



**UNIDAD DE CORTE
BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
AGOSTO 2021
CORTE SUPREMA**

Contenido

I. ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO.....	4
Acoge amparo y concede libertad completa por cumplir requisitos del Decreto Ley 321.	4
1.- Corte suprema acoge recurso de amparo y concede al amparado la libertad completa por cumplir todos los requisitos para su otorgamiento de acuerdo al decreto ley 321 (CS Rol 40.988-2021, 23.08.2021).	4
Rechaza amparo deducido en contra de decisión de GENCHI de no postular a interno al proceso de libertad condicional, por considerar que no es materia objeto del recurso.....	4
2.- Corte suprema revoca sentencia de la corte de apelaciones de concepción, y rechaza recurso de amparo deducido en contra de la decisión de gendarmería de no postular a un interno al proceso de libertad condicional, por considerar que la materia objeto del recurso no dice relación con aquellas contempladas en el artículo 21 de la constitución política de la república. Acordada con el voto en contra del ministro Ilanos. (CS Rol 32.849-2021, 19.08.2021).	4
Rechaza amparo deducido en contra de sanción impuesta a interna por tratarse de un procedimiento administrativo cuya legalidad debe revisarse por Juzgado de Garantía.	5
3.-Corte suprema confirma sentencia apelada dictada por la corte de apelaciones de antofagasta por la cual se rechaza la acción de amparo por considerar improcedente la solicitud de dejar sin efecto la sanción impuesta a una interna del centro penitenciario femenino de antofagasta por tratarse de un procedimiento administrativo cuyo control de legalidad lo tiene el juzgado de garantía. Acordada con el voto en contra de los ministros Brito y Ilanos quienes estuvieron por acoger la acción de amparo. (CS ROL 47.258-2021, 18.08.2021).	5
II. RECURSO DE NULIDAD	6
Rechaza nulidad fundada en artículo 373 letra b) del CPP. La aplicación del artículo 11 N°9 CP es una facultad privativa de los jueces de la instancia.	6
4.- Corte suprema rechaza recurso de nulidad de la defensa fundado en el artículo 373 letra b) del cpp al desestimar la aplicación de la circunstancia del artículo 11 n°9 cp. La corte sostiene que esto una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que solo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculcado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor	

jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados. (CS ROL 35.557-2021, 09.08.2021).	6
Acoge nulidad por infracción de garantías al haberse controlado la identidad de una persona fuera del marco legal.....	7
5.- Corte suprema acoge recurso de nulidad deducido por infracción de garantías fundamentales a partir de un control de identidad efectuado fuera del marco legal al no concurrir el indicio que lo habilitara, sumado a que éste se practicó fundado en indagatorias basadas en interceptaciones telefónicas que daban cuenta del traslado de la droga, sin que el ente persecutor rindiera prueba para acreditar la autorización judicial correspondiente. voto en contra de ministro sr. mera y abogada integrante sra. tavolari (CS ROL 31.701-2021, 09.08.2021)	7
Acoge nulidad por errónea aplicación del derecho al encontrarse la acción penal prescrita.....	8
6.- Corte suprema acoge recurso de nulidad deducido por errónea aplicación de los artículos 5 de la ley n°20.084, artículo 93 n°6, 94, 95, 102 y 369 quáter del código penal, debido a que la acción penal por la cual se persiguió y condenó al acusado se encontraría prescrita. el tribunal a quo determinó erróneamente que el artículo transitorio de la ley n°21.160 mantendría la vigencia del artículo 369 quáter, y por ende, consideró que el inicio del plazo de la prescripción se encuentra suspendido durante la minoría de edad de la víctima, sin distinguir si se trata de imputados adultos o menores de edad (CS ROL 135-2021, 20.08.2021).....	9
Acoge nulidad por errónea aplicación del artículo 318 del CP, al no existir antijuridicidad en la conducta.....	12
7.- Corte suprema acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del artículo 318 del cp, por ausencia de antijuridicidad material y tipicidad de la conducta enjuiciada (CS ROL N°32.880-2021, 25.08.2021).....	12
Rechaza nulidad por infracción de garantías fundamentales al haberse realizado un control de identidad teniendo como indicio una denuncia anónima.....	14
8.- Corte suprema rechaza recurso de nulidad deducido por infracción de garantías fundamentales, producto de un control de identidad efectuado fuera del marco legal, teniendo como indicio una denuncia anónima. La corte sostiene que la defensa con su alegación quiere exigir prueba, que no es lo mismo que indicio, o quiere sujetar el resultado de todo el procedimiento al indicio cuestionado, lo cual no es efectivo (CS rol N°30.525-2021, 09.08.2021).	14
INDICES	16

I. Acción Constitucional de Amparo

Acoge amparo y concede libertad completa por cumplir requisitos del Decreto Ley 321.

1.- Corte Suprema acoge recurso de amparo y concede al amparado la libertad completa por cumplir todos los requisitos para su otorgamiento de acuerdo al Decreto Ley 321 ([CS Rol 40.988-2021, 23.08.2021](#)).

Corte Suprema acoge recurso de amparo y concede al amparado, quien ha cumplido la mitad del periodo de la libertad condicional, la libertad completa por cumplir con todos los requisitos para su otorgamiento establecidos en el artículo 8 del D.L. 321.

Considerandos relevantes:

Que conforme se desprende del mérito de los antecedentes, el amparado ha cumplido la mitad del período de la Libertad Condicional, cumpliendo asimismo con todos los requisitos con ello los requisitos exigidos por el artículo 8 del D.L. 321 para el otorgamiento de la libertad completa.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, se revoca la sentencia apelada de dieciséis de junio de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Chillán, en el Ingreso Corte N° 82-2021, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo deducido en favor de R.M.G.T., dejándose sin efecto la Resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 15 de abril de 2021, y concediéndosele al citado recurrente la Libertad Completa.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Valderrama, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada, en virtud de sus propios fundamentos.

Rechaza amparo deducido en contra de decisión de GENCHI de no postular a interno al proceso de libertad condicional, por considerar que no es materia objeto del recurso.

2.- Corte Suprema revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, y rechaza recurso de amparo deducido en contra de la decisión de Gendarmería de no postular a un interno al proceso de libertad condicional, por considerar que la materia objeto del recurso no dice relación con aquellas contempladas en el artículo 21 de la Constitución Política de la República. Acordada con el voto en contra del Ministro Llanos. ([CS Rol 32.849-2021, 19.08.2021](#)).

Corte Suprema revoca sentencia apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, y rechaza la acción de amparo deducida en contra de la decisión de Gendarmería de Chile de no postular a un interno al proceso de libertad condicional por no cumplir con el tiempo mínimo para optar por el beneficio de Libertad Condicional. La Corte de Apelaciones de Concepción acogió la acción interpuesta por considerar que

Gendarmería de Chile actuó de forma ilegal y sin competencia para interpretar los requisitos legales lo cual le correspondería a la Comisión de Libertad Condicional. No obstante, la Corte Suprema revoca la sentencia y rechaza el recurso de amparo deducido por considerar que la materia objeto del recurso no dice relación con aquellas contempladas en el artículo 21 de la Constitución Política de la República. El Ministro Brito solo concurre a la decisión de mayoría por considerar que la materia del recurso se encuentra dentro del ámbito del cumplimiento de la sentencia, por lo que debe conocer de ella el tribunal de ejecución correspondiente. Acordada con el voto en contra del Ministro Llanos quien estuvo por confirmar el fallo en alzada.

Considerandos relevantes:

Que la materia objeto del recurso no dice relación con aquellas contempladas en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de treinta de abril de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, en el Ingreso Corte N° 119-2021 y en su lugar se declara que se rechaza el recurso de amparo deducido en autos.

Se previene que el Ministro Sr. Brito concurre a la revocatoria, teniendo únicamente presente para ello que la materia objeto del recurso, al estar incorporada en el ámbito de cumplimiento de la sentencia, debe ser conocida por el tribunal de ejecución correspondiente.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos quien estuvo por confirmar el fallo en alzada en virtud de sus propios fundamentos.

Rechaza amparo deducido en contra de sanción impuesta a interna por tratarse de un procedimiento administrativo cuya legalidad debe revisarse por Juzgado de Garantía.

3.-Corte Suprema confirma sentencia apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta por la cual se rechaza la acción de amparo por considerar improcedente la solicitud de dejar sin efecto la sanción impuesta a una interna del Centro Penitenciario Femenino de Antofagasta por tratarse de un procedimiento administrativo cuyo control de legalidad lo tiene el Juzgado de Garantía. Acordada con el voto en contra de los Ministros Brito y Llanos quienes estuvieron por acoger la acción de amparo. ([CS Rol 47.258-2021, 18.08.2021](#)).

Corte Suprema confirma sentencia apelada de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que rechazó el recurso de amparo deducido a favor de interna recluida en el Centro Penitenciario Femenino de Antofagasta por el cual se buscaba dejar sin efecto la sanción impuesta, eliminar el registro de la medida disciplinaria y anular la rebaja de evaluación de condena. La Corte de Apelaciones de Antofagasta rechaza el recurso interpuesto por considerar que la aplicación de una medida disciplinaria constituye un procedimiento administrativo cuyo control de legalidad lo tiene el Juez de Garantía, sin corresponderle a la Corte entrometerse en dicho procedimiento. La Corte Suprema confirma la sentencia, con el voto en contra de los Ministros Brito y Llanos quienes estuvieron por revocar el fallo en alzada y acoger la acción de amparo debido a que según el mérito de los antecedentes los hechos atribuidos a la amparada no configuran las infracciones del artículos 78 letra k) y e) y 80 letra b) del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios por el cual se aplicó la medida disciplinaria a la amparada.

Considerandos relevantes del voto de minoría:

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Llanos, quienes estuvieron por revocar el fallo en alzada y, consecuentemente, por acoger la acción de amparo intentada, atendido que según se desprende del mérito de los antecedentes, los hechos atribuidos a la amparada no configuran las infracciones de los artículos 78 letra k) y e) y 80 letra b) por los cuales se le aplicó la medida disciplinaria a la amparada.

II. Recurso de Nulidad

Rechaza nulidad fundada en artículo 373 letra b) del CPP. La aplicación del artículo 11 N°9 CP es una facultad privativa de los jueces de la instancia.

4.- Corte Suprema rechaza recurso de nulidad de la defensa fundado en el artículo 373 letra b) del CPP al desestimar la aplicación de la circunstancia del artículo 11 N°9 CP. La Corte sostiene que esto una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que solo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados. ([CS Rol 35.557-2021, 09.08.2021](#)).

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad del artículo 373 letra b) presentando por la defensa, la cual alegaba una errónea aplicación del derecho por la no aplicación de la minorante del artículo 11 N°9 CP toda vez que los jueces de la instancia consideraron que la colaboración prestada por los acusados no fue sustancial para el esclarecimiento de los hechos ya que estos fueron esclarecidos por las pruebas presentadas por el Ministerio Público. En este sentido, las pruebas fueron obtenidas en una investigación, derivadas por una parte, de interceptaciones telefónicas y, por otra, de las respectivas vigilancias y seguimientos que realizaron los funcionarios de la Policía de Investigaciones, sin que los acusados realizaran aportes significativos o esenciales para tal esclarecimiento, pues ni siquiera entregaron antecedentes sobre el proveedor de la droga. La Corte al rechazar el recurso indica que la establecer la concurrencia de la minorante en cuestión es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que solo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados

Considerandos relevantes:

Cuarto: *Que, como ha resuelto uniformemente esta Corte en relación a las denuncias de infracción del artículo 11, N° 9 del Código Penal, ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que solo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso (entre otras, SCS N°s 24.887-2014, de 29 de diciembre de 2014; 37.024-2015, de 10 de marzo de 2016;*

16.919-2018, de 13 de septiembre de 2018; y, 131.652-2020, de 24 de diciembre de 2020). No es posible, por ello, analizar mediante este arbitrio eventuales inadvertencias sobre la concurrencia de la minorante en comento, motivo por el cual la causal de invalidación propuesta deberá desestimarse.

Acoge nulidad por infracción de garantías al haberse controlado la identidad de una persona fuera del marco legal.

5.- Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por infracción de garantías fundamentales a partir de un control de identidad efectuado fuera del marco legal al no concurrir el indicio que lo habilitara, sumado a que éste se practicó fundado en indagatorias basadas en interceptaciones telefónicas que daban cuenta del traslado de la droga, sin que el ente persecutor rindiera prueba para acreditar la autorización judicial correspondiente. Voto en contra de Ministro Sr. Mera y Abogada Integrante Sra. Tavolari ([CS Rol 31.701-2021, 09.08.2021](#))

Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa por infracción de garantías fundamentales, producto de un control de identidad que no cumpliría exigencias del artículo 85 del CPP, al no existir indicio de comisión de conducta delictiva alguna, sumado al hecho que aquello que motivó el actuar policial fueron antecedentes obtenidos de interceptaciones telefónicas que daban cuenta del traslado de la droga, sin que el Ministerio Público rindiera prueba de la autorización judicial. La Corte sostiene que cobra relevancia la circunstancias que no se haya acompañado en juicio la resolución que autorizaba la interceptación telefónica, además de que los funcionarios policiales no hayan apreciado al imputado, objeto del control de identidad, realizando alguna acción que pueda dar señales de realizar el traslado de la droga, no cumpliendo entonces con las exigencias legales para efectuar el cuestionado control de identidad, y mucho menos encontrándose los funcionarios policiales ante una hipótesis de flagrancia. Añade que si los hechos denunciados estaban siendo investigados desde hace tiempo, teniendo información exacta sobre la transacción de droga, y por tanto, de existir tal convicción del carácter ilícito de la conducta desplegada, cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente. Voto en contra de Ministro Sr. Mera y Abogada Integrante Sra. Tavolari, quienes están por rechazar el recurso de nulidad debido a que, producto de la falta de acompañamiento de pruebas que acrediten la autorización judicial, desplazaría el problema al valorar los testimonios policiales al respecto, lo cual constituye materia de una causal distinta.

Considerandos relevantes:

Octavo: *Que tal como se desprende de los párrafos extractados del fallo recurrido, los funcionarios policiales procedieron al control cuestionado por la circunstancia de contar información respecto del transporte y entrega de droga obtenida de interceptaciones telefónicas y al concurrir al lugar indicado y avistar al conductor del vehículo en que se trasladaba la droga, quien correspondía a la persona que habían identificado producto de esas escuchas, escenario que validaría el procedimiento efectuado.*

Sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable para este tribunal, ya que ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de

cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración. En ese sentido, cobra relevancia tener en cuenta que, en el caso concreto, el Ministerio Público no acompañó al juicio oral la resolución que autorizaba la interceptación telefónica ni grabaciones de las escuchas que establecieran el resultado de las mismas. Por otro lado, es trascendente a efectos de resolver este asunto, el hecho que los funcionarios policiales no hayan apreciado que el hombre que conducía el vehículo en que supuestamente se trasladaba la sustancia estupefaciente haya ejecutado acción alguna que pueda dar señales de realizar ese envío.

En este contexto, el hallazgo de la persona que habrían identificado como la que trasladaba la droga en un vehículo y sin realizar conductas propias del tráfico de drogas, no es un indicio en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, pues no existe ninguna conducta desplegada por aquél individuo que dé cuenta de una conducta sospechosa, más si se considera que no se acreditó la existencia de la autorización judicial para realizar las interceptaciones telefónicas que permitieron la obtención de la información señalada.

Noveno: Que tampoco es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba visiblemente cometiendo el delito en ese momento; no se acababa de cometerlo (de hecho ninguna conducta advirtieron funcionarios al respecto), como el acercamiento al imputado de parte de un tercer sujeto que requiriera la entrega de lo que supuestamente se estaba transportando; el hombre no intentó huir del lugar; ni fue encontrado en un tiempo inmediato a la comisión del delito con señales visibles del injusto, sino que, por la sola circunstancia de encontrarse en un determinado lugar conduciendo un vehículo se supuso que podría estar cometiéndolo; no había víctimas reclamando auxilio, ni testigos presenciales que la señalaran como autor o partícipe de un delito determinado; tampoco se acreditó el contenido de las escuchas obtenidas por interceptaciones telefónicas que justificarían ese actuar, ni la existencia de la resolución judicial que las autorizaría.

Décimo: Que por otra parte, de acuerdo a los hechos asentados en la sentencia ni siquiera resultaría posible sostener el recurso al artículo 85 del Código Procesal Penal, ya que la actuación que dicha norma posibilita -como lo hace también el instituto de la flagrancia- constituye la reacción del ordenamiento jurídico ante la urgencia que significa la ocurrencia de hechos revestidos de apariencia de delitos y que demandan una respuesta inmediata por parte del sistema penal. Sin embargo, en la especie los hechos denunciados estaban siendo investigados desde hace un tiempo, estableciéndose que se iba a trasladar droga por una persona determinada en un día y lugar específico, por lo que de existir convicción sobre el carácter ilícito de la conducta desplegada por el acusado, cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente, máxime si la secuencia fáctica descrita da cuenta de un desarrollo que posibilita la satisfacción de los referidos resguardos, otorgando debida satisfacción al imperativo de perseguir los delitos y de resguardar los derechos de los ciudadanos.

Acoge nulidad por errónea aplicación del derecho al encontrarse la acción penal prescrita.

6.- Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por errónea aplicación de los artículos 5 de la Ley N°20.084, artículo 93 N°6, 94, 95, 102 y 369 quáter del Código Penal, debido a que la acción penal por la cual se persiguió y condenó al acusado se encontraría prescrita. El tribunal a quo determinó erróneamente que el artículo transitorio de la Ley N°21.160 mantendría la vigencia del artículo 369 quáter, y por ende, consideró que el inicio del plazo de la prescripción se encuentra suspendido durante la minoría de edad de la víctima, sin distinguir si se trata de imputados adultos o menores de edad ([CS Rol 135-2021, 20.08.2021](#)).

La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa por una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, específicamente por no aplicar los artículo 5° de la Ley N°20.084, artículo 93 N°6, artículo 94, artículo 95, artículo 102, todos del CP, y por estimar aplicable el artículo 369 quáter del CP. El error en la aplicación del derecho se materializa cuando el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso considera que el artículo transitorio de la Ley N°21.160 no distinguiría entre imputados adultos y adolescentes, manteniendo la vigencia para el caso en autos del artículo 369 quáter del CP, y por ende, considerando que el inicio del plazo de la prescripción se encontraría suspendido durante la minoría de edad de la víctima. La Corte sostiene que la imprescriptibilidad de ciertos delitos sexuales que afectan a menores de edad se estableció exclusivamente respecto de sujetos activos adultos, no siendo afectados los adolescentes por dicha normativa, según explicita el artículo 5 de la Ley N°21.160, beneficiándose de los plazos de prescripción consagrados en el artículo 5 de la Ley N°20.084, con relación al artículo 95 del CP, y por tanto, no siéndoles aplicables el artículo 369 quáter debido a su derogación. En ese sentido, atendiendo la normativa permanente, esta nueva regulación favorable a los adolescentes infractores debiera aplicarse retroactivamente conforme al artículo 18 del CP, siendo preciso determinar el alcance que puede tener el artículo transitorio de la Ley N°21.160, que dispone que el artículo 369 quáter el CP sigue vigente para los delitos perpetrados antes de la publicación de dicha ley. Por tanto, el supremo tribunal afirma que el sentido de la norma transitoria no puede ser otro que hacer explícitamente aplicable las normas que consagran la retroactividad de la ley más favorable, y la prohibición de las menos favorables, por lo que sería del todo evidente que esa regla no regiría para los infractores adolescentes, pues a ellos no les favorece, sino que los perjudica. Para lo anterior entrega tres razones principales: (i) la primera razón es de texto expreso y se refiere al propio tenor del artículo 5° de la Ley 21.160, que no distingue entre disposiciones permanentes o transitorias; (ii) la segunda razón tiene que ver con el espíritu de la norma transitoria, que con toda claridad está diseñada solo para el caso del imputado adulto, porque busca respetar el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable; (iii) si admitimos la tesis según la cual antes de la Ley 21.160 el artículo 369 quáter del Código Penal se aplicaba a los imputados menores de edad, entonces el artículo transitorio de la Ley 21.160 mantiene un régimen antiguo que, para ese imputado menor, es menos favorable que el de la norma nueva, constituida por el articulado permanente. Por tanto, se ha cometido por los jueves un error al no aplicar el artículo 5° de la Ley N°21.160, y como consecuencia, estimar aplicable el artículo 369 quáter del CP, que no podía aplicarse por estar derogado, y porque, aunque hay un artículo transitorio que lo mantiene vigente para delitos cometidos antes de la publicación de la ley derogatoria, resulta que esa norma transitoria no es aplicable a imputados menores de edad.

Considerandos relevantes:

3.- Que más allá de esos argumentos, sin embargo, tercia aquí un elemento nuevo, que es la derogación del artículo 369 quáter del Código Penal, según lo dispuso la Ley

21.160, además de la regla del artículo 5° de esa misma normativa y el contenido de su artículo transitorio, que dispone que para los hechos cometidos con anterioridad a la publicación de esta nueva normativa, continuará vigente el artículo 369 quáter del Código Penal. Es precisamente esta normativa la que debemos tener en cuenta, para resolver el problema que ahora nos ocupa.

4.- Que lo primero que cabe advertir es que la imprescriptibilidad de ciertos delitos que afectan la esfera de intimidad sexual de menores de edad, se estableció exclusivamente respecto de sujetos activos adultos. Los infractores adolescentes no quedan afectados por esa normativa, como lo dice en forma expresa el artículo 5° de la misma Ley 21.160. Luego, en el articulado permanente de la ley citada, el sujeto activo adolescente sí se beneficia de la prescripción de la acción penal, rigiendo al efecto los plazos contemplados en el artículo 5° de la Ley 20.084, y esos términos se computarán desde la fecha de comisión del delito, conforme lo previsto en el artículo 95 del Código Penal. No rige, pues, en el articulado permanente de la Ley 21.160, la suspensión del plazo de prescripción de acción penal, que estaba contemplado en el artículo 369 quáter, por lo mismo que dicha norma fue derogada por el artículo 1°, N° 3 de la misma ley. En suma; para los delitos sexuales contra menores a que se refiere el nuevo artículo 94 bis del Código Penal, introducido por la Ley 21.160, cometidos después de la publicación de esta última normativa, existen dos sistemas distintos, a saber: a) respecto de los imputados mayores de edad, no existe la prescripción de la acción penal; b) respecto de imputados menores de edad, la acción penal prescribe conforme a las reglas de la Ley 20.084, computando el plazo desde la fecha de comisión del ilícito, sin suspensión alguna.

5.- Que si esa es la realidad, atendiendo solo a la normativa permanente, resulta obvio que esa regulación nueva es favorable para los infractores adolescentes y en todo caso debiera aplicarse retroactivamente, por mandato del artículo 18 del Código Penal; sin embargo es preciso estudiar qué alcance puede tener, para lo que nos interesa, el artículo transitorio de la Ley 21.160, que dispone que el artículo 369 quáter del Código Penal sigue vigente para los delitos perpetrados antes de la publicación de la ley en examen.

6.- Que el sentido de esa norma transitoria no puede ser otro que hacer explícitamente aplicable, a la prescripción de la acción penal, las normas que consagran el principio de la retroactividad de la ley más favorable y, al contrario, de prohibición de retroactividad de las menos favorables, recogidas en el artículo 19, N° 3, inciso octavo y, en el artículo 18 del Código Penal. En efecto, la regla que elimina la prescripción de la acción penal es, evidentemente, menos favorable que la que solo suspendía su plazo de inicio.

7.- Que si es esa la razón de ser del artículo transitorio –y no puede ser otra- es de todo evidente que esa regla no rige para los infractores menores de edad, pues a ellos no los favorece, sino que los perjudica.

8.- Que en verdad hay tres razones que demuestran que el artículo transitorio de la Ley 21.160 no es aplicable a los imputados menores, y conviene detallarlas una a una.

9.- Que la primera razón es de texto expreso y se refiere al propio tenor del artículo 5° de la Ley 21.160, que no distingue entre disposiciones permanentes o transitorias. Sencillamente el menor de edad se rige solo por las reglas de la Ley 20.084, con lo cual el antiguo artículo 369 quáter del Código Penal, desaparece de su horizonte. El tribunal a quo equivocó el camino al entender que es en el artículo transitorio donde el legislador no distingue, pero en verdad no tenía por qué hacerlo, pues es en el artículo 5° donde está la clave para resolver el asunto, y esa es, precisamente, la norma que no distingue:

las disposiciones de la Ley 21.160 no se aplican a los infractores adolescentes. Ni las disposiciones permanentes, ni la transitoria.

10.- Que la segunda razón está enlazada con la primera, y demuestra su pleno sentido. Esta segunda razón tiene que ver con el espíritu de la norma transitoria, que con toda claridad está diseñada solo para el caso del imputado adulto, porque busca respetar el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Es de toda evidencia que la norma señalada beneficia al imputado adulto que ha delinquirido antes de la publicación de esta nueva ley, porque le permite reclamar la prescripción de la acción penal, al amparo del ahora derogado artículo 369 quáter del Código Penal. El sentido de esa norma transitoria, entonces, es precisamente ajustarse al principio que emana del artículo 19, N° 3, inciso octavo de la Constitución y, del artículo 18 del Código Penal, pero eso solo se logra si el artículo transitorio se aplica a los adultos.

11.- Que la tercera razón es la contracara de lo recién expuesto, y se basa en texto expreso: si admitimos la tesis según la cual antes de la Ley 21.160 el artículo 369 quáter del Código Penal se aplicaba a los imputados menores de edad, entonces el artículo transitorio de la Ley 21.160 mantiene un régimen antiguo que, para ese imputado menor, es menos favorable que el de la norma nueva, constituida por el articulado permanente. Específicamente, las normas nuevas más favorables para el imputado adolescente son los artículos 1° letra c), que deroga al artículo 369 quáter del Código Penal, y el artículo 5°, que exime de la imprescriptibilidad de la acción, a dicho sujeto activo y lo sujeta solo a las reglas de la Ley 20.084. Siendo así, la retroactividad de la norma penal más favorable, en tanto principio recogido en el artículo 19, N° 3, inciso octavo de la Constitución Política de la República, y en el artículo 18 del Código Penal, obligan a aplicar al infractor adolescente la normativa permanente, y prohíben aplicarle el artículo transitorio, con entera independencia de cuándo cometió el ilícito.

12.- Que por tanto, actualmente no puede haber duda que para el imputado adolescente no rige la imprescriptibilidad de la acción penal, y como la Ley 21.160 tampoco estableció una suspensión especial de la prescripción de acción penal a sus respectivos, lo único que se puede concluir es que en los delitos de aquellos que nos ocupan, cometidos por adolescentes, al menos a partir de la publicación de la nueva ley no hay suspensión de la prescripción, de modo que ésta se computará, simplemente, desde la comisión del hecho. Esa normativa, y en particular el artículo 5°, debe entonces ser aplicada retroactivamente al caso sublite, pues al contrario de lo que supuso el tribunal a quo, sí exime al hecho de pena, en tanto lo cubre con el manto de la prescripción.

13.- Que así pues, la Ley 21.160 tornó caduco el debate respecto de si el artículo 369 quáter del Código Penal regía o no para los acusados o imputados adolescentes. Lo tornó caduco porque lo derogó, y con ello favoreció la posición del adolescente infractor, en tanto simultáneamente lo eximió de la imprescriptibilidad de la acción penal. A partir de esa realidad, ya no interesa saber si la Ley 20.084 impedía o no aplicar ese artículo 369 quáter del Código Penal a los menores de edad infractores de ley, pues ese artículo ya no existe. Tan favorable resulta eso para un menor imputado que, en la disputa doctrinal anterior, la tesis que beneficiaba a los infractores adolescentes era la que reclamaba que no se les aplicara dicha norma. Evidentemente la derogación del artículo 369 quáter lleva en forma definitiva, al mismo resultado de no aplicación. No puede haber duda, entonces, de su calidad de normativa favorable ni, por consiguiente, de la obligación de aplicarla retroactivamente al acusado de autos.

14.- Que, en suma, de acuerdo a todo lo razonado, en el caso de autos se ha cometido por los jueces a quo un error al no aplicar el artículo 5° de la Ley 21.160, y, como consecuencia, al estimar como norma decisoria para la especie el artículo 369 quáter del Código Penal, que no podía aplicarse por estar derogado y porque, aunque hay un

artículo transitorio que lo mantiene vigente para delitos cometidos antes de la publicación de la ley derogatoria, resulta que esa norma transitoria no es aplicable a imputados menores de edad. Los juzgadores del grado estimaron que la nueva ley no exime al hecho de pena, y por ende que no se aplica la regla de retroactividad favorable, pero ello no pasa de ser una ilusión, pues la normativa nueva, al mantener la prescripción de la acción penal para los infractores adolescentes, sin suspensión alguna, ciertamente elimina la pena para todos los casos ocurridos antes de cinco años desde la fecha de inicio de la acción penal, sobre todo atendido que la prescripción debe ser declarada de oficio por los juzgadores. Al mismo tiempo, es claro que esa normativa nueva es precisamente el articulado permanente de la Ley 21.160, porque la disposición transitoria, lejos de introducir reglas nuevas, lo que hace es mantener la vigencia de la antigua. Quepa solo insistir en que precisamente lo que el legislador no distingue, es qué parte del sistema relativo a la prescripción que regula, no se aplica a los adolescentes infractores. Y como no distingue, no se aplica ni el sistema de imprescriptibilidad diseñado en el articulado permanente, ni el sistema de suspensión de la prescripción, que se contempla en el artículo transitorio, que de su solo examen demuestra estar diseñado en favor de los imputados adultos, y no en contra de los imputados menores de edad.

Acoge nulidad por errónea aplicación del artículo 318 del CP, al no existir antijuridicidad en la conducta.

7.- Corte Suprema acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del artículo 318 del CP, por ausencia de antijuridicidad material y tipicidad de la conducta enjuiciada ([CS Rol N°32.880-2021, 25.08.2021](#)).

La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa por errónea aplicación del derecho, al condenar al acusado como autor del delito del artículo 318 CP, sin satisfacer los elementos del tipo penal, debido a que la conducta del sujeto carecería de la idoneidad suficientes para poner en peligro el bien jurídico protegido. El supremo tribunal sostiene que la ley exige que la conducta ponga en peligro la salud pública, castigándose cuando se genere un riesgo para dicho bien jurídico. Para dicha determinación realiza un análisis del artículo 318 bis, concluyendo que se trata de un delito de peligro concreto por referirse al supuesto de riesgo generado a sabiendas, y en ese sentido, de delito del 318 se referiría más a uno de peligro hipotético u abstracto-concreto, no exigiendo un riesgo específico sobre el bien jurídico, pero sí que haya idoneidad para producirlo. Asimismo, prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “*praesumptio juris et de jure*” de la peligrosidad del comportamiento, como pretende el persecutor, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material, vulnerando la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal. La sola acción de deambular de madrugada durante la vigencia del toque de queda, pese a implicar la transgresión de normativa reglamentaria, no tiene la idoneidad suficiente para generar un riesgo a la salud pública, cuestión que resulta en una falta de antijuridicidad material y tipicidad de la conducta en cuestión

Considerandos relevantes:

TERCERO: *Que, analizando la naturaleza del peligro de la figura prevista en el artículo 318 del Código Penal, en su parte pertinente reza: “El que pusiere en peligro la salud por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...”. Se advierte que la ley exige*

que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico; no sancionando simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto. Cuestión distinta es lo que dispone el artículo 318 bis del Código Penal, que sí contiene una exigencia de peligro concreto, pues el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico y, concreto; que no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318, de manera que la comparación de los dos tipos penales, conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como es el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.

CUARTO: El principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada, sobre todo cuando este factor ha sido específicamente considerado para la tipificación y penalización de determinados hechos ilícitos, como lo hace el artículo 318 del Código Penal.

Prescindir de la pregunta acerca de la realidad del peligro significaría que en base a una “praesumptio juris et de jure” de la peligrosidad del comportamiento, como pretende el persecutor, se presumiría la base misma sobre la que se construye el injusto, esto es, su antijuridicidad material (Politoff/Matus, cit., p. 18), cuestión que pugna con la prohibición establecida en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, de presumir de derecho la responsabilidad penal. Así se ha sostenido que si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente habrán de carecer de legitimación conforme al principio enunciado los llamados delitos de peligro abstracto, pues establecen una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro (Bustos y Hormazábal, Nuevo Sistema de Derecho Penal, 2004, p. 90).

Es la citada proscripción constitucional la que demanda que para la sanción de un delito de peligro se requiera la posibilidad que de la conducta pudiera efectivamente poner en riesgo la salud pública, como el caso en estudio; lo que conduce a descartar el reproche penal por meras contravenciones administrativas.

QUINTO: Que los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y la sola acción de deambular por la vía pública, independientemente de la hora, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia, ya que, por cuanto la cuarentena tiene como finalidad disminuir los desplazamientos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que –ellas sí- son a lo menos hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo. Pero el estar, o deambular, incluso dos sujetos en calles desiertas, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. La sola infracción a la cuarentena sin portar salvo conducto, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora –y sancionable- en sede no penal y solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo

propia, lo que ocurriría por ejemplo si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso.

Rechaza nulidad por infracción de garantías fundamentales al haberse realizado un control de identidad teniendo como indicio una denuncia anónima.

8.- Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por infracción de garantías fundamentales, producto de un control de identidad efectuado fuera del marco legal, teniendo como indicio una denuncia anónima. La Corte sostiene que la defensa con su alegación quiere exigir prueba, que no es lo mismo que indicio, o quiere sujetar el resultado de todo el procedimiento al indicio cuestionado, lo cual no es efectivo ([CS Rol N°30.525-2021, 09.08.2021](#)).

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa, en lo principal, por infracción sustancial de garantías fundamentales, producto de un control de identidad presuntamente efectuado fuera del marco legal, el cual tendría como único indicio una denuncia anónima recibida por los funcionarios policiales. El supremo tribunal sostiene que, siendo los indicios exigidos por el artículo 85 del CPP simplemente elementos fácticos que habilitan para efectuar un control de identidad, constituyendo una aceptable suposición de actuar ilícito, y no probanzas, la defensa mediante sus alegaciones buscaría ir más allá, debido a que estaría prácticamente exigiendo prueba, o queriendo sujetar todo el resultado del procedimiento a la sola razón de su inicio, que es una denuncia anónima, en circunstancias de que no fue esa sola denuncia lo que motivó la persecución.

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: *Que, ante todo, la denuncia anónima, presentada en el recurso como antecedente que viciaría todo el procedimiento desarrollado por la policía, no puede por sí misma producir tal efecto; la denuncia de un hecho que pueda constituir delito, sea o no anónima, obliga a la policía a acudir al lugar para verificar qué es lo que realmente ocurre. Cosa muy distinta es qué actuaciones despliegue en concreto la policía, a partir de ese dato. En el caso sublite, de acuerdo a lo expresado en el fallo que se ataca, en particular en sus motivos quinto y décimo, cuando Carabineros llega al lugar e intenta acercarse a quien respondía a la descripción dada por esas denuncias, el ahora sentenciado huye intentado entrar a un departamento, es seguido y alcanzado en la puerta, instante en que lanza un bolso al interior del domicilio, en cuyo interior, y desde la propia puerta, se veían cajas y platos con droga. He ahí los indicios. No es solo la denuncia, no se trata solo del o de los llamados anónimos. La Policía se le acerca porque coincide con la descripción que aquellos llamados dan, respecto del sujeto que habría disparado y que traficaría drogas. Pero al acercarse no le han detenido, no le han registrado ni han controlado la identidad, ni afectado ninguno de sus derechos. Si el acusado huye, y si todavía arroja un bolso dentro del departamento al ser alcanzado, es la suma de todo ello, partiendo por la denuncia pero continuando con la huida y el lanzamiento del bolso, lo que configura indicios que permiten la actuación policial de retención para control y registro, y ese registro genera la revelación de la flagrancia, que legitima todo el actuar posterior, de suerte tal que no se ha vulnerado ninguna garantía que permita seguir al recurrente en sus alegaciones, a propósito de esta causal.*

TERCERO: *Que al respecto no cabe olvidar que los indicios requeridos por el artículo 85 del Código Procesal Penal, no son prueba, ni tiene que referirse a un tipo penal concreto; los indicios son simplemente elementos fácticos que justifican y profundizan de modo objetivo la sospecha, porque de manera natural y lógica conducen a inferir que pueda estarse cometiendo un ilícito. Los indicios dan lugar, pues, a una aceptable suposición de actuar ilícito, aunque sea indeterminado. Y ello precisamente porque son solo tales, y no probanzas. Claro que es posible que alguien huya de la policía solo por temor irracional, o porque ha incurrido en una falta menor, no penal incluso, y exagere su reacción, pero aquí no estamos en terreno de prueba ni de juicio: no se trata que se acredite sin duda que hay un actuar ilícito; basta que los hechos observados salgan de lo normalmente esperable, de la regularidad de las cosas, justificando la profundización de la sospecha hasta ir un paso más allá de ella, para que nos alejemos de la pura especulación subjetiva, quizás prejuiciosa, o en todo caso de la sospecha imposible de justificar racionalmente, que es lo que el legislador quiere evitar en el actuar intrusivo de la policía. La defensa quiere aquí ir más allá y exigir prueba, que no es lo mismo que indicio, o quiere sujetar el resultado de todo el procedimiento a la sola razón de su inicio, que es una denuncia anónima, en circunstancias de que no fue esa sola denuncia lo que motivó la persecución, el registro ni la detención. Por tales motivos, la primera y principal causal de nulidad alegada, se desestimaré.*

INDICES

<i>Tema/Descriptor</i>	<i>Ubicación</i>
Acciones constitucionales	p.4-5 ; p.5-6
Ambito temporal de la ley penal	p.9-12
Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal	p.6-7 ; p.7-8
Colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos	p.6-7
Constitución Política	p.4-5 ; p.5-6
Control de identidad	p.14-15
Control jurisdiccional	p.4-5 ; p.5-6
Convenciones internacionales	p.5-6
Cumplimiento de condena	p.4-5 ; p.5-6
Debido proceso	p.7-8 ; p.14-15
Delitos contra bienes jurídicos colectivos	p.12-14
Delitos contra la indemnidad sexual	p.9-12
Delitos contra la salud pública	p.12-14
Delitos sexuales	p.9-12
Derecho penitenciario	p.4 ; p.4-5 ; p.5-6
Derechos del imputado	p.5-6
Determinación legal/judicial de la pena	p.6-7 ; p.7-8
Ejecución de las penas	p.4-5 ; p.5-6
Errónea aplicación del derecho	p.6-7 ; p.9-12 ; p.12-14
Establecimientos carcelarios	p.4-5 ; p.5-6
Exclusión de prueba	p.7-8
Flagrancia	p.7-8 ; p.14-15
Fundamentación	p.14-15
Garantías	p.4-5 ; p.5-6
Garantías constitucionales	p.4 ; p.4-5 ; p.5-6
Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad	p.4-5
Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	p.14-15
Libertad condicional	p.4
Peligro abstracto	p.12-14
Peligrosidad	p.12-14
Penas privativas de libertad	p.4-5 ; p.5-6
Policía	p.7-8
Prescripción de la acción penal	p.9-12
Principio de congruencia	p.14-15

Principios y garantías del sistema procesal en el cpp	p.7-8; p.14-15
Prisión	p.4-5; p.5-6
Prueba	p.14-15
Prueba ilícita	p.7-8
Recursos - Recurso de amparo	p.4; p.4-5; p.5-6
Recursos - Recurso de nulidad	p.6-7; p.12-14
Responsabilidad penal adolescente	p.9-12
Técnicas de investigación ley de drogas	p.7-8
Tipicidad	p.12-14
Tráfico ilícito de drogas	p.6-7; p.7-8; p.14-15
Vigencia espacial/temporal de la ley	p.9-12

<i>Norma</i>	<i>Ubicación</i>
CADDHH art. 1 N° 1	p.5-6
CADDHH art. 25 N° 1	p.5-6
CP art. 102	p.9-12
CP art. 11 N° 9	p.6-7; p.7-8
CP art. 318	p.12-14
CP art. 318 bis	p.12-14
CP art. 68 bis	p.7-8
CP art. 93 N° 6	p.9-12
CP art. 94	p.9-12
CP art. 95	p.9-12
CPP art. 130	p.7-8; p.14-15
CPP art. 206	p.14-15
CPP art. 276	p.7-8
CPP art. 341	p.14-15
CPP art. 342	p.14-15
CPP art. 36	p.5-6
CPP art. 373	p.7-8; p.14-15
CPP art. 373 letra b	p.6-7; p.9-12; p.12-14
CPP art. 374	p.14-15
CPP art. 375	p.7-8
CPP art. 377	p.7-8
CPP art. 384	p.7-8; p.14-15
CPP art. 433	p.4-5
CPP art. 80	p.7-8
CPP art. 83	p.7-8
CPP art. 84	p.7-8

CPP art. 85	p.7-8
CPP art. 86	p.7-8
CPR art. 19 N° 3	p.7-8 ; p.12-14
CPR art. 19 N° 5	p.7-8
CPR art. 19 N° 7	p.7-8
CPR art. 21	p.4 ; p.4-5 ; p.5-6
CPR art. 6	p.7-8
CPR art. 7	p.7-8
DL321 art. 2	p.4-5
DL321 art. 3	p.4-5
DL321 art. 8	p.4
DL321 art. 9	p.4-5
DS518 art. 76	p.5-6
DS518 art. 78	p.5-6
DS518 art. 82	p.5-6
L17798 art. 13	p.14-15
L17798 art. 2	p.14-15
L17798 art. 9	p.14-15
L20000 art. 1	p.7-8 ; p.14-15
L20000 art. 22	p.7-8
L20000 art. 3	p.7-8 ; p.14-15
L20084 art. 5	p.9-12
L21124 art. 1	p.4-5
L21160 art. 5	p.9-12