla penalmente, pues la cannabis sativa, ascendente a 2,1 gramos, estaba destinada a una persona determinada dentro del establecimiento penitenciario, por lo que no se atenta contra el bien jurídico protegido en la Ley N° 20.000, pues no se dirige a personas indeterminadas y a la circulación incontrolable de la sustancia estupefaciente [...]”

c) Circunstancias en que no se requiere examen de Pureza por existir otros antecedentes

La Corte Suprema es de la opinión que es presumible la existencia de tráfico cuando se trata de variedad de drogas incautadas, en tal caso no es procedente la acreditación de la peligrosidad de la sustancia para atentar contra la salud pública. En ese sentido, ha señalado:

“**DECIMOTERCERO:** Que, el principio cardinal de “nocividad” o “lesividad”, exige que toda figura penal presuponga la ofensa a un bien jurídico, por lesión o por peligro.

La ofensividad es una directiva orientada hacia el legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sus sentencias en el marco constitucional. (Zaffaroni, “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones”, en Temas Actuales de la Dogmática Penal, Universidad del Sinu, Colombia, 2013, p.34).

DECIMOCUARTO: Que, en el caso que se revisa, desde el domicilio de C.C. se incautaron 47,7 gramos de una hierba que se dice ser cannabis sativa. Sin embargo, al no constar respecto a dicha sustancia el porcentaje de pureza, lo único acreditado fue que el acusado mantenía, en pequeñas cantidades, dosis de sumidades floridas secas en lo que había

³⁹² Ver también: SCS Rol N° 30167-2020, 06.07.2020; 30161-2020, 06.07.2020 (rechaza); 30156-2020, 06.07.2020 (rechaza).

cannabis sativa, pero en una concentración y con un potencial de dañosidad que en el hecho también se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

DECIMOQUINTO: Que, la causal en estudio, en lo que guarda relación con los acusados G.C y M.Á, no podrá prosperar teniendo en consideración que, en este caso no cabe exigir la acreditación de la pureza de la droga, aun cuando se trata de pequeñas cantidades y conforme a lo prescrito por el inciso tercero del artículo 4° de la Ley 20.000, ya que las circunstancias que se dan en la especie, particularmente la variedad de drogas incautadas en el inmueble en que fueron detenidos, permiten concluir la existencia de tráfico, por lo que no procede tal exigencia, que carece de sentido luego de obtener dicha convicción.”³⁹³

1.1. Artículo 318 del Código Penal

La tesis jurisprudencial adoptada por la CS se centra en confirmar la existencia de errónea aplicación del derecho, en relación a los artículos 373 b / 376 iii CPP. Lo anterior se fundamenta en el que el delito del art. 318 CP no es un delito de peligro abstracto, sino que un delito de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, es decir la conducta debe haber sido idónea para generar un riesgo específico y mensurable en relación al bien jurídico protegido salud pública, esto no implica que sólo personas contagiadas con Covid-19 puedan cometer el delito.

La CS ha sostenido que el Ministerio Público se equivoca cuando imputa la comisión del delito “de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad”. Ese delito no existe; existe en cambio el de poner en riesgo la salud pública mediante tales infracciones. No basta simplemente la constatación formal de haberse infringido una orden administrativa.

Continuando con la idea anterior, se señala que el toque de queda tiene por finalidad restringir las aglomeraciones de personas, ya que estas si son hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo, por tanto, la infracción al toque de queda es punible en sede penal solo si conlleva idoneidad de riesgo propia, p.ej. dirigirse a una reunión con muchas personas.

³⁹³ SCS Rol N°29.820-2018, 31.1.2019

Si los hechos han constituido solo una infracción administrativa, sancionable a ese título, pero no de un delito penal, se produce la necesaria absolución del imputado requerido. No es la autoridad administrativa, a través de sus resoluciones o reglamentos, quien puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal.

SCS Rol N° 125.436-2020, 25.03.2021.

En un fallo de marzo de 2021, la Corte suprema acogió recurso de nulidad interpuesto por la defensa por errónea aplicación de derecho del artículo 318 del Código Penal. Sostiene el fallo que caminar en un despoblado durante el toque de queda no es una conducta idónea para satisfacer la descripción del tipo “poner en riesgo la salud pública”, más aún si la normativa sanitaria se encuentra establecida con la finalidad de evitar aglomeraciones de gente. Para arribar a la conclusión, señala que el delito es uno de peligro hipotético o de idoneidad, no bastando la mera infracción a reglamentos sanitarios para realizar el tipo. Precisa que no sólo la conducta de una persona contagiada de covid-19 puede poner en riesgo la salud pública. Además, cobra relevancia la prevención del Ministro Zepeda, quien sostiene que no cabe interpretar el artículo a partir de normas dictadas a partir de la emergencia sanitaria.³⁹⁴

SCS Rol N° 131.966-2020, 23.04.2021

En el mismo sentido, en fallo de abril de 2021, la CS acoge nulidad de la defensa, basándose en lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal:

“**Sexto:** Que, los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y, la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia por cuanto, el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que —ellas sí— son, a lo menos, hipotéticamente peligrosas e idóneas para generar el riesgo”.

SCS Rol N° 149.239-2020, 20.04.2021

³⁹⁴ SCS Rol N° 125.436-2020, 25.03.2021.

Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa por errónea aplicación del derecho, al condenar al imputado como autor del delito contemplado en el artículo 318 del CP sin satisfacer los elementos descritos en el tipo penal, debido a que la conducta del sujeto carecería de la idoneidad suficiente para poner el peligro el bien jurídico protegido. La Corte sostiene que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico, no lográndose en el caso en comento por parte del ente persecutor acreditar la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético. Para ello realiza un análisis del artículo 318 bis, concluyendo que se trata de un delito de peligro concreto por referirse al supuesto de riesgo generado a sabiendas, y en ese sentido, de delito del 318 se referiría más a uno de peligro hipotético u abstracto-concreto, no exigiendo un riesgo específico sobre el bien jurídico, pero sí que haya idoneidad para producirlo. La sola acción de deambular de madrugada durante la vigencia del toque de queda, pese a implicar la transgresión de normativa reglamentaria, no tiene la idoneidad suficiente para generar un riesgo a la salud pública, cuestión que resulta en una falta de antijuridicidad material y tipicidad de la conducta en cuestión³⁹⁵.

SCS Rol N° 42.807-2021, 07.12.2021

Antecedentes: Corte suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa de adolescente en contra del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago por errónea aplicación de derecho del artículo 318 del Código Penal. Sostiene el fallo (3) que caminar por una avenida durante el toque de queda no es una conducta idónea para satisfacer la exigencia de poner en riesgo la salud pública. Finalmente, señala que el delito es uno de peligro hipotético o de idoneidad, no bastando la mera infracción a reglamentos sanitarios para realizar el tipo.

“Tercero: Que, los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de generación de riesgo y, la sola acción de haber sido sorprendido en horas de la tarde en Avenida Libertador Bernardo O`Higgins, comuna de Estación Central, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó un peligro efectivo o hipotético, para la salud pública ni siquiera en tiempos de pandemia por no ser idónea para generar riesgo a la salud pública”.

SCS Rol N° 36.488-2022, 20.01.2022

Antecedentes: Corte suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra del Quinto Juzgado de Garantía de Santiago por errónea aplicación de derecho del

³⁹⁵ En el mismo sentido: SCS Rol 144.453-2020 y SCS Rol 30.162-2021.

artículo 318 del Código Penal. Sostiene el fallo (4) que, permanecer en la vía pública en horas de la tarde durante el toque de queda no es una conducta idónea para satisfacer la exigencia de poner en riesgo la salud pública. Asimismo, señala que el delito es uno de peligro hipotético o de idoneidad, no bastando la mera infracción a reglamentos sanitarios para realizar el tipo. Prevención del Ministro Sr. Llanos, quien además de acoger el recurso, dispone que, el principio de “lesividad”, es uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga también en el ámbito del enjuiciamiento a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando ese factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 318 del Código Penal.

“Cuarto: Que, los hechos probados ante el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de generación de riesgo y, la sola acción de haber sido sorprendido en horas de la tarde en la intersección de calle Lago Banguelo con avenida Salvador Gutiérrez, de la Población Villa Huelén, en la comuna de Cerro Navia, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó un peligro efectivo o hipotético, para la salud pública ni siquiera en tiempos de pandemia por no ser idónea para generar riesgo a la salud pública”.

SCS Rol N°66.368-2022, 19.01.2022

Antecedentes: Corte suprema acoge parcialmente recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago por errónea aplicación de derecho del artículo 318 del Código Penal. Sostiene el fallo que deambular por la calle o en un espacio abierto como lo es el de un estacionamiento durante el toque de queda, no es una conducta idónea para satisfacer la exigencia de poner en riesgo la salud pública. Finalmente, señala que el delito es uno de peligro hipotético o de idoneidad, no bastando la mera infracción a reglamentos sanitarios para realizar el tipo.

“QUINTO: Que, los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y, la sola acción de encontrarse al interior del estacionamiento de un supermercado en horas de la noche, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia por cuanto, el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que —ellas sí— son, a lo menos, hipotéticamente peligrosas e idóneas para generar el riesgo. Pero el estar, o deambular, incluso un sujeto en un espacio abierto como lo es el estacionamiento de un supermercado, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho,

esa conducta sanitariamente hablando es más peligrosa por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora —y sancionable— en sede no penal y, solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría, por ejemplo, si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso”.

SCS Rol N°42.594-2022, 07.01.2022

Antecedentes: Corte suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica por errónea aplicación de derecho del artículo 318 del Código Penal. Sostiene el fallo (4) que encontrarse al interior de un vehículo estacionado en la vía pública durante el toque de queda no es una conducta idónea para satisfacer la exigencia de poner en riesgo la salud pública. Finalmente, señala que el delito es uno de peligro hipotético o de idoneidad, no bastando la mera infracción a reglamentos sanitarios para realizar el tipo.

“**Cuarto:** Que, los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y, la sola acción de encontrarse al interior de un vehículo en la vía pública, en horas de la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia por cuanto, el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que —ellas sí— son, a lo menos, hipotéticamente peligrosas e idóneas para generar el riesgo. Pero el encontrarse al interior de un vehículo estacionado en la vía pública, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho, esa conducta sanitariamente hablando es más peligrosa por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora —y sancionable— en sede no penal y, solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría, por ejemplo, si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso”.