



UNIDAD DE CORTE

Documento de Trabajo/abril/2017.

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

Consultar sobre la versión oficial de este documento y los fallos citados a:

ucorte@dpp.cl

ÍNDICE

I. NOTAS SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LA CORTE SUPREMA....5

1.- El recurso de nulidad es de carácter extraordinario....5

1.1.- *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....5*

1.2.- *No se pueden invocar conjuntamente causales incompatibles en sus argumentos y efectos anulatorios....6*

1.3.- *No se puede pedir un efecto anulatorio inconexo con los fundamentos del recurso....7*

2.-El recurso de nulidad constituye una sanción de ineficacia procesal....7

2.1- *Presupuestos de la declaración de nulidad por la vía del artículo 373 a) del Código Procesal Penal....7*

2.2.- *La sanción de nulidad en el caso de acogerse el recurso por la causal del artículo 373 a) del Código Procesal Penal....13*

2.3.- *El efecto parcial del fallo de nulidad....18*

3.- El objeto del recurso de nulidad....20

4.- **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....22**

5.- **Falta de legitimación activa del Ministerio Público para alegar infracción de garantías constitucionales....22**

II. CONTENIDO DE LAS GARANTÍAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA....24

A.- MOMENTO DESDE EL CUAL LAS GARANTÍAS Y DERECHOS SE PUEDEN HACER VALER....24

B.- GARANTÍAS PROCESALES....25

1.- Debido proceso.....25

1.1.- *El contenido de debido proceso.....25*

1.2.- *El debido proceso en los procedimientos especiales....28*

1.3.- *Rendimiento de la garantía, en su acepción de legalidad de los actos del procedimiento....32*

2.- Imparcialidad del tribunal....36

2.1.- *El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial forma parte esencial de la garantía del debido proceso....36*

2.2.- *La imparcialidad comprende el derecho al juez independiente, imparcial y natural....37*

2.3.- *La imparcialidad determina la definición de juez....37*

2.4.- *Imparcialidad objetiva....37*

2.5.- *La falta de imparcialidad objetiva se puede reclamar por motivos no expresados en la ley...39*

2.6.- *La imparcialidad del tribunal constituye un imperativo directo del principio acusatorio....36*

2.7.- *La imparcialidad le impide al tribunal cualquier iniciativa probatoria...40*

2.8.- *La imparcialidad constituye un límite en la imposición de la pena....43*

2.9.- *La imparcialidad del tribunal cautela el contradictorio....44*

2.10.- *La imparcialidad del tribunal garantiza la igualdad de posiciones....45*

3.- Fundamentación de la sentencia....45

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...47

3.2.- La garantía de la fundamentación se refuerza en las sentencias condenatorias y el imputado ha negado los hechos....47

3.3.- El dolo o los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal, solamente pueden fijarse por un proceso de inducción...47

3.4.- La prueba indiciaria es más garantista por el plus de motivación que exige...48

3.5.- La fijación de los hechos debe estar precedida de una valoración racional de la prueba...49
3.6.- El tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba, conforme lo ordena el inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal....50

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....53

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....54

4.- Principio de no autoincriminación. Cuestiones preliminares, el derecho a guardar silencio y la asistencia de abogado defensor....54

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....55

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...55

4.3.- Auto incriminación ante peritos....56

5.- Derecho de defensa....56

5.1.- Derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa....56

5.2.- Derecho a controlar la prueba de cargo....59

5.3.- Derecho a rendir prueba....65

5.4.- Imputación necesaria....66

5.5.- Derecho a defensa técnica....69

5.6.- Correlación entre acusación y fallo....69

6.- Presunción de inocencia....74

C.- DERECHOS INDIVIDUALES....75

1.- Intimidación....75

1.1.- Inviolabilidad del hogar....76

1.2.- Privacidad de las comunicaciones....83

1.3.- Intimidación corporal....85

2.- Libertad personal....86

2.1.- Control de identidad....86

2.2.- Detención en situación de flagrancia....92

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

1.-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.

1.1.- 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

¹SCS Rol n° 161-2008. En la SCS Rol n° 964-2003 la Corte expresa lo siguiente sobre la naturaleza y alcance del recurso de nulidad: "(...) en relación con el concepto y definición del recurso interpuesto, en el sentido que "conceptualmente es un medio de impugnación legal en favor de los intervinientes del juicio oral en razón del especial agravio que les provoca la sentencia, o su tramitación, al infringirse sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile, vigentes, en que se cometa una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo o se incurriera en algún motivo absoluto de nulidad expresamente reconocido por la ley, con el objeto que la respectiva Corte de Apelaciones o, excepcionalmente, la Corte Suprema cuando ello corresponda, anule el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta. Se desprende de lo dicho que sus características fundamentales corresponden a un recurso extraordinario y de derecho estricto, en razón de los cuales se persigue la invalidación de la sentencia o del juicio oral o de ambos, sólo por causales expresamente definidas en la ley cumpliendo además algunas formalidades legales". En la SCS Rol n° 1.414-2009 lo definió del siguiente modo: "el recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido por el legislador para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, esto es, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del veredicto, abriendo paso a una decisión de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren violentado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". También ofrece una definición en la SCS Rol n° 4978-2008: "Que el recurso de nulidad reglado en el estatuto procesal penal ha sido instituido para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley, esto es, por contravenciones precisas y categóricas cometidas en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento del fallo, abriendo paso a una solución de ineficacia de todos aquellos actos en que se hubieren violentado sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes - artículo 373, letra a) -, o cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una inexacta aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo - artículo 373, letra b) -; o, por último, cuando se incurriera en contravenciones precisas que dieran lugar a los motivos absolutos de nulidad consagrados en el artículo 374 del estatuto en comentario".

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 (...)".

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.

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: “Que respecto de la primera causal de nulidad, la simple lectura del libelo de formalización revela que los argumentos con que se estructuran los diversos capítulos instaurados por el recurrente corresponden a aspectos que se encuentran expresamente regulados en el Código Procesal Penal, cuya trasgresión conforman los motivos absolutos de nulidad estatuidos en el artículo 374, letra e) y f), y no la vulneración de garantías constitucionales pretendida, argumento al que se ha recurrido con el único objeto de alterar el régimen de competencias que el legislador ha fijado. De este modo, y sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, el proceder de la defensa contraría el carácter extraordinario de este medio de invalidación”⁵. 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 de nulidad.

Asimismo, ha fallado que el recurrente, al forzar la causal, está modificando artificialmente 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 5898-08). 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”⁶.

1.2.- 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 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”⁷.

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

⁵ SCS Rol n° 5.415-2002, considerando 11°.

⁶ SCS Rol n° 5.922-2012, considerando 9°. Ver también la SCS Rol n° 5.898-2008, considerando 24°; SCS Rol n° 6.345-2007, considerando 8; SCS Rol n° 5.415-2007, considerando 11°.

⁷ SCS Rol n° 6.737-2012, considerando 8°.

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 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”⁸.

1.3.- 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 inconexo e incoherente con los fundamentos del mismo recurso”⁹.

2.- 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”¹⁰⁻¹¹. Luego, el recurso de nulidad debe entenderse regido “por los mismos principios generales de las nulidades procesales”¹², los que se encuentran expresamente regulados en la legislación procesal penal¹³.

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

a) Perjuicio¹⁴⁻¹⁵. 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

⁸ SCS n° 5019-2015, considerando 6°

⁹ SCS Rol n° 6.345-2007, considerando 8°.

¹⁰ SCS Rol n° 897-2006. Ver también las SSCS Rol n° 1.300-2007, Rol n° 5.956-2007.

¹¹ 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

¹² SCS Rol n° 5.869-2004

¹³ 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).

¹⁴ La declaración de la nulidad procesal es un mecanismo establecido para remediar un defecto de procedimiento que ocasiona *perjuicio*, entendiéndose para estos efectos que concurre 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 *perjuicio*. Véase **Pfeffer, Emilio**, Código Procesal Penal Anotado y Concordado, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, p. 271.

¹⁵ 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.

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 desconocido¹⁶. Luego, siendo el requisito básico de toda nulidad la “ocurrencia de un perjuicio a la parte que la reclama”¹⁷, se analizará este requisito en relación con el recurso de nulidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte.

a.1) 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 constitucional”¹⁸, que perjudique “efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso”¹⁹. 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 él. (Horvitz-López, op. cit., Págs. 414-415)”²⁰.

a.2) Trascendencia. Además, para que opere la sanción de nulidad, la infracción 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 fallo²¹.

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”²². En consecuencia, no basta para la configuración del perjuicio la sola inobservancia de formas procesales, ha de concurrir además una “concreta indefensión”²³, esto es, que las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el juicio se vean “efectivamente menoscabadas o entrabadas”²⁴. 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

¹⁶ SCS Rol n° 5.061-2010. Ver también las SSCS Rol n° 5.960-2005 y Rol n° 7.913-2012, considerando 7°.

¹⁷ SCS Rol n° 5.869-2004.

¹⁸ SCS Rol n° 2.866-2013. Consultar también las SSCS Rol N° 3.319-2002, Rol N° 5.960-2005, Rol N° 6.631-2007, Rol N° 502-2009, Rol N° 2.044-2009, Rol N° 990-2010, Rol N° 1.237-2010, Rol N° 6.305-2010, Rol N° 6.356-2010, Rol N° 1.179-2013 y Rol N° 23.930-2014.

¹⁹ SCS Rol N° 2.866-2013.

²⁰ SCS Rol n° 3.193-2008, considerando 14°.

²¹ 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. Ver **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.

²² SCS Rol n° 6.631-2007.

²³ SCS Rol n° 6.631-2007

²⁴ SCS Rol n° 990-2010. Ver también las SSCS Rol n° 3.682-2012; Rol n° 6.737-2012; Rol n° 2.866-2013; Rol n° 12494-2013; Rol n° 24173-2014 y Rol n° 5851-2015.

*indefensión provocada por un menoscabo inaceptable de la igualdad de posiciones*²⁵.

La Corte completa el concepto requiriendo que la infracción trascienda en lo dispositivo del fallo: *“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”*²⁶. 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”*²⁷ o *“la participación de los enjuiciados se tuvo también por establecida con otros antecedentes incriminatorios, los que condujeron a corroborar la imputación del testigo M331A. 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”*²⁸. En los fallos citados, la Corte Suprema asume que la infracción de garantías debe tener una trascendencia efectiva en lo dispositivo del fallo^{29, 30}.

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.

²⁵ SCS Rol N° 6.631-2007. Ver además la SCS Rol n° 6.711-2012 y Rol n° 25.641-2014

²⁶ SCS Rol n° 4.883-2013.

²⁷ SCS 897-2006. Ver también las SCS Rol n° 4.830-2012; Rol n° 5.608-2010; Rol n° 2.126-2012; Rol n° 4.830-2012; Rol n° 5.049-2012; Rol n° 5.338-2012 y Rol n° 6.737-2012.

²⁸ SCS Rol N° 1.179-2013. También en la SCS Rol n° 23.930-2014: *“Que de acuerdo a lo que se ha señalado en las motivaciones precedentes, el vicio denunciado carece de la sustancialidad necesaria para acceder a su acogida, desde que aun cuando se admitiera que la entrada y registro al domicilio del imputado se verificó fuera de los márgenes legales establecidos, es decir, que la policía sólo podía ingresar a éste para efectos de detener al encausado, lo cierto es que se habría llegado a una sanción penal en los mismos términos que la impuesta por la sentencia en estudio, desde que el tribunal contaba con antecedentes suficientes para condenar al acusado, ya que es un hecho establecido en la causa, no controvertido por la defensa, que éste arrojó un monedero que contenía droga, de resultas de lo cual la prueba obtenida al interior del domicilio no era la única con la que contaba el persecutor para sustentar su acción; ya que una conducta del sospechoso previa la entrada a la casa ya satisfacía los elementos del tipo penal, en razón de ello, el agravio acusado por la defensa tiene la entidad suficiente como prestar acogida a este capítulo del recurso, el que habrá de ser desestimado”*.

²⁹ 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 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”*, SCS Rol n° 3738-2012, considerando 8°.

³⁰ SCS Rol n° 5851-2015, considerando 8°. *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.*

b) Presunción de perjuicio. Como señala parte de la doctrina nacional, el recurso de nulidad opera como un mecanismo reactivo de protección de garantías³¹. Bajo este prima, 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 proporcionalidad³²) 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 recurso³³, presumiéndolo en favor del recurrente (defensa) en virtud de lo establecido en el artículo 160³⁴ del Código Procesal Penal. Los fallos en que se ha aplicado la regla son los siguientes:

• **SCS Rol n° 1.836-2007:** *“El perjuicio, elemento esencial cuando se trata de nulidades procesales, en este caso la ley lo presume de derecho pues se ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República, como lo sanciona el artículo 160 del Código de Enjuiciamiento Penal”* (considerando 5°)

• **SCS Rol n° 4.954-2008:** *“Al respecto valga tener presente que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del Código Procesal, Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento, presumiéndose de derecho la existencia del perjuicio, cuando la infracción ha impedido el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes”* (considerando 12°)

• **SCS Rol n° 4.164-2009:** *“Que si bien el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, exige que el atropello de derechos o garantías sea sustancial, no debe olvidarse que el establecimiento del debido proceso en la Constitución Política de la República, encuentra su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, cuando presume de derecho la existencia del perjuicio, si la anomalía ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Carta Magna, o en las demás leyes de la República”* (considerando 20°)

• **SCS Rol n° 5.203-2009:** *“Que si bien el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, exige que el atropello de derechos o garantías sea sustancial, no debe olvidarse que el establecimiento del debido proceso en la Constitución Política de la República, encuentra su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, cuando presume de derecho la existencia del perjuicio, si la inobservancia ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental, o en las demás leyes de la República”* (considerando 25°)

• **SCS Rol n° 5.658-2009:** *“En todo caso, de acuerdo al artículo 160 del Código Procesal Penal se presume de derecho la existencia del perjuicio cuando la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en la demás leyes de la República, tal como acontece en este caso, en que se ha quebrantado la garantía del debido proceso y en particular, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, cuya consagración constitucional y legal ya fue explicitada en el motivo sexto de este fallo, siendo forzoso concluir que la sentencia recaída en el procedimiento simplificado en análisis es nula”* (considerando 12°)

• **SCS Rol n° 9.758-2009:** *“Que, a mayor abundamiento, si bien el artículo 373,*

³¹ **Horvitz y López**, Ob. Cit., Tomo I, p. 103.

³² **Horvitz y López**, Ob. Cit., p. 414.

³³ 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.

³⁴ 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”.

letra a), del Código Procesal Penal, exige que el atropello de derechos o garantías sea sustancial, no debe olvidarse que el establecimiento del debido proceso en la Constitución Política de la República, encuentra su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, cuando presume de derecho la existencia del perjuicio, si la anomalía ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Carta Magna, o en las demás leyes de la República, cuyo es el caso aquí propuesto” (considerando 16°)

• **SCS Rol n° 6.165-2009:** “Que el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal exige que el atropello de derechos o garantías sea sustancial, lo que encuentra su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, cuando presume de derecho la existencia del perjuicio, si la anomalía ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Carta Magna, o en las demás leyes de la República [...] Que el vicio constatado aparece revestido de la relevancia necesaria para acoger el remedio procesal propuesto, precisamente porque impidió el pleno ejercicio del derecho a defensa amparado en el debido proceso, razón por la cual, se invalidará el juicio reponiéndose el procedimiento al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral ante tribunal no inhabilitado que corresponda” (considerandos 15° y 16°)

• **SCS Rol n° 4.001-2010:** “Que si bien el artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, exige que el atropello de derechos o garantías sea sustancial, no debe olvidarse que el establecimiento del debido proceso en la Constitución Política de la República encuentra su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, cuando presume de derecho la existencia del perjuicio, si la anomalía ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Carta Magna, o en las demás leyes de la República, cuyo es el caso aquí propuesto, por lo que el recurso de fojas 16, será acogido por la causal deducida de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, lo cual torna en innecesario el hacerse cargo de la restante motivación contenida en dicho libelo” (considerando 24°)

c) Que el vicio de nulidad no se haya saneado³⁵: 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.

c.1) 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 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 pretende³⁶. En otro caso, la Corte rechazó el recurso de nulidad del

³⁵ 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.

³⁶ SCS Rol n° 14.784-2014

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”³⁷.

c.2) 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”³⁸.

c.3) 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 Penal³⁹. De este modo, el recurso de nulidad –tal como sucede con el incidente de nulidad procesal- será inadmisibles o rechazado si el recurrente no reclamó oportunamente del vicio o defecto referido a una disposición que regular 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”⁴⁰, 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”⁴¹⁻⁴². En otra decisión declaró expresamente: “Que para el rechazo de este

³⁷ SCS Rol n° 5.869-2014

³⁸ SCS Rol n° 2.961-2006

³⁹ El inciso primero del artículo 377 dispone: “Preparación del recurso. Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiere a una ley que regular el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto”. 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 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.

⁴⁰ SCS Rol n° 5.898-2008.

⁴¹ SCS Rol n° 7.912-2012.

⁴² 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

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 atendida⁴³.

2.2.- 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 juicio⁴⁴.

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 sancionado⁴⁵.

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.

a) Extensión de la nulidad en caso de acogerse el recurso por la causal del artículo 373 a). 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 dependieren, lo que puede incluso provocar que el procedimiento se retrotraiga a etapas anteriores⁴⁶. Luego, tratándose del recurso de nulidad, la ineficacia procesal no se

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 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 SCS 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° 1844-2012.

⁴³ SCS Rol n° 6.742-2009.

⁴⁴ 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". V. **Cortez M., Gonzalo**, El Recurso de Nulidad, doctrina y jurisprudencia, Lexis Nexis, 2006, p. 398.

⁴⁵ La doctrina de la Corte Suprema en esta materia es muy importante, porque elimina el peligro que la el tribunal del reenvío incurra nuevamente en la infracción de garantías que motivo 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 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 [...]". **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.

⁴⁶ En los dos primeros incisos del artículo 165 del Código Procesal Penal, se dispone lo siguiente: "Efectos de la declaración de nulidad. La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren (...) El tribunal, al declarar la nulidad, determinará concretamente cuáles son los actos a los que ella se extendiere y, siendo posible, ordenará que se renueven, rectifiquen o ratifiquen". Por su parte, el inciso tercero del mismo artículo establece: "Con todo, la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad (...)". Estas normas

agota con la declaración de nulidad del juicio y de la sentencia, pudiendo extenderse a actos procesales desarrollados en etapas anteriores hasta llegar a acto inicial viciado o hasta aquel momento en que se dio inicio a la afectación sustancial de garantías fundamentales⁴⁷. 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 ilícita⁴⁸, 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 nulidad⁴⁹.

➤ **Exclusión de prueba ilícita del auto de apertura (o del conocimiento del tribunal del nuevo juicio)⁵⁰.**

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”.

⁴⁷ Durante mucho tiempo la Corte Suprema limitó la nulidad a la sentencia y el juicio, aun cuando la reparación del perjuicio requería de más medidas anulatorias. Ello generaba el temor razonable de que el tribunal oral del nuevo juicio valorara nuevamente la prueba ilícita o incurriera otra vez en el vicio, esta vez sin posibilidad de recurrir (Ver, por ejemplo, las SSCS Rol n° 3.795-2006; Rol n° 678-2007; Rol n° 1.836-2007). Fue en la SCS Rol n° 3.198-2008 donde por primera vez la Corte extendió los efectos anulatorios más allá del juicio oral, con la finalidad de reparar una infracción de garantías fundamentales producida en la etapa intermedia. Para proceder de esta manera señaló: *“Que el efecto propio de toda nulidad es la invalidación del acto que ha provocado el perjuicio y de todos aquéllos que sean consecuencia necesaria de aquél. En este sentido, la sola invalidación de la sentencia y del juicio oral, no son suficientes para sanear el grave defecto que se aprecia en autos, razón por la cual ha de extenderse el efecto anulatorio hasta aquel momento en que efectivamente se da inicio a la afectación esencial de los derechos de la inculpada. Al respecto valga tener presente que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del Código Procesal. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento, presumiéndose de derecho la existencia del perjuicio, cuando la infracción ha impedido el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes. Por su parte, recogiendo el principio general, en el artículo 165 del mismo cuerpo legal antes citado se establece que La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanen o dependieren. Y aun cuando esa norma señala en su inciso tercero, el impedimento de retrotraer la causa a etapas anteriores, se contempla como excepción precisamente los casos en que ello correspondiera de acuerdo a las normas del recurso de nulidad, agregando en su inciso final, que la solicitud de nulidad constituye preparación suficiente del recurso de nulidad, para el caso que el tribunal no resuelve la cuestión de conformidad a lo solicitado (...) Carecería de sentido, ordenar de modo expreso a la Corte determinar el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, cuando se está refiriendo justamente a los casos en que es necesario invalidar sentencia y juicio oral, si sólo pudiese invalidarse hasta este último”.*

⁴⁸ Al respecto, **Hernández Basualto** señala: “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 hipótesis en que el juez de garantía no excluye la prueba ilícita”. V. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, N°2, 2002, Universidad Alberto Hurtado, p. 93.

⁴⁹ Porque como se dijera, conforme dispone el inciso primero del artículo 360 del Código Procesal Penal, la Corte solo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por el recurrente, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas en el recurso o más allá de los límites de lo solicitado.

⁵⁰ Ver también las SSCS 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.

• **SCS Rol n° 9.758-2008:** “(...) y se declara que se anula tanto dicho fallo como el juicio oral (...) debiendo la causa retrotraerse al estado de celebrarse uno nuevo ante el Tribunal Oral en lo Penal competente y no inhabilitado que corresponda, excluyéndose de su conocimiento toda referencia respecto de los antecedentes obtenidos de la declaración tomada por la Policía de Investigaciones al imputado”.

• **SCS Rol n° 4.001-2010:** “(...) y se declara que se anula tanto dicho fallo como el juicio oral (...), debiendo la causa retrotraerse al estado de celebrarse uno nuevo ante el Tribunal Oral en lo Penal competente y no inhabilitado que corresponda (...) excluyéndose de su conocimiento las declaraciones de los funcionarios policiales (...) en relación a lo expresado por los imputados (...)”.

• **SCS Rol n° 6.305-2010:** “(...) y se declara que se anula dicho fallo y el juicio oral que le sirve de antecedente (...) debiendo a su respecto retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral ante el tribunal oral en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda, excluyendo de su conocimiento lo que puedan declarar los testigos (...) así como el funcionario aprehensor (...) respecto de los reconocimientos presenciales y fotográficos efectuados entre ellos y el imputado (...), como lo por éste último declarado verbalmente a la policía durante la etapa investigativa”.

• **SCS Rol n° 11.513-2011:** “(...) se anula dicho fallo y el juicio oral simplificado que le sirvió de antecedente (...) debiendo retrotraerse la causa al estado de realizar una nueva audiencia de juicio simplificado, con exclusión de la declaración del funcionario de Investigaciones (...) del perito (...) y de la evidencia material consistente en una arma hechiza, formada por dos tubos metálicos”.

• **SCS Rol n° 2.958-2012:** “(...) se invalidan la sentencia y el juicio oral que le antecedió (...) y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos (...) en relación a todo el procedimiento que practicaron el día 7 de julio de 2011 desde el uso de una persona como agente revelador, inclusive, en adelante. Se excluyen, asimismo, dos actas de análisis técnico narcotest de esa misma fecha; los protocolos de análisis químico código de muestra N° 1 y 2 del acta N° 47 de 27 de julio de 2011; los informes de efectos de peligrosidad para la salud pública y un set de 5 fotografías correspondientes a droga y balanza digital, tomadas por funcionarios del OS7 de Carabineros de Ancud el 7 de julio de 2011”.

• **SCS Rol n° 5.116-2012:** “(...) y se repone la causa al estado de realizar nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, debiendo excluirse del auto de apertura la declaración de la testigo doña (...)”.

• **SCS Rol n° 2.866-2013:** “(...) y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio ante el Tribunal Oral en Lo Penal no inhabilitado que corresponda, excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de la testigo (...) y las psicólogas del C.A.V.A.S. (...)”.

• **SCS Rol n° 10.246-2013:** “(...) y se anula la sentencia de siete de octubre de dos mil trece, así como el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 0910021087-5, sólo respecto del acusado recurrente Javier Hernán Navarro Rebolledo y se restablece el proceso al estado que un tribunal no inhabilitado realice nuevo juicio oral, en el que no se reproducirán las declaraciones contenidas en actas en el sumario sanitario N° 378-2009 de la SEREMI de Salud de Bio Bio, como declaraciones testimoniales”.

• **SCS Rol n° 3.501-2014:** “(...), se invalidan la sentencia de veintisiete de enero pasado cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 300-2013 y RUC 1300717809-8, del 7°

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de (...); la prueba documental consistente en Acta de Recepción N° 11935-2013, Sección Decomisos del Subdepartamento de Sustancias Ilícitas Instituto de Salud Pública de Chile; Reservado N° 11935-2013 del Jefe Sección Decomisos del mismo Subdepartamento, de 7 de agosto de 2013; Protocolo de Análisis Químico del Subdepartamento de Sustancias Ilícitas del Instituto de Salud Pública, recepción 24 de julio de 2013 y emisión protocolo de 6 de agosto de 2013; código de muestra 11935-2013-M1-1 NUE 894004, e Informe de Efectos y Peligrosidad para la Salud Pública de

Cocaína Base; Reservado N° 11935-2013 de Jefe Sección Decomisos, Subdepartamento de Sustancias Ilícitas de 4 de septiembre de 2013; Protocolo de Análisis Químico recepción decomiso de 24 de julio de 2013 y fecha de emisión protocolo de 2 de septiembre de 2012, Código de muestra 11935-2013-M1-1 NUE 894004 e Informe de Efectos y Peligrosidad para la Salud Pública de Cocaína Base; Ordinario N° 3776 de 1 de agosto de 2013 de la Directora del Servicio de Salud Metropolitano Oriente; Acta de Recepción N° 1380 de 24 de julio de 2013 de Oficina de Decomisos, Unidad Gestión de Farmacias, Subdirección de Gestión Asistencial del Ministerio de Salud; Informe NUE 894003 N° Interno 1380, Protocolo de Análisis e Informe de Droga de 25 de julio de 2013 del Laboratorio de Bioquímica del Instituto de Neurocirugía del Servicio de Salud Metropolitano Oriente; Ordinario N° 377 (sic) de 1 de agosto de 2013 de la Directora del Servicio de Salud Metropolitano Oriente; Oficio N° 326 de 23 de julio de 2013 de la Sección OS 7 de Carabineros de Chile; Acta de recepción N° 1381 de 24 de julio de 2013 de la Oficina de Decomisos, Unidad de Gestión de Farmacias, Subdirección de Gestión Asistencial del Ministerio de Salud; Informe NUE 510418, N° Interno 1381, protocolo de análisis e informe de droga de 25 de julio de 2013 del Laboratorio de Bioquímica del Instituto de Neurocirugía del Servicio de Salud Metropolitano Oriente; copia de comprobante de depósito en el Banco del Estado de Chile por la suma de \$25.000; y otros medios de prueba identificados como NUE 510418, dos trozos de papel blanco cuadriculado; NUE 894003, veintiún trozos de papel blanco cuadriculado y una bolsa de nylon color amarillo; NUE 894004, cinco bolsas de nylon transparente; NUE 2472049, dos paquetes de bolsas de nylon transparente; tres fotografías de droga y dinero incautado tomadas por el Sargento 2° (...)

• **SCS Rol n° 6.868-2014:** "(...) y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de (...) y seis fotografías signadas con los números 14, 15, 16, 17, 18 y 19 exhibidas a los testigos ya individualizados".

• **SCS Rol n° 11.835-2014:** "(...) y se ordena realizar nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, en el que se omitirá de la prueba ofrecida por el ente persecutor consistente en los dichos de los testigos de cargo (...), sólo en cuanto se refieran a la diligencia declarada nula y a los reconocimientos de especies obtenidos en aquella; y de los funcionarios policiales (...), en cuanto intervinieron en la mencionada diligencia ilegal y en todo lo relacionado con las especies incautadas en ella; además de las mismas especies incautadas en el domicilio del imputado, con motivo de la diligencia declarada ilegal y las pruebas que de ella deriven, como fotografías o peritajes de las mismas".

• **SCS Rol n° 18.011-2014:** "(...) y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de (...); y la prueba material consistente en un arma de fuego de fabricación artesanal, del tipo escopeta, acondicionada al calibre 12, compuesta por dos tubos metálicos".

• **SCS Rol n° 21.413-2014:** "(...), y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de (...) respecto de los hechos acaecidos a partir del ingreso a la habitación del imputado. Se prescindirá asimismo del testimonio de (...) respecto de la sustancia decomisada; de los peritos (...) y de la prueba documental consistente en Ordinario reservado N° 15 de 24 de enero de 2013 del Servicio de Salud de Reloncaví que remite protocolo de análisis de la sustancia decomisada; Acta N° 427/2012 de Recepción del Servicio de Salud de Reloncaví de 22 de octubre de 2012 que indica el peso o cantidad de la sustancia; Protocolo de Análisis N° 0001, contenido en memo N° 116, de 21 de enero de 2013; Informe sobre Tráfico y acción de marihuana en el organismo; Oficio Reservado N° 11 de 31 de enero de 2013 que remite Protocolo de Análisis; Reservado N° 28763-2012 de 15 de enero de 2013 del Instituto de Salud Pública de Chile; Protocolo de Análisis Químico Unidad de Sustancias Ilícitas del Instituto de Salud Pública de Chile correspondiente a muestra N° 28763-2012-M1-1, de 15 de enero de 2013; Informe sobre Efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína base; Copia Oficio N° 378 de 19 de octubre de 2012 del OS7 de Carabineros al Servicio de Salud del Reloncaví; fotografías del sitio del suceso, de la droga y especies incautadas, una pesa digital de bolsillo y un teléfono celular marca LG".

• **SCS Rol n° 23.683-2014:** "(...) y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral simplificado ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de (...) de los funcionarios señores (...) el video extraído de

la cámara de vigilancia y las fotografías tomadas de las especies incautadas”.

➤ **Se retrotrae el procedimiento a la etapa intermedia:**

• **SCS Rol n° 3.198-2008⁵¹:** “(...) Se invalida asimismo, la audiencia preparatoria del referido juicio oral (...), restableciéndose el procedimiento al estado de citar a los intervinientes para la realización de una nueva audiencia preparatoria de juicio oral, por juez no inhabilitado, y cumplir las etapas procesales posteriores conforme a derecho, en todas las cuales la imputada deberá ser representada debidamente por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión”.

• **SCS Rol n° 4.954-2008:** “(...) se invalida la sentencia (...) y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo retrotraerse la causa al estado que ministros no inhabilitados de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt o de la que deba subrogarla, conozcan y resuelvan, como en derecho corresponda, la apelación deducida por el Ministerio Público contra el auto de apertura”.

• **SCS Rol n° 6.934-2009:** “(...) y se repone la causa al estado de celebrarse nueva audiencia preparatoria de juicio oral, por tribunal no inhabilitado que corresponda”.

• **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”.

➤ **Se retrotrae el procedimiento a la etapa de investigación:**

• **SCS Rol n° 1.314-2010:** “(...) 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”.

b) 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.

➤ **Efecto anulatorio no solicitado por el recurrente:**

• **SCS Rol n° 6.025-2005:** “La decisión impugnada por esta vía, dictada en sede de nulidad, no se adoptó legalmente ya que, acogido que fuera el recurso que invalidó el fallo de primer grado, se pronunció sin nueva vista pero separadamente- una sentencia de reemplazo fuera de los casos que permite la ley y sin tener competencia para ello de acuerdo a lo pretendido por el ministerio público recurrente, todo lo cual importa una contravención a lo dispuesto en los artículos 385 y 360 del Código Procesal Penal”.

• **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,

⁵¹ Se pueden consultar también las SCS Rol n° 6175-2008 y Rol n° 4060-2012. En estas sentencias de nulidad se determinó que las defensas fueron asumidas por falsos abogados. En consecuencia, la extensión de los efectos anulatorios fue correcta, porque una protección efectiva del imputado pasaba por darle al menos la oportunidad que un verdadero letrado asumiera la defensa a partir de la audiencia de preparación del juicio oral.

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”.

➤ **Efecto anulatorio no previsto en la ley:**

• **SCS Rol n° 7.677-2012⁵²:** “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”.

2.3.- 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) ⁵³. De este modo, los hechos sobre los que recayó absolución

⁵² Los motivos absolutos de nulidad, regulados en el artículo 374 del Código Procesal Penal, conducen inevitablemente a la nulidad del juicio y de la sentencia, de modo que darles un efecto anulatorio diferente es constitutivo de falta o abuso grave en opinión de la Corte.

⁵³ 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. 2°. 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

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, como lo retrata este fallo en que se acoge un recurso de queja del Ministerio Público deducido contra el *ad quem* que otorgó efectos parciales a un fallo de nulidad: “*Que el recurso de queja ha reclamado también de la decisión de los jueces superiores que intervinieron en razón del recurso de nulidad en la sección que decide por una parte anular parcialmente el juicio y la sentencia, y por otra declarar que es válida. A este respecto, debe tenerse en consideración que de los artículos 372, 373 y 374 del Código Procesal Penal, el recurso en cuestión se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley. Es decir, el acogimiento de alguno de los motivos que autoriza el recurso conlleva a la repetición del juicio oral íntegramente, salvo que se esté en alguno de los casos excepcionales contemplados en el artículo 385 del mismo cuerpo legal, lo que obligaría a resolver al mismo tribunal mediante la correspondiente sentencia de reemplazo. Pero las materias propuestas y resueltas no se encuentran en los casos de excepción que contempla esta norma*”⁵⁴.

Acertadamente esta jurisprudencia fue abandonada, y actualmente el efecto relativo del fallo de nulidad es plenamente reconocido por la Corte.

• **SCS Rol n° 4.972-2010:** “(...) *Que las únicas excepciones que contempla el artículo 360 del Código Procesal Penal, que permitieron a los sentenciadores pronunciarse sobre materias no reclamadas por los recurrentes, se consignan en sus incisos segundo y tercero y, en el artículo 379, inciso segundo, del mismo código (...) La primera excepción, se produce si sólo uno de varios imputados por el mismo delito entablare el recurso contra la resolución, caso en el cual, la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal declararlo así expresamente. Si la resolución hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente. La siguiente excepción, dice relación con las actuaciones de oficio que la Corte puede ejercer conociendo de un recurso de nulidad, en cuyo caso podrá acoger el recurso que se hubiere deducido a favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374 que contempla los motivos absolutos de nulidad (...) Que de esta forma ha quedado en evidencia que los ministros recurridos han cometido falta o abuso grave que debe ser enmendada por esta vía, anulándose la decisión impugnada en definitiva, y la que le fue su antecedente, haciéndose uso de las facultades disciplinarias oficiosas que otorga a esta Corte el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales*”.

• **SCS Rol n° 4.001-2010:** “(...) *y se declara que se anula tanto dicho fallo como el juicio oral de que es objeto bajo el RUC N° 0800506744-9, RIT N° 6-2010, debiendo la causa retrotraerse al estado de celebrarse uno nuevo ante el Tribunal Oral en lo Penal competente y no inhabilitado que corresponda, particular y únicamente respecto de los imputados (...)*”.

• **SCS Rol n° 1.258-2012:** “(...) *se invalida la sentencia de trece de enero del año en curso y el juicio oral que le sirvió de antecedente en el proceso RIT O-637-2011 y RUC 1000433716-1, sólo en cuanto a los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes por los que han sido acusados ambos imputados, dejándose subsistentes tanto el juicio como la sentencia, en lo que atañe al delito de lesiones causadas a funcionarios de la Policía de Investigaciones en ejercicio de sus funciones*”.

• **SCS Rol n° 1.844-2012:** “(...) *se acoge el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 19 en representación de la condenada (...) y en consecuencia, se invalida la sentencia de treinta de enero de dos mil doce cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de estos antecedentes y el juicio oral que le sirvió de antecedente en el proceso Rit O-57-2011 y RUC 1100355473-4, sólo respecto de la acusada (...) reponiéndose la*

las absoluciones nadie ha manifestado agravio, no es aceptado por el sistema que sean afectadas por la nulidad.

⁵⁴ SCS Rol N° 3513-2007.

causa al estado de celebrarse nuevo juicio oral en lo que a ella corresponde, por tribunal integrado por miembros no inhabilitados”.

• **SCS 7.009-2012:** “(...) se acoge el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 65 en representación del acusado (...) en contra de la sentencia de veintiocho de agosto del año en curso, cuya copia corre agregada a fs. 14 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le precedió en el proceso RUC 1100529950-2 y RIT 57-2012, las que se invalidan y se restablece el proceso al estado de fijarse nueva audiencia para la celebración de juicio oral, sólo por la imputación en que había sido condenado”.

• **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 1° 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 (...)”.

3.- 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)⁵⁵. 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”⁵⁶⁻⁵⁷.

En cuanto a la causal establecida en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal⁵⁸,

⁵⁵ SCS Rol n° 6.631-2007, considerando 4°.

⁵⁶ SCS 12.196-2011, considerando 12°.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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

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 decisoria 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 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*⁵⁹.

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*⁶⁰.

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).

⁵⁹ SCS Rol n° 5.654-2012. Según la Corte Suprema, no puede atacarse la falta de fundamentación probatoria a través de la causal del artículo 373 b) del Código Procesal Penal. En esta materia, el régimen recursivo del Código Procesal Penal se distancia notablemente del anterior código de enjuiciamiento criminal, como consecuencia de los sistemas de prueba a los que se encuentran adscritos. La diferencia entre ambos regímenes es considerable. Mientras la nulidad ataca una fundamentación probatoria que no se realizó de acuerdo a las reglas de sana crítica, la casación ataca una fundamentación probatoria que no acató el valor probatoria asignado por el sistema de prueba legal o tasada. En otras palabras, 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 los mismos términos se pronunció en la SCS Rol n° 23.399-2014: *“Que el artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Al respecto, este tribunal ya ha señalado que este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y, en particular, con las consideraciones de derecho tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En resumen, el reproche debe estar referido a una errónea aplicación de la ley sustantiva penal en relación tanto a la calificación jurídica de los hechos como de la participación culpable, o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que especifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados por los jueces del grado resultan inamovibles para esta Corte”*. Ver también las SSCS Rol n° 1.079-2013; Rol n° 2.263-2013; y Rol n° 21.408- 2014.

⁶⁰ SCS Rol n° 7.913-2012.

4.- 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 estricto⁶¹. *“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)⁶².

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.

5.- 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 judicial⁶³, en sus últimos fallos⁶⁴ la Corte ha resuelto que el Ministerio Público no se encuentra legitimado para recurrir de nulidad por infracción de garantías constitucionales⁶⁵. Las razones para negarle legitimación activa al Ministerio Público en

⁶¹ 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 intermediación y oralidad, quedan excluidas de la jurisdicción casatoria.

⁶² SCS Rol n° 12.196-2012.

⁶³ El artículo 352 del Código Procesal Penal dispone “Facultad de recurrir. Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley”.

⁶⁴ SCS Rol n° 5.654-2012 y Rol n° 6.831-2012.

⁶⁵ 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: *“La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo”*, en SCS Rol n° 3666-05. También le había reconocido legitimidad activa bajo el argumento que el órgano persecutor en su calidad de parte en un sistema adversarial, le asisten, en un marco igualitario, los mismos derechos y deberes de cualquier litigante en un proceso criminal: *“Que sobre esta materia esta Corte Suprema, en síntesis, ha dicho que: “el Ministerio Público es un organismo autónomo de la mayor relevancia dentro de la etapa de investigación del proceso penal, pues detenta en forma exclusiva y excluyente la averiguación de la existencia real de un presupuesto de reacción penal, cumpliendo una función distinta a la del juez, verdadero administrador de justicia, constituyéndose este último como justo árbitro de la contienda y el otro como parte, caso en el cual podemos observar al Estado cumpliendo correctamente con sus dos roles específicos, pero esencialmente distintos: el de administrador de justicia y el de perseguidor por los delitos”. Se agrega que: “nuestro sistema consagra un régimen que la doctrina especializada ha llamado “adversarial”, en donde los rasgos acusatorios tienen un peso definitivo y se entiende que es parte todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias opuestas a otros intervinientes, generándose un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso criminal, de lo que dan cuenta numerosas disposiciones de nuestro nuevo sistema de juzgamiento penal, como por ejemplo, los artículos 260, 266, 269, 284, 286, por lo que es inconcuso afirmar que el Ministerio Público y específicamente sus fiscales, se encuentran en un plano de igualdad procesal frente a la persona del agresor”. Luego de argumentos que refuerzan la tesis expuesta se concluye que: “el*

esta materia son en síntesis las siguientes:

• **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 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”⁶⁶.*

• **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 restantes causales y medios de impugnación que establece el Código Procesal Penal⁶⁷.*

• **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”⁶⁸.*

Ministerio Público está perfectamente legitimado por la ley para invocar la garantía del debido proceso en su favor” en SCS Rol n° 1.300-2007. Ver también las SCS Rol n° 4.969-2002; Rol n° 437-2005; Rol n° 3.003-2010; Rol n° 3556-2007; Rol n° 3.894-2005; Rol n° 3.894-2005; Rol n° 4.656-2005; 4.805-2009; Rol n° 6.093-2005; Rol n° 5.869-2004.

⁶⁶ SCS Rol n° 5.654-2012, considerando 10°.

⁶⁷ SCS Rol n° 5.654-2012, considerando 10°.

⁶⁸ SCS Rol n° 5.654-2012, considerando 11°.

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 llenar 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 derecho⁶⁹. 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 7°.- 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 punible⁷⁰. Como se puede apreciar, la norma desformaliza el 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

⁶⁹ **Emilio Pfeffer Urquiaga**, citado por **Horvitz y López**, Ob. Cit., Tomo II, página 430.

⁷⁰ 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.

imputado⁷¹.

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 estatuto: *“Que, como consecuencia de lo que se viene resaltando, resulta una inferencia evidente de que a quien se interrogó el 26 de diciembre de 2007, no era un simple testigo, se trataba ni más ni menos que del principal sospechoso de la investigación. En tanto que la explicación entregada, relativa a obligatoriedad de la apreciación con que la policía estimó su intervención, no parece del todo procedente en situaciones como la propuesta, que pudiera dejarse entregada a una autoridad administrativa 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 estatuto, lo que llevaría al extremo de que bastaría una simple estimación de quien realiza un procedimiento investigativo para definir si se declara en una u otra calidad, lo que permitiría vulnerar los derechos constitucionales del imputado, pues de esa forma se podría ilegalmente obtener información valiosa en contra del declarante para luego es utilizada en su contra sin mayor advertencia, lo cual parece un despropósito y va contra el texto expreso de normas constitucionales y legales que inspiran el nuevo sistema procesal penal, que bajo ningún respecto o circunstancia ampara (...) Que el artículo 7º del Código Procesal Penal dispone que 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. Entendiendo por ello cualquiera diligencia o gestión, entre otras, las de investigación que se realicen por la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible, que es lo que precisamente ocurrió en el caso propuesto al momento de tomarse la declaración del acusado de autos conforme ya se precisó en los motivos anteriores⁷². También ha resuelto: “(...) A este respecto, es útil tener presente que la condición jurídica en que las personas relacionadas con actos delictivos son trasladadas a recintos policiales, queda determinada por los actos que hubieren ejecutado, y no por el calificativo que pudieran darles los funcionarios policiales⁷³⁻⁷⁴.*

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 3º del art. 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 procedimiento y una investigación racionales y justos⁷⁵. El contenido del *debido proceso* se construye además con las garantías contenidas en la Constitución y en los tratados

⁷¹ Véase Horvitz y López, Ob. Cit., Tomo I, páginas 223 y 224.

⁷² SCS Rol n° 9.758-2009.

⁷³ SCS Rol n° 3.849-2012.

⁷⁴ En un fallo bastante discutible la Corte 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.

⁷⁵ 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.

internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁷⁶.

Como se verá, la Corte Suprema ha desarrollado distintas acepciones de *debido proceso*:

a) Conjunto de garantías mínimas. La Corte 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 (...)*”⁷⁷.

b) Garantía del imputado. En otros fallos ha conceptualizado el *debido proceso* como una garantía del imputado: “*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*”⁷⁸. 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 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.*”⁷⁹

c) Legalidad de los actos del procedimiento. El *debido proceso* garantiza la legalidad de los actos del procedimiento: “*Que, si bien es cierto que el derecho a un debido proceso nace y evoluciona con el objeto de proteger al perseguido frente al poder de persecución punitiva del Estado, es preciso distinguir entre la garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente en la norma constitucional mencionada, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo*”⁸⁰.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ SCS Rol n° 3.521-2012, considerando 4°. Ver también SCS Rol n° 6.345-2007, considerando 6°; SCS Rol n° 6.742-2009, considerando 7°; SCS Rol n° 3.909-2009, considerando 9°; SCS Rol n° 8.042-2009, considerando 9°; SCS Rol n° 3.682-3012; SCS Rol n° 1.414 – 2009; y SCS Rol n° 990-2010.

⁷⁸ SCS Rol n° 5.898-2008, considerando 23°. Ver también la SCS Rol n° 6.764-2007, considerando 7°; y SCS 7.351-2009, considerando 7°.

⁷⁹ SCS Rol n° 5.654-2012, considerando 10°.

⁸⁰ SCS Rol n° 437-2005, considerando 5°. Consultar también la SCS Rol n° 3.666-2005, considerando 3°;

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.)”⁸¹.

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.”⁸²

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 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”⁸³.

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(...)”⁸⁴.

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”⁸⁵. Y en su conexión

⁸¹ SCS Rol n° 3.795-2006, considerando 12°. Ver además la SCS Rol n° 2.925-2012, considerando séptimo; SCS Rol n° 4.001-2010, considerando 17°; y SCS Rol n° 7.351-2009, considerando 7°.

⁸² SCS Rol n° 5851-2015, considerando 5°

⁸³ SCS Rol n° 4.954-2008, considerando 7°.

⁸⁴ SCS Rol n° 4.164-2009, considerandos 16° y 17°. Ver también la SCS Rol n° 7.824-2008, considerandos 11° y 12°.

⁸⁵ SCS Rol n° 3.795-2006, considerando 13°. Consultar también la SCS Rol n° 2.925-2012,

con la imparcialidad del tribunal ha indicado:

“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 (...) 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”⁸⁶.

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 adultos”⁸⁷.*

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 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”⁸⁸.*

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 contraríe 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*

considerando 8°.

⁸⁶ SCS Rol n° 4.164-2009, considerando 14°.

⁸⁷ SCS Rol n° 4.419-2013.

⁸⁸ SCS Rol n° 6.305-2010.

*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 dubitada le es asistemática*⁸⁹.

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*”⁹⁰.

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 querella: *“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 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*”⁹¹. 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*”⁹².

c) Procedimiento simplificado⁹³: La Corte le ha restado cierta eficacia a la garantía

⁸⁹ SCS Rol n° 4.419-2013.

⁹⁰ SCS Rol n° 380-2009.

⁹¹ SCS Rol n° 2.249-2010, considerando 7°. En los mismos términos las SSCS Rol n° 8.042-2009, considerando 15°, y Rol n° 2.345-2005, considerando 4°.

⁹² SCS Rol n° 8.042-2009, considerando 17°.

⁹³ 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, Strafberfehlverfahren; 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 (**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

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 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”*⁹⁴.

d) Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad⁹⁵:

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” (**Claus Roxin**, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, traducción de la vigésimo quinta edición alemana, ps. 550-551). 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 juicio (Al respecto **Alberto M. Binder**, Ob. Cit., ps. 271 y ss.).

⁹⁴ SCS Rol n° 3.556-2007, considerandos 12° y 13°. En este caso, la cuestión levantada por el ministerio público en el recurso fue que el artículo 391 del Código Procesal Penal no exige que el requerimiento indique los puntos sobre los que deben declarar los testigos, de manera que no procedía aplicar en este caso, ni aún en forma supletoria, lo dispuesto en el artículo 259 del Código Procesal Penal. No obstante, la Corte Suprema fue más allá, y declaró que del artículo 391 se lee que el requerimiento no exige la individualización de los testigos y la precisión de aquello sobre lo cual van a declarar. V.t. la SCS Rol n° 4.805-2009, considerandos 11° y siguientes; y SCS Rol n° 5.461-2012, considerando 8°.

⁹⁵ La Corte Suprema, en la SCS Rol n° 1.079-2013, declaró lo siguiente sobre este procedimiento especial: *“Que, por otra parte, es preciso tener en consideración que el título cuya aplicación se reclama consagra un sistema de medidas de seguridad que se aplican mediante un procedimiento que responde a la garantía del juicio previo, encaminado a establecer primero si se cometió o no el delito atribuido al inimputable y, en segundo lugar, a determinar la peligrosidad de su autor, para verificar a su turno si es necesaria la aplicación de una medida de seguridad y, en caso de ser así, su clase y condiciones, exigencias todas contenidas en el enunciado que formula el artículo 455 del Código Procesal Penal. Lo anterior es producto de la conceptualización de la medida de seguridad como consecuencia jurídica del hecho— si bien no es una pena, formalmente hablando— que suele suponer un contenido aflictivo para el sujeto, en cuanto privación o restricción de derechos básicos en grado no menor que el castigo fundado en la culpabilidad por el hecho, de manera que la reacción a este suceso no culpable se mantiene dentro de la esfera del Derecho Penal. Tal inteligencia del instituto permitió el legislador procesal penal extender a la materia en análisis el respeto al principio de legalidad, el de intervención mínima (artículos 455 y 457 del Código Procesal Penal), la exigencia de proporcionalidad entre el hecho y su consecuencia (artículos 457 y 481 del código adjetivo), conforme a la cual se hace una ponderación de los intereses en juego, permitiendo en todo caso la introducción de elementos inherentes a su naturaleza, como es el análisis de la entidad de la peligrosidad manifestada en el delito, el juicio de pronóstico y los bienes jurídicos del sujeto afectados por la medida. Estas mismas particularidades permiten comprender la exigencia que se formula sobre la necesidad de su aplicación (diversa de la que se analiza en el Derecho Penal de penas) que impide que ella se extienda más allá del límite estrictamente necesario para prevenir la peligrosidad*

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 dañinos, 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 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*

del autor, de manera que si desaparece antes del tiempo máximo dado por la pena asignada al delito cometido, debe cesar inmediatamente su aplicación (artículo 481), aspecto que encuentra su fundamento en los fines preventivo especiales propios del régimen de medidas de seguridad, por sobre los criterios preventivo generales o de retribución que rigen el sistema de sanciones fundadas en la culpabilidad (Jesús Silva Sánchez, El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales, J.M. Bosch Editor, pág. 29) En relación al criterio de peligrosidad, cabe tener presente que la doctrina chilena ha señalado que éste debe establecerse de acuerdo a un juicio de pronóstico que determine la probabilidad concreta de que el individuo cometa determinados delitos en el futuro, como consecuencia de su enfermedad que determina su inimputabilidad (María Inés Horvitz Lennon, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pág. 559 y siguientes), y todo ello en el marco de un proceso penal (artículo 455), regulado en los artículos 458 y siguientes”.

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

⁹⁷ SCS Rol n° 5.203-2009.

seguridad”⁹⁸⁻⁹⁹.

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 policía¹⁰⁰: Si bien el artículo 83 del Código

⁹⁸ SCS Rol n° 5.203-2009.

⁹⁹ 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.”

¹⁰⁰ 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” (**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). 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

Procesal Penal permite a la policía realizar determinadas actuaciones sin orden previa, 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: *“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”*¹⁰¹.

Las actuaciones autónomas de la policía fuera de los casos autorizados por la ley¹⁰², 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”*¹⁰³. 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.”*¹⁰⁴.

De esta forma, cuando la policía sobrepasa el ámbito normativo que le permite actuar autónomamente, como por ejemplo, cuando a raíz de una denuncia desarrolla una investigación¹⁰⁵ 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*

mismo, estas restricciones o limitaciones deben verse como mecanismos de refuerzo del interés en la vigencia cabal de las garantías.

¹⁰¹ SCS Rol n° 18.011-2014, considerando 6°.

¹⁰² El artículo 83 del Código Procesal Penal establece en forma taxativa las actuaciones que la policía puede realizar sin orden previa.

¹⁰³ SCS Rol n° 2.573-2012, considerandos 9°.

¹⁰⁴ SCS Rol n° 11.513-2011, considerandos 6° y 7°. Ver también las SSCS Rol n° 2.573-2012, Rol n° 11.835-2014, Rol n° 23.683-2014 y Rol n° 1946-2015.

¹⁰⁵ 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.

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”¹⁰⁶ 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 (efectuado el día antes de la actividad policial) para obtener 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.”¹⁰⁷.

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.”¹⁰⁸

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

¹⁰⁶ 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. En los mismos términos procedió en las SSCS Rol n° 2.573-2012 y Rol n° 23.683-2014.

¹⁰⁷ SCS Rol n° 23.683-2014, considerando 6°.

¹⁰⁸ SCS Rol n° 29.375-2014, considerando 14°

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 la SCS Rol n° 3.501-2014.

obtener la respectiva autorización judicial e ingresar al inmueble del imputado procediendo a su detención, por lo que la diligencia quedó teñida de 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 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.

c) 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:

c.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

¹¹¹ SCS Rol n° 31.242-2014, considerando 7°.

¹¹² SCS Rol n° 2.958-2012, considerando 7°.

¹¹³ SCS Rol n° 3.501-2014.

¹¹⁴ SCS Rol n° 3.501-2014.

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”¹¹⁵.

c.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 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.”¹¹⁶.

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 art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y cuente 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:

¹¹⁵ SCS Rol n° 4.909-2013, considerandos 8° y 13°.

¹¹⁶ SCS Rol n° 4.909-2013, considerandos 9°.

“[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”¹¹⁷.

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° 4164-09)”¹¹⁸.*

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. Buenos Aires, 2002, 2ª edición, 2ª. reimpresión, p. 739)”¹¹⁹.*

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*

¹¹⁷ SCS Rol n° 4.181-2009, considerando 8°. Consultar también las 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.

¹¹⁸ SCS Rol n° 4.181-2009, considerando 9°. Ver también las SSCS Rol n° 4.164-2009, Rol n° 5.658-2009, Rol n° 6.165-2009.

¹¹⁹ SCS Rol n° 4.181-2009, considerando 9°. Consultar también la SCS Rol n° 5.658-2009.

(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”¹²⁰.

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 Penal¹²¹. No 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 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

¹²⁰ SCS Rol n° 4.181-2009, considerando 9°.

¹²¹ En la SCS Rol n° 4.978-2008, considerandos 13° y 14° 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 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 las SCS Rol n° 3.003-2010 y Rol n° 4.639-2014.

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 oral¹²².

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"¹²³.

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

¹²² SCS Rol n° 4.639-2014.

¹²³ SCS Rol n° 4.181-2009, considerando 9°.

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 ajeño 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 decisoria, 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)”¹²⁴. 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 predispuerto 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”¹²⁵.*

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”*¹²⁶.

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 contraexamen pertinente, potestad que, sin lugar a dudas, en los casos que se decida ejercerla -como ya se ha tenido oportunidad de advertir,*

¹²⁴ SCS Rol n° 5.658-2009, considerando 9°.

¹²⁵ SCS Rol n° 4.164-2009, considerando 9°. Al respecto también las SSCS Rol n° 4.889-2005; Rol n° 5.658-2009; Rol n° 7.824-2008; y Rol n° 4.760-2012.

¹²⁶ SCS Rol n° 4.889-2005. También las SSCS Rol n° 5.658-2009; Rol n° 7.824-2008; y Rol n° 7.785-2014.

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”¹²⁷. 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

¹²⁷ SCS Rol n° 4.164-2009, considerandos 10° y 11°. En los mismos términos en las SSCS 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 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 las SSCS Rol n° 2.126-2012 y Rol n° 5.061-2010.

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 aseveraciones, 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 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 Penal¹²⁸

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 nulos¹²⁹.”

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 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 procesal¹³⁰.”

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

¹²⁸ SCS Rol n° 3.873-2011.

¹²⁹ SCS Rol n° 4.889-2005, considerando 9°.

¹³⁰ SCS Rol n° 5.658-2009, considerandos 11° y 12°.

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”¹³¹.

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 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”¹³².*

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”¹³³.*

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*

¹³¹ SCS Rol n° 7.824-2008, considerandos 10° y 14°.

¹³² SCS Rol n° 4.954-2008, considerandos 9° y 10°.

¹³³ SCS Rol n° 8.637-2011.

que el tribunal concorra 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”¹³⁴.

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”¹³⁵.

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 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 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”¹³⁶.

¹³⁴ SCS Rol n° 4.760-2012.

¹³⁵ SCS Rol n° 4.164-2009. En los mismos términos en las SSCS Rol n° 5.658-2009; Rol n° 6.165-2009; y Rol n° 7.824-2008.

¹³⁶ SCS Rol n° 4.954-2008, considerandos 8° y 9°. También en la 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”.

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 derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado”*¹³⁷.

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, 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. 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”*¹³⁸.

3.- Fundamentación de la sentencia.

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

¹³⁷ SCS Rol n° 4.164-2009, considerando 14°. Consultar también la SSCS Rol n° 4.954-2008; Rol n° 7.824-2008; y Rol n° 6.165-2009.

¹³⁸ SCS Rol n° 4.164-2009, considerandos 16° y 17°. También en las SSCS Rol n° 7.824-2008; Rol n° 4.954-2008; y Rol n° 4.760-2012.

derecho”¹³⁹. 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 penal¹⁴⁰. 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 sentenciador arribar a su decisión conclusiva”¹⁴¹.

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 Código¹⁴², 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”¹⁴³. 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.”¹⁴⁴.

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

¹³⁹ SCS Rol N° 9.492-2009.

¹⁴⁰ **López y Horvitz**. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 341.

¹⁴¹ SCS Rol n° 6.751-2009.

¹⁴² 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”.

¹⁴³ 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”.

¹⁴⁴ SCS Rol n° 1.258-2012.

en esta 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 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”*¹⁴⁵.

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

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”*¹⁴⁶. 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”*¹⁴⁷.

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”*¹⁴⁸.

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 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*

¹⁴⁵ SCS Rol n° 6.751-2009.

¹⁴⁶ SCS Rol n° 5.898-2008

¹⁴⁷ SCS Rol n° 6.751-2009. Ver también la SCS 1.369-2010, considerando 28°.

¹⁴⁸ SCS 1.414-2009, considerando 29°.

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 ellos 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 jueces¹⁴⁹.

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"¹⁵⁰.

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)¹⁵¹.

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 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"¹⁵².

3.5.- La fijación de los hechos debe estar precedida de una valoración racional de la prueba¹⁵³.

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 –

¹⁴⁹ SCS Rol n° 5.898-2008.

¹⁵⁰ SCS Rol n° 5.898-2008.

¹⁵¹ SCS Rol n° 5.898-2008. Ver también las SCS Rol n° 1.369-2010 y Rol n° 1.414-2009.

¹⁵² SCS Rol n° 740-2005.

¹⁵³ 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.

y no de otra¹⁵⁴.

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 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”*¹⁵⁵.

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, textura, 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”*¹⁵⁶.

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 proposición fáctica diferente de la existencia de dicha”*¹⁵⁷.

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”*¹⁵⁸.

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.

¹⁵⁴ SCS Rol n° 1.967-2013. Ver también la SCS Rol n° 790-2013.

¹⁵⁵ SCS Rol n° 11.785-2013. También la SCS Rol n° 12.744-2013.

¹⁵⁶ SCS Rol n° 7.009-2012.

¹⁵⁷ SCS Rol n° 189-2013.

¹⁵⁸ SCS Rol n° 790-2013.

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”¹⁵⁹.

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”¹⁶⁰.

3.6.- El tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba, conforme lo ordena el inciso segundo del artículo 297 del Código Procesal Penal¹⁶¹.

a) Esta regla obliga al tribunal a que indique 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”¹⁶².

¹⁵⁹ SCS Rol n° 1.258-2012.

¹⁶⁰ SCS Rol n° 1.258-2012.

¹⁶¹ La valoración racional de la prueba exige, además, que las pruebas sean valoradas individualmente. 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”.

¹⁶² SCS Rol n° 1208-2009, considerando 9°. V.t. SCS Rol n° rol 1743-2003; SCS 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

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. 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 atingente 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”¹⁶³. 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”¹⁶⁴.*

c) El tribunal debe hacerse cargo del medio de prueba indicando las razones para preferirlo o darle preminencia. *El 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”¹⁶⁵, 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(...)”¹⁶⁶.*

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 inmediatez 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”¹⁶⁷.*

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,*

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.

¹⁶³ SCS Rol n° 6.934-2009.

¹⁶⁴ SCS Rol n° 1.967-2013.

¹⁶⁵ SCS Rol n° 1.743-2003. También SCS Rol n° 964-2003; y SCS Rol n° 1.208-2009.

¹⁶⁶ SCS Rol n° 6.751-2009. Consultar además la SCS Rol n° 1.743-2003.

¹⁶⁷ SCS Rol n° 7.331-2013.

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”¹⁶⁸.

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”¹⁶⁹.

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 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”¹⁷⁰.

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”¹⁷¹.

f) Se configura el motivo absoluto de nulidad, si el Tribunal pretirió toda consideración relativa a la prueba de la defensa¹⁷². 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

¹⁶⁸ SCS Rol n° 7.331-2013.

¹⁶⁹ SCS Rol n° 7.331-2013.

¹⁷⁰ SCS Rol n° 15.187-2913.

¹⁷¹ SCS Rol n° 1.844-2012

¹⁷² 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 principio 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”.

para decidir por qué se ha preferido una prueba en desmedro de otra”¹⁷³. O 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”¹⁷⁴. 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 aquella 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”¹⁷⁵.

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”¹⁷⁶.

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 cumple cabalmente las exigencias legales a que debía someterse conforme ya se explicó”¹⁷⁷.

¹⁷³ SCS Rol n° 790-2013.

¹⁷⁴ SCS Rol n° 4.001-2010.

¹⁷⁵ SCS Rol n° 6.751-2009.

¹⁷⁶ SCS Rol n° 1.967-2013.

¹⁷⁷ SCS Rol n° 1.208-2009.

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”*¹⁷⁸.

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 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 ha Corte Suprema haya expresado que *“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 irrepitibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor, sólo de esa forma el acto será válido”*¹⁷⁹.

Por tal razón, el legislador estableció las siguientes normas:

a) 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”;

b) Artículo 93, letra b), del mismo cuerpo de normas, señala que el imputado tendrá derecho a “ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación.”; y,

c) 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.”

d) 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

¹⁷⁸ SCS Rol n° 4.978-2008, considerando 19°.

¹⁷⁹ SCS Rol n° 9.758-2009

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 indicara, 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.

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 porque “(...) 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”¹⁸⁰. Y en otro caso, procedió a acoger el recurso de nulidad de la defensa porque “encontrándose detenido el encartado para ser trasladado al fondo 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”¹⁸¹.

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”¹⁸².

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”¹⁸³. 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 comprender las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a una persecución penal por parte del aparato estatal”¹⁸⁴.

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

¹⁸⁰ SCS Rol n° 9.521-2009

¹⁸¹ SCS Rol n° 6.934-2009.

¹⁸² SCS Rol n° 12.494-2013.

¹⁸³ SCS Rol n° 6.305-2010.

¹⁸⁴ SCS Rol n° 6.305-2010

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° 20.084¹⁸⁵.

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 su vinculación con los hechos investigados"¹⁸⁶.

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 testigo¹⁸⁷, no

¹⁸⁵ SCS Rol n° 4.001-2010

¹⁸⁶ SCS Rol n° 2.389-2013

¹⁸⁷ 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 declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas".

basta que el 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 181¹⁸⁸ y 227¹⁸⁹ 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, porque 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”*¹⁹⁰.

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 registrada¹⁹¹⁻¹⁹² en la

¹⁸⁸ 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”.

¹⁸⁹ Esta norma establece: “Registro de las actuaciones del ministerio público. El ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren 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 tuvieren 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”.

¹⁹⁰ SCS Rol n° 2.345-2005.

¹⁹¹ 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”*.

¹⁹² 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*

investigación¹⁹³. *“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.”*¹⁹⁴.

Sobre este mismo tópico, ha declarado la nulidad cuando el 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 querrela, las diligencias cuya práctica se solicitare al fiscal”*¹⁹⁵.

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: *“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*

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 conainterrogatorio 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 la SCS Rol n° 4.883-2013

¹⁹³ 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”*.

¹⁹⁴ SCS Rol n° 5.116-2012.

¹⁹⁵ SCS Rol n° 2.866-2013

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”¹⁹⁶.

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

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 contrainterrogatorios 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 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. 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”¹⁹⁷.*

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

¹⁹⁶ SCS Rol n°12.494-2013

¹⁹⁷ SCS Rol n° 5.116-2012

controlarla 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 (...)”¹⁹⁸.

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 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”¹⁹⁹.

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° 2866-13 de 17 de junio del año en curso, en relación a la declaraciones prestadas en un juicio oral anulado previamente”²⁰⁰.

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 cargo²⁰¹, el Ministerio Público (y el querellante) al formular la acusación deberá entregar a la defensa copia por escrito del informe pericial²⁰², cuyo contenido fijará el margen de información que el perito 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

¹⁹⁸ SCS Rol n° 2.866-2013

¹⁹⁹ SCS Rol n° 5.116-2012.

²⁰⁰ SCS Rol n° 10.910-2013.

²⁰¹ 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”.

²⁰² 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:

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”.

*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*²⁰³.

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 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*²⁰⁴.

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*²⁰⁵.

e) La prueba es la declaración personal del testigo en el juicio, la que no puede ser sustituida por registros u otros documentos en que constaren sus declaraciones. La Corte ha resuelto al respecto: *“Se le atribuyó la calidad de testigo sin que tal persona*

²⁰³ SCS Rol n° 2.866-2013. Ver también SCS Rol n° 448-2015

²⁰⁴ SCS Rol n° 4.764-2012

²⁰⁵ SCS Rol n° 5.579-2009. Ver también SCS Rol n° 448-2015

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 inmediación. 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 proceso²⁰⁶.

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 por delitos comunes²⁰⁷⁻²⁰⁸. Por ejemplo, ha resuelto la Corte: *“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 salvaguardía*

²⁰⁶ SCS Rol n° 10.246-2013. Consultar además la SCS Rol n° 3.795-2006.

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ 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 mantenido. Estas decisiones han contado con la decisión de la tercera sala de la Corte Suprema, ver al respecto las SCS Rol n° 3.065-2012 y Rol n° 11.706-2014.

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, en todo caso, se enmarca en el ámbito de la normativa común²⁰⁹.

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 relato²¹⁰.

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, 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.

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 fondo²¹¹.

²⁰⁹ SCS Rol n° 2.921-2012.

²¹⁰ SCS Rol n° 1.179-2013.

²¹¹ SCS Rol n° 2.020-2012. 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,

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”²¹².

Esta facultad, que en un principio estuvo pensada solo para el imputado a fin de evitar 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

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 presenciarse 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 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 ésa 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

²¹² 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.**

manera que siempre sorprenderá a la defensa”²¹³.

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 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”²¹⁴.*

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”²¹⁵.*

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 decisivos 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*

²¹³ Sin embargo, la Corte Suprema no siempre le ha dado una aplicación limitada o estricta a la norma. Ver las SCS Rol n° 3.003-2010; Rol n° 3.741-2012; Rol n° 2.263-2013

²¹⁴ SCS Rol n° 1.844-2012, considerando 5°.

²¹⁵ SCS Rol n° 1.844-2012, considerando 5°.

forma mecánica los 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 jurisconsulto, 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 dictare²¹⁶.

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 están 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 Gonzalez 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 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 segmento²¹⁷.

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

²¹⁶ SCS Rol n° 8.637-2011.

²¹⁷ SCS Rol n° 3.521-2012.

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”²¹⁸

En torno a esta dimensión del derecho de defensa, la Corte ha precisado: *“El apercebimiento de la acusación es necesario para poner al imputado en condiciones de 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)”*²¹⁹

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 jurídica”*²²⁰

Sin embargo, no ha estimado lo mismo tratándose de acusaciones por delitos contra la libertad sexual, donde la temporalidad de el o 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*

²¹⁸ **Maier, J.** Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos, E. del Puerto, 2002, p.553.

²¹⁹ SCS Rol n° 5.201-2009, considerando 9°.

²²⁰ 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”.

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 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 47²²¹

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 Penal²²²: “ (...) 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 citada²²³

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 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.

²²¹ SCS Rol n° 6902-2012.

²²² 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”. SCS Rol n° 7.802-2013, considerando 9°.

²²³ SCS Rol n° 3.858-2012, considerando 17°.

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”²²⁴*

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

²²⁴ SCS Rol n° 3.193-2008, considerando 3°. Ver también las SSCS Rol n° 6.175-2008; Rol n° 4.060-2012; Rol n° 6.068-2013; y Rol n° 6.131-2013.

efectivamente condenado²²⁵. 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 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”*²²⁶ 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)”*²²⁷. 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.)”*²²⁸

En este sentido, la Corte ha declarado que no hay sorpresa para la defensa si del *“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*

²²⁵ SCS Rol n°3.909-09, considerando 11°

²²⁶ SCS Rol n° 3.193-2008, considerando 3°. Ver también la SCS Rol n°819-05, considerando 8°.

²²⁷ SCS Rol n° 5.415-2007, considerando 23°.

²²⁸ SCS 5.201-2009, considerando 9°. Ver también las SCS Rol n° 5.201-2009, considerando 7°; Rol n° 3.193-2008, considerando 9°; y Rol n° 1.003-2010, considerando 27°.

material, que pudo ser ejercido cabalmente por la parte del imputado²²⁹. 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 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 rechazo²³⁰”

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 audiencia²³¹. 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.

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 jurídica²³²”.

Pero como se indicara, 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

²²⁹ SCS Rol n° 3.193-2008, considerando 9°.

²³⁰ SCS Rol n° 1.003-2012, considerando 27°.

²³¹ SCS Rol n° 3.193-2008, considerando 7°. Consultar también SCS Rol n° 5.201-2009, considerando 8°.

²³² SCS Rol n° 5.415-2007, considerando 24°.

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 tesis²³³. 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 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 adecuada²³⁴, 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 diverso²³⁵”

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: 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

²³³ SCS Rol n° 5.415-2007, considerando 25°.

²³⁴ SCS Rol n° 3.858-2012, considerando 18°. Consultar también SCS Rol n° 7.913-2012, considerando 16.

²³⁵ SCS Rol n° 12.494-2013, considerando 8°.

*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*²³⁶.

En el siguiente caso, la Corte de oficio estimó configurada la causal del artículo 374 letra 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"²³⁷

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 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"²³⁸.

²³⁶ SCS Rol n° 5.201-2009, considerandos 10°, 11° y 14°.

²³⁷ SCS Rol n° 1.663-2010, considerando 12°

²³⁸ SCS Rol n° 4.909-2013, considerandos 10°.

6.- Presunción de inocencia.

La Corte se ha referido a los tres aspectos de esta garantía (trato²³⁹, carga de la prueba y regla de juicio o *in dubio pro reo*²⁴⁰) siendo la *carga de la prueba* el aspecto de la garantía mayormente tratado²⁴¹. 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 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”²⁴². 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”²⁴³. 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”²⁴⁴

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 inculpados, 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

²³⁹ 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”. SCS Rol n° 5.898-2008, considerando 15°.

²⁴⁰ 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)” SCS Rol n° 5898-2008, considerando 15°.

²⁴¹ Es lógico que sea sí. La regla de trato tiene un rendimiento respecto de las medidas cautelares e intrusivas, cuya revisión corre 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.

²⁴² SCS Rol n° 5.898-2008, considerando 17°

²⁴³ SCS Rol n° 2.719-2008, considerando 10°. Ver también la SCS Rol n° 1.414-2009, considerando 28°.

²⁴⁴ SCS Rol n° 1.369-2010, considerando 27°.

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, 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 hacerlo²⁴⁵.

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”*²⁴⁶

C.- DERECHOS INDIVIDUALES.

1.- Intimidad²⁴⁷

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, el en el 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 intimidad²⁴⁸ 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”²⁴⁹

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

²⁴⁵ SCS Rol n° 2.719-2008, considerandos 9° y 10°.

²⁴⁶ SCS Rol n° 3.501-2014.

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ Evans de la Cuadra, citado por **Horvitz y López**, Ob. Cit. Tomo I, p. 512.

personal²⁵⁰, 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)²⁵¹.

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.

1.1.- Inviolabilidad del hogar²⁵²

La Corte 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 concepto²⁵³.*

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 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.”²⁵⁴*

Por otro lado, la misma Constitución establece que “el hogar sólo puede allanarse y

²⁵⁰ Véase a **Díaz Tolosa**, Regina, Ob. Cit.

²⁵¹ Al respecto **Hernández B., Hector**, Ob. Cit., p, 53.

²⁵² 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.

²⁵³ SCS Rol n° 1.836-2007, considerando 4°.

²⁵⁴ SCS Rol n° 25.003-2014, considerando 9°.

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, predispuestas 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*”²⁵⁵

Pues bien, se analizará la jurisprudencia de la Corte en relación con esta legislación.

a) No se verificaron 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 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.

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 propietario²⁵⁶. La norma prescribe en el inciso primero: “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 consideración a esta norma, la Corte 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*²⁵⁷ que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se 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*

²⁵⁵ SCS Rol n° 1.836-2007, considerando 4°.

²⁵⁶ 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.

²⁵⁷ 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 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.

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”²⁵⁸.

En el mismo fallo, declaró que los funcionarios requerían el consentimiento expreso del propietario²⁵⁹ 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 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

²⁵⁸ SCS Rol n° 11.835-2014, considerando 6°.

²⁵⁹ 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.

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 especies²⁶⁰.

En la misma sentencia 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 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 oportunidad”²⁶¹.

Más recientemente, 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.”²⁶²

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

²⁶⁰ 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”.

²⁶¹ SCS Rol n° 11.835-2014, considerandos 8° y 9°. En el mismo orden de ideas SCS Rol n° 8658-2015, considerando 8.

²⁶² SCS Rol n° 29.375-2014, considerando 12°.

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 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 justas²⁶³.

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, quedando subsecuentemente proscrita la realización de cualquier registro posterior, aun cuando se cuente con el consentimiento del propietario o encargado: *“Que aun cuando pudiere 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”²⁶⁴.*

c) En caso de un hallazgo casual se requiere autorización judicial, incluso tratándose de delitos permanentes. Sin 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 judicial²⁶⁵. La Corte ha aplicado la norma del art. 215 CPP no solo 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.

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 el hecho investigado –“hallazgo casual”-*,

²⁶³ SCS Rol n° 18.011-2014, considerandos 6° y 7°. Ver también Rol n° 2304-2015, considerandos 5°, 6° y 7° y SCS Rol n° 22.719-2015, considerando 11°.

²⁶⁴ SCS Rol n° 678-2007, considerando 5°.

²⁶⁵ Ello, al tenor de lo prescrito en el artículo 215 del Código Procesal Penal. Refrendado por la Corte en Rol n° 2304-2015

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 judicial²⁶⁶.

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 previa²⁶⁷”.

d) Para que la policía pueda entrar en un lugar cerrado y registrarlo conforme al art. 206 del Código Procesal Penal, 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 cautela de las garantías fundamentales, su interpretación debe ser restrictiva²⁶⁸”.

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 demuestre que no era un signo ostensible, como tampoco la información proporcionada por el testigo reservado, que se refiere a un hecho distinto y no acreditado²⁶⁹”.

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 denunciante 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, posteriormente, la alerta dada por la mujer sobre su presencia y la apreciación

²⁶⁶ SCS Rol n° 18.011-2014, considerando 6°.

²⁶⁷ SCS Rol n° 678-2007, considerando 5°.

²⁶⁸ SCS Rol N° 21.413-2014, considerando 4°.

²⁶⁹ SCS Rol N° 21.413-2014, considerando 4°.

del individuo procurando destruir el objeto material del delito²⁷⁰.

e) Los supuestos a los que alude el artículo 206 son situaciones de flagrancia y 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 sospecha²⁷¹. 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 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 pruebas²⁷².”

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.”²⁷³

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.”²⁷⁴

f) La referencia a las “llamadas de auxilio” que formula el legislador en el art. 206, 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 proscribiera. 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 proscribiera. 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.”²⁷⁵

g) El ingreso a un lugar cerrado en el contexto de una investigación autónoma de la policía invalida la diligencia, y no podrá ser saneada por el consentimiento expreso del encargado o propietario. 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

²⁷⁰ SCS Rol n° 4.215-12, considerando 8°.

²⁷¹ SCS Rol N° 21.413-2014, considerando 4°.

²⁷² SCS Rol N° 21.413-2014, considerando 6°.

²⁷³ SCS Rol n° 27.335-2015, considerando 11°.

²⁷⁴ SCS Rol n° 21.413-2014, considerando 6°.

²⁷⁵ SCS Rol n° 27.335-2015, considerando 12°.

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 procesal²⁷⁶.

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 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”²⁷⁷.*

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*

²⁷⁶ SCS Rol n° 11.513-2011, considerando 14°. En los mismos términos en la SCS Rol n° 2.573-2012, considerandos 8° y 9°.

²⁷⁷ SCS Rol n° 1.258-2012, considerando 6°. Ver también la SCS Rol n° 3.570-2006, considerando 9°.

prueba ilícita. En este caso, y en otro sentido, al negar los 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 legitimidad²⁷⁸.

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 marcha^{279,280}. *“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 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 permitida²⁸¹”.*

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*

²⁷⁸ SCS Rol n° 1.836-2007, considerando 4°.

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ SCS Rol n° 12.279-2013, considerando 5°.

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^{282,283}.

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*²⁸⁴.

1.3.- Intimidad 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–

²⁸² SCS Rol n° 12.279-2013, considerando 5°.

²⁸³ La sentencia citada por la Corte, SCS 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 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”.*

²⁸⁴ SCS Rol n° 15.342-2013, considerando 8°. Así también en la SCS Rol n° 952-2014, considerando 7°

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, 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”²⁸⁵.*

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 autónoma²⁸⁶. 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 solo en los casos y en la forma señalada por la ley, y debe ser interpretado restrictivamente.

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”²⁸⁷*. Sin embargo, en otra sentencia, en que por

²⁸⁵ SCS Rol n° 2.346-2012, considerandos 6°, 7° y 10°.

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ SCS Rol n° 3.570-2006, considerando 6°.

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 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”²⁸⁸.*

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 art. 85 CPP, 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 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”²⁸⁹.*

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.”²⁹⁰*

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*

²⁸⁸ SCS Rol n° 8.346-2013, considerando 5°.

²⁸⁹ SCS Rol n° 3.570-2006, considerando 7°.

²⁹⁰ SCS Rol n° 4814-2015 considerando 6°.

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 abogado²⁹¹”.

d) El consentimiento del imputado para el registro del equipaje es una mera formalidad ya que no tiene posibilidad real de oponerse a ello: 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 le plantean como inevitable*”²⁹².

e) No se pueden realizar intromisiones corporales íntimas forzadas, y al margen del estatuto previsto en el artículo 85 CPP. 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*”²⁹³.

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 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*”²⁹⁴.

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 CPP. Los funcionarios deben solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, estos 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*²⁹⁵ de que determinada persona ha cometido un delito);

²⁹¹ SCS Rol n° 6.934-2009, considerando 9°.

²⁹² SCS Rol 10.772-2015, considerando 7° parte final

²⁹³ SCS Rol n° 2.346-2013, considerandos 6° y 10°.

²⁹⁴ SCS Rol n° 2.346-2013, considerando 9°.

²⁹⁵ 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

intentado cometer un delito; o se dispusiere a cometer un delito.

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”²⁹⁶, 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”²⁹⁷. Lo mismo en el siguiente caso: “Que el conjunto de elementos descritos resultan 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 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”²⁹⁸.

Pero el control de identidad no puede justificarse únicamente en una denuncia

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 a 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 a 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.

²⁹⁶ SCS Rol n° 8.346-2013, considerando 3°. 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 asimismo SCS Rol n° 1056-2013, Rol n° 15.198-2013, Rol n° 23.399-2014 y Rol n° 29.534-2014

²⁹⁷ SCS Rol n° 15.342-2013, considerando 6°.

²⁹⁸ SCS Rol n° 1.056-2013, considerando 4°. Ver también SCS Rol n° 8.224-2012, cons. 15°

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”²⁹⁹.

Así también ha quedado asentado más recientemente: “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 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, 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 denuncia.”³⁰⁰

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.”³⁰¹

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.”³⁰²

Asimismo, en otro fallo más reciente 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

²⁹⁹ SCS Rol n° 2.346-2013, considerando 9°.

³⁰⁰ SCS Rol n° 1946-2015 considerando 7°.

³⁰¹ SCS Rol n° 14.275-2016, considerando 11°.

³⁰² SCS Rol n° 17.552-2016, considerando 10°. Otro fallo con el mismo criterio es el SCS Rol 45.022-2016, considerando 11°

elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno”.³⁰³

Por último, los indicios pueden venir dados “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”³⁰⁴.

Destaca que en la antigua redacción del art. 85, 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”.³⁰⁵

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”.³⁰⁶

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 o puede 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 apodosos 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

³⁰³ SCS Rol n° 100.702-2016, considerando 11°.

³⁰⁴ SCS Rol n° 15.198-2013, considerando 5°. De manera muy similar, la Corte lo reafirma en SCS Rol 19.990-2016, considerando 8°.

³⁰⁵ 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°.

³⁰⁶ SCS Rol 34.826-2016, considerando 6°. En el mismo orden de ideas SCS Rol 40.572-2016, considerando 5°.

que le den verosimilitud, y por la otra, porque la ajenidad 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 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”.³⁰⁷

h) La mera verificación de las características de un imputado dadas en una denuncia no constituyen por sí solas un indicio: “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”.³⁰⁸

i) Dentro del procedimiento de fiscalización que se realice a los automovilistas por infracción a las reglas de tránsito no se podrá, además, efectuar un control de identidad. En este sentido, la Corte 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.”³⁰⁹

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.”³¹⁰

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”³¹¹. 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 único habitante del inmueble”³¹².

³⁰⁷ SCS Rol 88.862-2016, considerando 7°.

³⁰⁸ SCS Rol n° 62.131-2016, considerando 5°.

³⁰⁹ SCS Rol n° 3194-2015.

³¹⁰ SCS Rol n° 6.868-2014, considerando 6°.

³¹¹ SCS Rol n° 21.413-2014, considerando 4°.

³¹² SCS Rol n° 3.570-2006, considerando 9°.

b) Si la policía tuvo que realizar diligencias de investigación previas destinadas a la constatación de la comisión de un delito, ello descarta la 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”*³¹³.

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”*³¹⁴.

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”*³¹⁵.

³¹³ SCS Rol N° 21.413-2014, considerando 6°.

³¹⁴ SCS Rol n° 6.868-2014, considerando 5°.

³¹⁵ SCS Rol n° 6.868-2014, considerando 7°.