



**UNIDAD DE CORTE
BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
SALA PENAL CORTE SUPREMA**

Diciembre 2017

Índice

Acciones Constitucionales de Amparo	4
A. Garantía de Seguridad e Integridad Personal	4
B. Libertad Condicional	6
C. Responsabilidad Penal Adolescente	17
D. Prescripción	18
E. Expulsión de Extranjeros	19
F. Prisión Preventiva	22
F.1. Sustitución de Prisión Preventiva	22
G. Medidas de Seguridad	23
G.1. Internación Provisional	23
Recurso de Nulidad.....	25
A. Garantía Debido Proceso	25
A.1. Derecho a una investigación racional y justa	25
B. Error de Derecho	32
C. Control de Identidad	39
D. Ley N° 20.000.....	50
D.1. Doctrina de la “pureza”	50
E. Derechos Individuales	65
E.1. Derecho a la Inviolabilidad del Hogar	65

Acciones Constitucionales de Amparo

A. Garantía de Seguridad e Integridad Personal

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública, toda vez que Gendarmería de Chile ha actuado afectando la seguridad e integridad personal del amparado (CS 2017.12.19, rol N° 44996-17).

El amparado P. R. R. fue atendido en el Hospital de Bulnes el 31 de octubre de 2017, a quien se le diagnosticó: "contusión frontal, contusión torácica múltiple, lesiones de carácter leve, con un tiempo de curación de diez días y tiempo de incapacidad de cinco días", lesiones que el interno R. R. atribuyó a golpes propinados el día 30 de octubre pasado por funcionarios de Gendarmería de Chile.

Considerandos relevantes:

3º Que, según dispone el artículo primero del Decreto N° 518, 21 de agosto de 1998, que contiene el Reglamento de Establecimiento Penitenciarios "La actividad penitenciaria (...) tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas".

Agrega, la normativa citada, que dicha actividad "se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales" (Artículo 4º).

En este contexto el inciso 3º del artículo 6 del Decreto referido obliga a la administración penitenciaria al decir que “velará por la vida, integridad y salud de los internos y permitirá el ejercicio de los derechos compatibles con su situación procesal”.

4º Que las normas referidas se encuentran en consonancia con lo establecido en el artículo 5º de la Constitución Política de la República en cuanto a que es tarea de los órganos del Estado el respetar y promover el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

5º Que el bloque normativo a que se ha venido haciendo alusión impone a Gendarmería de Chile, en lo pertinente al presente recurso, la obligación de ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad que rigen el uso de la fuerza por parte de Gendarmería de Chile, de acuerdo a lo establecido en la Resolución Exenta N° 9681 de 15 de septiembre de 2014, que aprueba el Procedimiento y Flujograma para el uso de la fuerza al interior de los Establecimientos Penitenciarios del Subsistema Cerrado y Unidades Especiales, obligación que fue omitida, afectando de ese modo la seguridad e integridad personal del amparado, ámbito de protección que precisamente se encuentra resguardado por la acción constitucional contemplada en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

B. Libertad Condicional

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto por la defensa, por cuanto la Comisión de Libertad Condicional le ha negado ese beneficio aun cuando el amparado cumple con los requisitos del artículo 2° del D.L. N° 321 (20.11.2017, rol N° 43.067-2017)

La Comisión de Libertad Condicional ha rechazado la solicitud de libertad condicional presentada por el amparado, porque el informe psicosocial integrado del condenado resultó ser negativo "en cuanto a las manifestaciones de su carácter, tendencias y moralidad; ya sea porque tienen insuficiente o inexistente conciencia del delito y del daño ocasionado a consecuencia de aquel, porque no han tenido suficiente motivación al cambio hacia conductas pro sociales, o porque aún mantienen bajo control de impulsos, escasa tolerancia a la frustración, moralidad pre convencional, validación o justificación de conductas delictuales, entre otros aspectos negativos de su personalidad, y que los aspectos antes indicados inciden en un desfavorable pronóstico de reinserción social para los condenados, en cuanto no cuentan con las aptitudes necesarias para reinsertarse en la sociedad con un bajo riesgo de reincidencia criminal; lo que implica que éstos no se encuentran corregidos y rehabilitados para la vida social." (Considerando 2°)

Considerandos relevantes:

3° Que, si bien esta Corte ha señalado en diversas oportunidades que en los casos previstos en el artículo 3° del D.L. N° 321 el mero cumplimiento de los requisitos objetivos contemplados en el artículo 2° de ese cuerpo legal no impone el deber de otorgar la libertad condicional, quedando reservado a la Comisión recurrida la facultad de ponderar los antecedentes que le sean presentados y, conforme a ellos, decidir fundadamente sobre la solicitud, el carácter facultativo de esa determinación no importa que la misma pueda adoptarse desatendiendo tales elementos remitidos por Gendarmería -únicos que se ha tenido a la vista para resolver- de modo que los

fundamentos que se entreguen para denegar de la concesión de la libertad condicional que se solicita deben asentarse en tales elementos y, por ende, ser consistentes con los mismos, cuestión que no se advierte en la especie.

4° Que, en efecto, en lo concerniente al extremo del N° 2 del citado artículo 2, el amparado cumple con haber observado conducta muy buena en los tres bimestres anteriores a su postulación, como lo demuestra el registro del nivel de conducta asociado a la condena, acompañado por Gendarmería y, en relación al contenido negativo del informe psicosocial integrado del condenado, cabe señalar que esa discordancia no es tal desde que, si bien elementos psicológicos o morales como los enunciados en la letra d) del artículo 19 del Reglamento pueden tomarse en cuenta para calificar la conducta del interno, ello está condicionado a su manifestación durante el cumplimiento de la condena, puesto que lo que debe ponderarse es la conducta "observada" o "desplegada" en el establecimiento penal y no aquello que, aunque pueda estimarse inconveniente, se mantiene en su fuero interno sin alguna manifestación que afecte su convivencia con terceros.

En ese orden, si los aspectos que trata el informe psicológico no repercuten ni afectan el correcto desenvolvimiento del interno en el recinto penal, como ha ocurrido en la especie, de manera que su "conducta" ha sido considerada por Gendarmería cada sucesivo bimestre como "muy buena", no resulta aceptable que posteriormente se pueda llegar a concluir que -por aspectos relativos a su "fuero interno" y no a su comportamiento- tales juicios primen sobre el desempeño calificado como "intachable", como lo demanda la ley, pues de otro modo, se abandonaría la decisión de lo planteado a apreciaciones subjetivas obtenidas en un determinado momento del encierro que, como se dijo, no se condicen con la conducta observada durante todo el período sujeto a calificación, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos de los internos por mantener periódicamente una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.

Ver también: SCS Rol N° 43.430-2017, 28.11.2017; SCS Rol N° 43.153-2017, 21.11.2017; Rol N° 43.726-2017, 06.12.2017; Rol N° 44462-17, 18.12.2017; Rol N° 44.530-17, 19.12.2017; Rol N° 44.523-17, 19.12.2017; Rol N° 44.528-17, 19.12.2017, (VEC Ministro Sr. Valderrama).

2. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto la Comisión de Libertad Condicional rechaza la solicitud en virtud de la discrepancia entre el certificado de conducta y el informe sicosocial integrado del amparado (CS 2017.11.20, rol N° 43.074-2017).

La Comisión de Libertad Condicional indica que no hubo unanimidad para otorgarla, por cuanto existe una discordancia entre el certificado de conducta del amparado que la clasifica como muy buena y el contenido negativo del informe sicosocial integrado, que indica que no se encuentra corregido ni rehabilitado para la vida social.

Considerandos relevantes:

5° Que sobre el contenido negativo del informe psicosocial integrado del condenado, cabe señalar, si bien elementos psicológicos o morales como los enunciados en la letra d) del artículo 19 del Reglamento pueden tomarse en cuenta para calificar la conducta del interno, ello está condicionado a su manifestación durante el cumplimiento de la condena, puesto que lo que debe ponderarse es la conducta "observada" o "desplegada" en el establecimiento penal y no aquello que, aunque pueda estimarse inconveniente, se mantiene en su fuero interno sin alguna manifestación que afecte su convivencia con terceros.

En ese orden, si los aspectos que trata el informe psicológico no repercuten ni afectan el correcto desenvolvimiento del interno en el recinto penal, como ha ocurrido en la especie, de manera que su "conducta" ha sido considerada por Gendarmería cada sucesivo bimestre como "muy buena", no resulta aceptable que posteriormente se pueda llegar a concluir que -por aspectos relativos a su "fuero interno" y no a su comportamiento- tales juicios primen sobre el desempeño calificado como "intachable", como lo demanda la ley, pues de otro modo, se abandonarían la decisión de lo planteado a apreciaciones subjetivas obtenidas en un determinado momento del encierro que, como se dijo, no se condicen con la conducta observada durante todo el período sujeto a calificación, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos de los internos por mantener periódicamente una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional.

6° Que, en consecuencia, en este caso la Comisión recurrida ha ejercido la facultad otorgada en el artículo 2° del D.L. N° 321 para negar la libertad condicional al amparado pese a cumplir todos los extremos previstos en el mencionado precepto legal, de manera contraria a los antecedentes pertinentes, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio.

En el mismo sentido: SCS Rol N° 43.068-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.069-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.071-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.075-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.077-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.212-2017, 23.11.2017; Rol N° 44.180-17, 11.12.2017; Rol N° 44.181-17, 11.12.2017.

3. Corte Suprema acoge recurso de amparo, toda vez que la Comisión ha rechazado la solicitud de libertad condicional del amparado por la gravedad del delito por el cual fue condenado (CS 2017.11.20, rol N° 43.072-2017).

En este caso, la Comisión de Libertad Condicional ha rechazado la solicitud del amparado, por la gravedad del delito por el cual fue condenado, así estimó que éste no se encontraba aun corregido y rehabilitado para la vida social, no obstante, cumplir los requisitos formales del artículo 2 del D.L. N° 321.

Considerandos relevantes:

3° Que cuando la Comisión de Libertad Condicional deniega al amparado el beneficio pretendido por las razones antes anotadas, agrega un extremo no previsto en la ley para su otorgamiento, esto es, que haya elementos – distintos a los que enumeran los artículos 2 y 3 del D.L. N° 321 – que permitan adquirir la convicción de que el condenado se encuentra corregido y rehabilitado. Aceptar lo anterior, importaría que al no definirse dichos elementos o circunstancias en la ley, su determinación quedaría a la discreción de la Comisión de Libertad Condicional, la que, en la especie, estimó que tal exigencia suplementaria se concreta en la concurrencia de un requisito que por lo demás no se define en su contenido.

4° Que, lo antes expuesto, permite constatar que la cuestionada comisión deniega la libertad condicional al amparado sin fundarse en alguno de los motivos que expresamente regla la ley para dicho efecto, pues no obstante cumplirse los requisitos que enumeran los artículos 2 y 3 del D.L. N° 321, requiere que además que demuestre que esta corregido y rehabilitado para la vida social sin tampoco precisar los requisitos con que debería contar para satisfacer el extremo que la Comisión recurrida estima indispensable para la concesión del beneficio de libertad condicional.

5° Que, en tal estado de las cosas, al no desvirtuar la resolución examinada el cumplimiento por parte del amparado de las condiciones que impone el Decreto Ley N° 321 para acceder a la libertad condicional, resulta ilegal – en cuanto carente de fundamento – la negativa a reconocerle el derecho indicado, por lo que el recurso será acogido.

En el mismo sentido: SSCS Rol N° 43.422-2017, 28.11.2017 (VEC Ministro Sr. Valderrama); Rol N° 44.528-17, 19.12.2017, (VEC Ministro Sr. Valderrama); Rol N° 44.520-17, 19.12.2017; Rol N° 44.521-17, 19.12.2017, (VEC Ministros Sres. Künsemüller y Cerda); Rol N° 44.523-17, 19.12.2017.

4. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto la Comisión de Libertad Condicional no ha fundado conforme a la ley su rechazo a la solicitud del amparado (CS 2017.11.28, rol N° 43.423-2017).

La Comisión recurrida ha indicado que rechazó el otorgamiento de la libertad condicional, porque considerando “el tiempo que le resta al recluso para el cumplimiento de su condena, su compromiso delictual y la naturaleza y gravedad del delito, en especial lo informado acerca del avance en su proceso de responsabilización, se estima necesario un mayor tiempo de observación a través de beneficios intrapenitenciarios que le permitan enfrentar una adecuada salida al medio libre y estructurar de forma gradual su proceso de reinserción social (...).”

Considerandos relevantes:

2° Que, si bien esta Corte ha señalado que en los casos previstos en el artículo 3° del D.L. N° 321, como en la especie, el mero cumplimiento de los requisitos objetivos

contemplados en el artículo 2° de ese cuerpo legal no impone el deber de otorgar la libertad condicional, quedando reservado a la Comisión recurrida la faltad de ponderar los antecedentes que le sean presentados y, conforme a ellos, decidir fundadamente sobre la solicitud, el carácter facultativo de esa determinación no importa que la misma pueda adoptarse descuidando el deber de motivarla adecuadamente, deber que no se cumple en la resolución impugnada.

3° Que, en efecto, en relación a la naturaleza y gravedad de los delitos por los que cumple condena el amparado, esos aspectos ya fueron considerados al momento de imponerse por el órgano jurisdiccional la respectiva pena, lo que además – su naturaleza – igualmente ya produjo el efecto legal de aumentar el tiempo mínimo de cumplimiento exigido para acceder a la libertad condicional, por lo que no resulta procedente nuevamente considerar esos elementos esta vez para denegar la solicitud de libertad condicional. En cuanto al compromiso delictual del recurrente, tal factor, al determinarse principalmente según la conducta anterior al cumplimiento de las penas que actualmente sirve el encartado, tampoco puede ser considerado para estos efectos.

Sobre el tiempo que resta por cumplir – hasta abril de 2018 -, éste parece breve en proporción al periodo que lleva de cumplimiento – desde enero de 2007 – y, finalmente, la ley no ha impuesto como condición para acceder a la libertad condicional el haber previamente obtenido un beneficio intrapenitenciario, sin perjuicio de lo recomendable que pueda ser tal proceso paulatino de acercamiento al medio ambiente.

Ver también: SSCS Rol N° 44.179-17, 11.12-2017; Rol N° 44.521-17, 19.12.2017, (VEC Ministros Sres. Künsemüller y Cerda); Rol N° 44.523-17, 19.12.2017; Rol N° 44526-17, 19.12.2017.

5. Corte Suprema acoge recurso de amparo, toda vez que la Comisión ha rechazado sin fundamentos legales la petición de libertad condicional del amparado (CS 2017.11.23, rol N° 43.207-2017).

La Corte Suprema acoge el recurso de amparo, toda vez que la Comisión recurrida no fundamentó el rechazo de la libertad condicional en la falta de algún requisito previsto por el artículo 2 del D.L. N° 321, privando ilegalmente el derecho del amparado a recuperar – condicionalmente – su libertad ambulatoria. En virtud de ello es rescatable el considerando 4° de la sentencia que indica:

Considerando relevante:

4° Que al respecto no está de más aclarar que el artículo 1° del D.L. N° 321 no prescribe que para el otorgamiento de la libertad condicional los integrantes de la Comisión deban adquirir, en base a elementos complementarios a los extremos del artículo 2°, convicción de que el interno se encuentra corregido y rehabilitado, pues precisamente es el cumplimiento de los aspectos enumerados en el artículo 2 – cuyo tenor reproducen los incisos 3° y 4° del artículo 4° del Reglamento – los que permiten presumir tal presupuesto, presunción que se pone a prueba mediante la libertad condicional, tal como se desprende de la lectura conjunto de los artículos 1° y 2° del D.L. N° 321.”

Otro punto destacable es el **voto en contra del Ministro Sr. Blanco**, “quien estuvo por confirmar la sentencia recurrida teniendo presente que el artículo 21 de la Constitución Política de la República concede el recurso de amparo en favor de los individuos que se hallaren arrestados, detenidos o presos con infracción a lo dispuesto en ella o en las leyes; que, tratándose de los casos previstos en el artículo 3° del Decreto Ley N° 321, la ley faculta en su literalidad a la Comisión de Libertad Condicional para ponderar los antecedentes del solicitante y decidir si conceder o no el beneficio que se trata, no siendo obligatoria su concesión; y que la decisión

recurrida se encuentra debidamente fundamentada en argumentos razonables que atienden a las finalidades de rehabilitación y reinserción social de la pena.”

En el mismo sentido: SCS Rol N° 43.070-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.076-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.078-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.079-2017, 20.11.2017; Rol N° 43.509-2017, 29.11.2017; Rol N° 43.730-2017, 06.12.2017; Rol N° 44.522-17, 19.12.2017.

6. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto da cumplimiento al inciso final del artículo 4 del D.L. N° 321 (CS 2017.11.27, rol N° 43.415-2017).

La Comisión de Libertad Condicional rechazó la solicitud del amparado, por estimar que no ha cumplido los dos tercios de la pena impuesta a la que fue condenado, de manera que no cumpliría con el requisito del artículo 3, inciso tercero del D.L. N° 321.

Considerandos relevantes:

3° Que el amparado se encuentra cumpliendo la pena de seis años presidio mayor en su grado mínimo por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cuyo tiempo mínimo de cumplimiento de conformidad al inciso 3° del artículo 3 del Decreto Ley N° 321, modificado por la Ley N° 20.931, se completa en el mes de diciembre próximo, favoreciéndole además la rebaja de cuatro meses en el cumplimiento de la pena, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 19.856 deberá ser considerada como un antecedente calificado para la obtención de la libertad condicional.

Así las cosas, el penado se encontraba en la situación prevista en el inciso final del artículo 4 del D.L. 321, esto es, cumplía el tiempo mínimo de su condena en los dos

meses siguientes del funcionamiento de la Comisión de Libertad Condicional, tal como lo esgrime el recurrente.

4° Que, por otra parte, aparece de los antecedentes que el amparado cumple los otros extremos previstos en el citado artículo 2 del D.L. N°321, los que además no han sido cuestionados por la Comisión recurrida en su resolución denegatoria de la libertad condicional ni en el informe evacuado con motivo de esta causa, por lo que la Comisión rechazó la libertad condicional pretendida por el amparado C. O. F.E., no obstante que concurren a su respecto, todos los requisitos legales para acceder a ella, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida.

En el mismo sentido: SCS Rol N° 43.211-17, 23.11.2017, (VEC Ministra Sra. Muñoz); Rol N° 43.273-2017, 23.11.2017, (VEC Ministros Sr. Juica y Sra. Muñoz); Rol N° 43.416-2017, 27.11.2017 (VEC Ministros Sres. Cisternas y Valderrama); SCS Rol N° 43.417-2017, 27.11.2017; SCS Rol N° 43.419-2017, 27.11.2017 (VEC Ministros Sres. Cisternas y Valderrama); SCS Rol N° 43.420-2017, 27.11.2017; SCS Rol N° 43421-2017, 27.11.2017; Rol N° 44.444-17, 18.12.2017, (VEC Ministro Sr. Cerda); Rol N° 44.461-17, 18.12.2017, (VEC Ministro Sr. Cerda); Rol N° 44.466-17, 18.12.2017, (VEC Ministro Sr. Cerda); Rol N° 44.467-17, 18.12.2017 (VEC Ministro Sr. Cerda); Rol N° 44.471-17, 18.12.2017 (VEC Ministro Sr. Cerda); Rol N° 44.531-17, 19.12.2017, (VEC Ministro Sr. Cerda).

Fallos donde no se cumple con lo que prescribe el artículo 3° inciso 3° del DL N° 321: SSCS Rol N° 43.213-2017, 23.11.2017; Rol N° 43.264-2017, 23.11.2017;

7. Corte Suprema acoge el recurso de amparo, dado que tiene lugar la aplicación del artículo 5 inciso segundo de la Ley N° 19.856 (CS 2017.11.22, rol N° 43.157-2017).

La Comisión de Libertad Condicional rechazó la solicitud del amparado, porque éste no cumplía con el tiempo mínimo para acceder a la libertad condicional según el artículo 2 N°1 del D.L. N° 321.

Considerandos relevantes:

2° Que el amparado, considerando los dos meses de rebaja de pena obtenidos por su conducta sobresaliente, cumple los dos tercios de la sanción impuesta el 8 de febrero de 2018, por lo que, de conformidad al inciso segundo del artículo 5 de la Ley N° 19.856, está habilitado para postular al régimen de libertad condicional en el semestre anterior a aquel en que le hubiere correspondido, por lo que no existía impedimento para su otorgamiento por la Comisión recurrida, reunida en octubre del presente año, al cumplirse los demás requisitos legales para ello, sin perjuicio que sólo pueda materializarse la liberación en la fecha indicada de mantenerse hasta entonces el cumplimiento de todos los extremos del artículo 2 del D.L. N° 321 así como la calificación de sobresaliente de su conducta.

Voto en contra del Ministro Sr. Valderrama, quien fue del parecer de confirmar la resolución apelada teniendo presente para ello que el amparado al momento de la postulación no cumplía el requisito previsto en el artículo 2 N° 1 del D.L. N° 321.

C. Responsabilidad Penal Adolescente

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto la jueza recurrida decretó una medida cautelar más gravosa de lo que correspondía (CS 2017.11.22, rol N° 43.204-2017).

El Ministerio Público le comunicó a la jueza recurrida que solicitaría en un procedimiento abreviado una pena de dos años de libertad asistida especial, es decir, no privativa de libertad. No obstante ello, la jueza del Tribunal de Garantía impuso una sanción más gravosa, contraviniendo la ley.

Considerandos relevantes:

2° Que, de esa manera, la imposición de la medida cautelar de internación provisoria -inmediatamente después de denegar la magistrado recurrida dicho procedimiento- contraviene abiertamente lo prescrito en el artículo 33 de la Ley N° 20.984, el cual dispone que "En ningún caso" podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena, así como lo señalado en el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala que "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño ... se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

3° Que, por otra parte, la jueza cuestionada tampoco explicó en su resolución, como demanda el artículo 36 del Código Procesal Penal, la necesidad de imponer la medida más gravosa en el caso sub judice, en vista de lo antes mencionado y de la inexistencia de condenas anteriores en contra de los amparados.

4° Que, en consecuencia, en este caso la autoridad recurrida ha impuesto la medida cautelar de internación provisoria desatendiendo las normas que establecen los requisitos sustantivos y formales para su imposición, con lo cual se ha privado

ilegalmente de su libertad personal a los amparados, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio.

Ver también: SSCS Rol N° 40.749-2017, 16.10.2017; Rol N° 42.373-2017, 07.11.2017

D. Prescripción

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto el Juzgado de Garantía de Puerto Montt rechazó declarar la prescripción de la pena, porque entendió erróneamente la naturaleza de la pena impuesta al amparado (CS 2017.10.11, rol N° 40.162-17).

El Juzgado de Garantía de Puerto Montt rechazó declarar la prescripción de la pena solicitada por el amparado, bajo el fundamento de que exigía un plazo de 5 años de prescripción porque entendió que debía transcurrir el plazo de prescripción propio de un simple delito según el artículo 97 del Código Penal.

Considerando relevante:

3° "Que, así las cosas, el Juzgado de Garantía de Puerto Montt ha actuado contraviniendo las normas antedichas al rechazar declarar la prescripción de la pena en el caso en estudio por exigir un plazo de cinco años, al entender, equivocadamente como se ha explicado antes, que debía transcurrir el término propio de un simple delito, naturaleza que no corresponde a la de la sanción impuesta al amparado, exponiendo a éste a verse privado de su libertad personal para cumplir una sanción que se encuentra extinguida por prescripción, peligro que

deberá suprimirse acogiendo el recurso y adoptando las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho.”

E. Expulsión de Ciudadano Extranjero

1. Corte Suprema rechaza el recurso de amparo interpuesto, por cuanto confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, que tiene como resultado expulsar a la señora S.A. del país (CS 2017.11.23, rol N° 43.262-17).

Frente a ello, los Ministros señor Juica y señora Muñoz indicaron en su voto en contra lo siguiente: “(...) teniendo para ello en consideración que el decreto de expulsión que se impugna se sustenta en lo previsto en los artículos 69 del Decreto Ley N° 1094 y 146 del Reglamento de Extranjería, esto es, el ingreso clandestino de la recurrente al territorio nacional, motivación fáctica que no fue investigada por la autoridades llamadas por ley a hacerlo con el objeto de establecer su efectiva ocurrencia, a consecuencia de un acto discrecional de la autoridad, que se desistió de la denuncia sobre el eventual ilícito cometido por la señora S.A., pese a lo cual se la invoca en un acto administrativo de grave trascendencia, lo que ilustra sobre la ilegalidad de la medida.”

2. Corte Suprema rechaza la acción de amparo, y confirma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que acoge la medida de expulsión de la amparada (CS 2017.12.11, rol N° 44.436-17).

El Ministro Sr. Cerda – en su voto en contra – fue del parecer de revocar la sentencia y en su lugar disponer el cese de la medida de expulsión de la amparada, acto que data desde el año 2013, y que pierde efectos en la medida que la Administración

acepta la firma permanente de la extranjera, lo que importan un reconocimiento a la legitimidad de su estadía en el país.

3. Corte Suprema acoge el recurso de amparo y confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, respecto a la expulsión del país del extranjero amparado (CS 2017.12.14, rol N° 44.675-17).

El "Ministro Sr. Valderrama fue del parecer de revocar la resolución apelada y, consecuentemente, rechazar el recurso de amparo deducido, teniendo en consideración que la autoridad administrativa ha obrado dentro del límite de sus atribuciones, con estricto apego a las normas contenidas en la Carta Fundamental y a la legislación especial establecida en lo pertinente en los artículos 2, 3, 15, 17 y 69 del Decreto Ley N° 1094 de Extranjería y su Reglamento, fundando adecuadamente su acto, no afectando a dichas facultades el hecho de existir desistimiento de la acción penal e inexistencia de investigación del mismo, ni tampoco las circunstancias ocurridas con posterioridad al acto impugnado, las que deben ser planteadas como motivo de la solicitud de regulación de su situación migratoria mediante el procedimiento administrativo previsto en la ley."

Ver también: SSCS Rol N° 44.682-17, 14.12.2017; Rol N° 45.123-17, 19.12.2017, (VEC Ministro Sr. Valderrama y del Abogado Integrante Sr. Lagos).

4. Corte Suprema rechaza recurso de amparo, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica sobre la expulsión de la amparada; VEC Ministro Sr. Cerda (CS 2017.12.19, rol N° 45.118-17).

El Ministro Sr. Cerda vota en contra, e indica lo siguiente:

1° Como se lee en la Resolución N° 419/1565 de 2 de agosto de 2017 dictada por la Intendencia de la Región de Arica y Parinacota, el fundamento de la decisión de expulsar a la amparada viene dado exclusivamente por lo informado en un parte denuncia de la Policía de Investigaciones, en el que se señala que ingresó al país en forma clandestina. En el mismo decreto se indica que se denunció estos hechos a la Fiscalía Local del Ministerio Público y posteriormente operó desistimiento de dicha denuncia.

2° Al desistirse de la denuncia la Intendencia Regional impidió que el órgano persecutor pesquisara y verificase los hechos constitutivos del delito de ingreso clandestino del que se le daba noticia, lo que precisamente llevó al término de esa causa. Asimismo, tal proceder impidió a la amparada defenderse y controvertir los hechos que fundaron la denuncia. Así, el dictamen de expulsión se basa en la mera noticia de la autoridad policial, antecedente del todo insuficiente para fundar la decisión de expulsión cuestionada.

3° A lo anterior se suma que hasta el día de hoy dicha orden no ha sido ejecutada por la autoridad administrativa, sin esgrimirse por ésta en su informe, evasión u ocultamiento de la amparada con ese fin, a lo que cabe agregar que durante el período de permanencia en Chile no ha cometido ningún ilícito -nada al respecto se ha informado por la recurrida.

4° En estos tiempos es necesario subrayar la evidencia que la realidad universal presenta, en cuanto a la apertura de las fronteras de marca nacionalista, con fundamento en la máxima que el planeta es el hábitat de la humanidad, ciertamente inspiradora de esta discrepancia.

5° El conjunto de circunstancias antes reseñados privan hoy de fundamento racional al acto impugnado y, consecuentemente, permiten afirmar que se pone en peligro la libertad personal de la amparada por un acto arbitrario de la autoridad recurrida, lo que conlleva que la acción interpuesta deba ser acogida.

F. Prisión Preventiva

F.1. Sustitución de la medida de prisión preventiva

1. Corte Suprema acoge el recurso de nulidad, toda vez que el Tribunal de Garantía actuó más allá de lo solicitado (CS 2017.11.09, rol N° 42.438-17).

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

Considerando relevante:

Frente a estos antecedentes, la Corte Suprema indicó lo siguiente:

“Que por otro lado, de la naturaleza, características y penalidad asignada al delito de desacato, no parece razonable desprender abstractamente un peligro para la seguridad de la sociedad atribuible a la permanencia en libertad del autor, teniendo además en cuenta que el Ministerio Público no invocó en autos dicha causal motivadora de prisión preventiva.

En estas circunstancias, la medida cautelar resulta desproporcionada y carente de sustento legal, por lo que la acción deducida será acogida y la prisión preventiva sustituida por otra de menor intensidad, acorde a la gravedad del ilícito imputado.”

G. Medidas de Seguridad

G.1. Internación Provisional

1. Corte Suprema acoge el recurso de amparo, por cuanto el Juzgado de Garantía de Curicó – al mantener la medida de prisión preventiva – mientras se esperaba el informe psiquiátrico de la amparada, pone en riesgo su seguridad personal (CS 2017.11.29, rol N° 43.692-2017).

Considerandos relevantes:

3° La Corte Suprema ha indicado que – como ya ha declarado con anterioridad – “en la situación descrita precedentemente, resulta inaplicable la medida cautelar de la prisión preventiva, pues en los casos en que sea necesario mantener privado de su libertad ambulatoria al encartado respecto de quien hay antecedentes que permiten presumir su inimputabilidad, la ley prevé la medida especial de internación provisional en el artículo 464 del Código Procesal Penal, medida que se cumplirá en un centro asistencial y en la que, en relación a la necesidad de su imposición, se demandan extremos diversos a la prisión preventiva -que el informe psiquiátrico practicado la imputada señale que sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hicieren temer que atentará contra sí o contra otras personas- (SCS Rol N° 73.798-16 de 4 de octubre de 2016).”

4° “Que, en ese orden, al haber decidido el Juez de Garantía recurrido mantener la prisión preventiva de la imputada en un recinto de Gendarmería, pese a haber previamente suspendido el procedimiento seguido en su contra conforme al artículo 458 del Código Procesal Penal y, manteniéndose aún en ese estado, ha dispuesto la persistencia de su privación de libertad en una forma distinta y más gravosa a la prevista en la ley, poniendo en riesgo de ese modo su seguridad personal, razón por la cual la acción de amparo deducida deberá ser acogida, adoptándose las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho que se indican en lo resolutivo.”

“(…) se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto en favor de X.R.Z y, en consecuencia, se deja sin efecto la resolución del Juzgado de Garantía de Curicó que mantuvo la medida cautelar de prisión preventiva de la amparada, debiendo el juez de la causa citar a una nueva audiencia para discutir la procedencia de su internación provisional en un centro asistencial o alguna otra medida menos gravosa de aquellas contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal.”

Recurso de Nulidad

A. Garantía de Debido Proceso

A.1. Derecho a una Investigación Racional y Justa

1. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, toda vez que el Fiscal del Ministerio Público se reunió con testigos cuando no debía (CS 11.10.2017, rol N° 37.213-17).

En el presente caso tenemos que, una vez iniciado el juicio oral, entre el término de la primera jornada y el inicio de la segunda, el Fiscal del Ministerio Público se reunió en su oficina con tres testigos que aún no declaraban en el juicio, señalándoles lo que había ocurrido en el primer día de juicio, informándoles acerca de los dichos del imputado en su declaración ante los jueces del Tribunal Oral y de lo que habían declarado dos testigos; de manera que estas tres personal aclararon y acomodaron sus dichos para favorecer los intereses de la Fiscalía, conversando acerca de la identidad del imputado y una serie de otros temas cuyo único fin era lograr un veredicto condenatorio en contra de su representado, infringiendo de paso el Principio de Objetividad que regula las actuaciones de los fiscales del Ministerio Público.

Considerandos relevantes:

4° Que, en cuanto al debido proceso, esta Corte ha sostenido consistentemente que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y al efecto el artículo 19, N° 3°, inciso sexto de la Carta Política, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (SCS N° 6902-2012, de 06 de noviembre de 2012, N° 2747-13 de 24 de junio de 2013, N° 6250-2014, de 07 de mayo de 2014, entre otras).

Inserta en ese contexto, la reforma procesal penal convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos, contenidas en distintas normas del Código Procesal Penal. En esta realidad normativa, resulta evidente que se impone a los jueces la utilización de los principios constitucionales como estándares frente a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces. Se ha dicho en ese sentido que "Los principios constitucionales deben necesariamente convertirse en fuentes generadoras de reglas para la persecución penal y, entre ellos, el principio del debido proceso es llamado a cumplir un rol protagónico." (Debido Proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas, Julián López Masle, monografía contenida en la publicación Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Andrés Bordalí Salamanca (coordinador), Legal Publishing, año 2009, pág.197).

5° Que en lo que se refiere a esta materia, el artículo 329 inciso sexto del Código Procesal Penal establece que "antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia".

6° Que la norma referida establece esta regla para efectos de evitar un acuerdo entre los testigos y en especial, asegurar que sus testimonios sean prestados sin influencia de terceros, para que de esta manera no se afecte la exactitud y fiabilidad de la información que ellos proporcionen en el juicio oral.

7° Que en el caso sublite, no se encuentra discutido que el fiscal se reunió con tres testigos en dependencias del Ministerio Público; que tal reunión se hizo a instancias del funcionario mencionado una vez iniciado el juicio oral, habiendo prestado declaraciones otros testigos, y que en dicha reunión se habló sobre los hechos que motivaban la realización de tal juicio.

Así, es el propio agente estatal quien decide realizar la reunión, una vez iniciado el juicio oral, con tres testigos en forma conjunta, quienes iban a prestar declaración en las demás sesiones de ese juicio oral.

8° Que, por otra parte, cabe destacar que es el fiscal atendida su investidura y funciones, quien no puede desconocer la existencia de la norma del artículo 329 inciso sexto del Código Procesal Penal y que tiene la obligación de cumplirla e instar por su observancia durante la prosecución del juicio oral.

Precisamente, con su actuar transgredió la norma citada y generó un riesgo para el debido proceso, como el denunciado por la defensa en el recurso de nulidad.

Por lo anterior y en estas especiales circunstancias, debe concluirse que se afectó el derecho de la parte a que la declaración de los testigos se haga sin intervención o influencia de otros testigos o de terceros, propósito que, como se expresó en el motivo sexto, tiene la norma mencionada.

El tribunal había indicado que 9° *“De tal forma, la valoración conjunta de dichos antecedentes si permite sostener, no obstante lo planteado por la defensa, que la prueba de cargo fue idónea para producir convicción de la participación atribuida a Daniel Alexander Vargas Araus en el delito que se ha tenido por acreditado”*.

10° Que, tal conclusión resulta inadmisibles 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, -y por tanto obligatorios- para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, casi

innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947). Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3º del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”.

11º Que conforme lo expresado, resulta que en la especie el fiscal se extralimitó en su actuación en juicio, pues, a diferencia de lo que razonan los jueces de instancia, fue él quien propició la reunión con los tres testigos en dependencias del Ministerio Público, luego de iniciado el juicio oral y habiendo prestado testimonios otras personas, oportunidad en la que se analizaron los hechos fundantes de la acusación, sin reparar en la regla establecida en el artículo 329 inciso sexto del Código Procesal Penal, que precisamente tiene por finalidad impedir la influencia de otros testigos o de terceros en los deponentes y, en consecuencia, el riesgo de afectar el contenido de sus declaraciones, especialmente considerando que ya se había iniciado el juicio oral y que se entrevistó en forma conjunta con los tres testigos. Que, en consecuencia, el propio actuar del agente estatal, en las circunstancias aludidas y que se dejaron sentadas en el motivo séptimo, transgredió la regla mencionada, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía

desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador.

2. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, por cuanto los agentes policiales actuaron al margen de lo establecido por la ley en el marco de investigación (CS 31.10.2017, rol N° 39.420-2017).

El recurrente hace una denuncia a Carabineros, indicando que un sujeto le había robado su billetera, frente a lo cual los agentes policiales salieron en busca del sujeto en base a las características que le entregó el denunciante. Sin embargo, cuando encuentran al supuesto ladrón, éste les indica que él no le ha robado la billetera al denunciante, sino que le había ido a comprar cannabis sativa, y no pagó sino que salió huyendo del lugar. Frente a estos sucesos, los agentes policiales “se dirigieron al hospital a fin de aclarar tal situación, procediendo a interrogar a F. V. (el recurrente), quien admitió los hechos y señaló que tenía más droga en su domicilio.”

Considerandos relevantes:

6° Que así las cosas, aparece que los funcionarios policiales tomaron conocimiento por los dichos de la persona sindicada como autor de un robo, que el denunciante le había vendido la droga que portaba, pero que no le pagó y por tal razón había efectuado la denuncia, conforme a ello se dirigieron al hospital a fin de aclarar tal situación, procediendo a interrogar a F. V., quien admitió los hechos y señaló que tenía más droga en su domicilio.

Conviene en esta parte aclarar que la diligencia descrita, esto es, que funcionarios policiales aclararan la imputación realizada, en ningún caso puede tener como finalidad obtener confesiones o declaraciones incriminatorias del supuesto vendedor o proveedor de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sino únicamente verificar los términos de la denuncia.

En el caso sub lite, los funcionarios policiales en vez de informar al Ministerio Público la situación que enfrentaban, de manera que el Fiscal, como director exclusivo y responsable de la investigación, decidiera su curso posterior, concurrieron al lugar donde se encontraba F. V., originalmente víctima de un delito de robo de una billetera, y ahora sindicado como vendedor de la droga que portaba una persona, esta vez para lograr información sobre las denuncias efectuadas, en especial la sustracción de la billetera y la venta de droga, obteniendo el reconocimiento de aquél sobre esta última circunstancia y la manifestación que tenía más droga en su domicilio, por lo que le solicitaron que permitiera voluntariamente el ingreso y registro del inmueble. De esta secuencia de hechos, dan cuenta los propios testigos de cargo según se lee en el fallo, la que por lo demás no fue discutida por el representante del Ministerio Público en la vista de la causa.

Pues bien, esos antecedentes obtenidos por los policías con ocasión de haber controlado e interrogado a la persona sindicada como autor de un robo, debían ser aquilatados y examinados por el Fiscal, para efectos de determinar las diligencias que debían practicar los funcionarios a fin de verificar la comisión de los hechos denunciados y la identificación de sus partícipes, así como también, en ese estadio del procedimiento, sólo al Fiscal le cabía decidir si ese antecedente –sindicación de la venta de droga por parte del comprador- autorizaba que se procediera a la interrogación del acusado y obtener de éste la autorización para el ingreso voluntario, o recabar más antecedentes -indicando en ese caso las diligencias pertinentes-, o pedir una autorización judicial para tal efecto o, incluso, remitir todos los registros de lo actuado al Ministerio Público sin realizar ninguna otra pesquisa.

Así las cosas, los agentes policiales se arrogaron ilícitamente una decisión que la ley reserva privativamente al Ministerio Público y conjuntamente ejecutaron pesquisas a espaldas de dicho organismo, tiñendo de ilicitud todo lo actuado en esas condiciones. Esta ilicitud reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos, pues tuvo como corolario que todo lo obrado con posterioridad a la información obtenida de la persona sindicada como autor de un robo se desarrollara por los

policías totalmente al margen de la supervisión y dirección del Fiscal responsable de la investigación, el que al permanecer ignorante de esas actuaciones no pudo evitar que las mismas se concretaran, o participar y supervisar directamente su ejecución, o al menos entregar las directrices o verificar que se tomaran los resguardos necesarios para que esas actuaciones -solicitud de autorización para el ingreso, toma de declaración, entrada al recinto y recogida de evidencia, etc.- se materializaran de forma tal que con ellas o mediante ellas no se vulneraran garantías o derechos fundamentales de la imputada o terceros, tal como denuncia el recurso. En síntesis, contra el imputado se llevó a cabo una investigación que en su parte sustancial y decisoria quedó al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos en quienes la ley radica la dirección y responsabilidad de la investigación y, por tanto, en manos de agentes no vinculados por el principio de objetividad que rige las actuaciones de los Fiscales del Ministerio Público, sometiendo por tanto al encartado a un procedimiento irracional e injusto proscrito por nuestra Carta Fundamental.

7° Que, en conclusión, el actuar policial en análisis constituye una patente violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente que precisamente tiene por objeto legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio.

B. Error de Derecho

1. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad, en la causal subsidiaria, por cuanto indica que hubo principio de ejecución del delito en términos que

exige el artículo 7° del Código Penal por actos directos (CS 2017.11.09, rol N° 39.671-17).

La Corte Suprema indicó "Que, según aparece de los hechos establecidos en el fallo no resulta posible razonar como lo hace el recurso en esta causal subsidiaria, en el sentido que la conducta desplegada por el acusado resulte atípica y, por consiguiente, impune, en atención que, al momento de ser controlado y sorprendido, hubo previamente principio de ejecución del delito en los términos que exige el artículo 7° del código punitivo por actos directos, los cuales consistieron en que el sentenciado al ser visto portaba entre sus manos parte de los objetos que simulaban dinero de curso legal, de los cuales se desprendió al ver a la policía, en medio de una festividad donde resultaba prístina la posibilidad de hacerlos circular en lugar de los billetes verdaderos pudiendo ser objetivamente aceptados sin mayor cuestión por los comerciantes existentes en medio de la conmemoración, todo lo cual amerita la sanción del hecho en grado imperfecto de desarrollo tal cual lo hacen los jueces que dictaron el fallo recurrido, por cuanto existió un peligro objetivo de realización del tipo penal que procura proteger la fe pública en cuanto que la moneda utilizada para facilitar el intercambio de bienes y servicios es legítima.

Voto en contra de Ministros Sres. Künsemüller y Dahm quienes estuvieron por acoger el recurso fundado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, declarar la existencia de un error de derecho en el fallo impugnado, subsanable sólo con la invalidación del mismo y absolver al enjuiciado.

"2° Que el artículo 7° del Código Penal, definitorio de la tentativa de delito, requiere que el actor haya dado principio a la ejecución del crimen o simple delito, de modo que no basta la voluntad que apunte a la realización del tipo legalmente descrito, sino que ella debe haberse exteriorizado en la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos. Hechos directos son los objetivamente idóneos para causar el resultado típico (Texto y comentario del Código Penal Chileno, arts. 5° a 9°, Edit. Jdca. De Chile, 2002, p. 82).

“Dar principio a la ejecución no es pensar en realizar el delito, analizar la posibilidad de cometerlo, indagar sobre los posibles medios a emplear, ni proveerse de esos medios o probarlos; ninguno de tales comportamientos es consecuencia de una resolución delictiva. Para que exista tentativa es menester la realización de actos que exterioricen la determinación hacia el delito, actos que se dirijan a su concreción. (Garrido Montt, Derecho Penal, T. II, Edit. Jdca., 1997, p. 274).

La exigencia de “hechos directos” significa que debe tratarse de actividad que directamente se vincule con la concreción del tipo penal. El acto tendrá la calidad de “directo”, señala Garrido Montt, si satisface dos requisitos esenciales: que se dirija rectamente a la ejecución del delito y que sea apto e idóneo para lograrlo (cit., p. 275). Esta reflexión se concreta directamente con el alcance semántico de la palabra en cuestión, directo significa aquello que “se encamina derechamente a un objeto o mira”, lo que cierra las dos cualidades antes descritas.

3° Faltan hechos para el complemento de un crimen o simple delito – requisito exigido por la ley – cuando no se han llevado a cabo todos los actos que objetivamente conducirían a la realización del tipo legal (Textos y Comentario del Código Penal Chileno, cit., p. 82).

4° Que, por todo lo expuesto, reiterado desde hace ya tiempo en numerosos pronunciamientos judiciales, ha de concluirse que en la especie es ostensible que no se han acreditado todos los requisitos objetivos configurativos de la tentativa como etapa de la fase ejecutiva del ilícito.

Del mismo modo que no es tentativa de homicidio tener en el bolsillo un arma de fuego cargada, creen los disidentes que no es tentativa del delito de hacer circular billetes similares a los de curso legal y por lo que se condenó al recurrente, guardar en un bolsillo en un pantalón billetes falsos, cuya circulación efectiva en el mercado colma el tipo penal respectivo. En efecto, no existe en tal caso una real puesta en peligro del objeto jurídico de protección, fundamento de la tentativa punible.

C. Control de Identidad

1. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad, por cuanto existió una pluralidad de indicios que justifican el control de identidad realizado por los agentes policiales (CS 2017.11.09, rol N° 39.671-17).

6° Agentes policiales observan “a dos sujetos que se encontraban a altas horas de la madrugada detrás de un local comercial transitorio ubicado en la vía pública, cerrado y tapado solo con telas, en medio de la celebración de una fiesta religiosa, individuos que al ver la presencia policial proceden a lanzar un objeto al suelo hacia atrás, además, de demostrar evidente nerviosismo, lo que justificó el actuar policial procediendo al control de identidad y al registro de vestimentas. Que en esas circunstancias el nerviosismo que aprecia el personal aprehensor carece de la relevancia que el recurso pretende atribuirle para desdibujar su carácter de indicio apto para la medida adoptada por el funcionario policial, cuando aquel no es más que un complemento del cúmulo de circunstancias que constituyen el indicio donde lo central es el lanzamiento de un objeto al suelo en forma evasiva de la presencia policial el que resultó ser tres billetes falsos en medio de una celebración con abundante comercio accesorio en hipótesis de clandestinidad, lo que se grafica en el hecho de ser sorprendidos en la parte posterior de un local comercial fura de funcionamiento.

Cabe señalar que – como ya se dijo – siendo lícito el uso de la herramienta del artículo 85 del Código Procesal Penal, esto es, control de identidad, igualmente el personal policial se encontraba facultado sin necesidad de otro indicio para proceder al registro de vestimentas del controlado, lo que en todo caso no resulta exagerado o desmedido en función que se logró ubicar el objeto arrojado por el sujeto controlado que correspondía a tres billetes de cinco mil pesos con idéntico número

de serie, lo que a todas luces hacía razonable estimar que se estaba ante un sujeto que podía haber participado o intentado participar en la comisión de un delito utilizando precisamente dichos billetes en las operaciones o transacciones comerciales efectuadas masivamente en la festividad que se conmemoraba.

7° Que, de esta manera, queda desprovista de apoyo jurídico la impugnación relativa a la falta de indicio en el control de identidad practicado al recurrente y su posterior registro donde se descubre entre sus vestimentas una importante cantidad de billetes de la misma naturaleza, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 y, consecuentemente, en el N° 7 letra b) de la misma disposición de la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales estrictamente a la normativa legal que los rige enfrentados al caso concreto en que corresponde su intervención.”

2. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad, por cuanto los agentes policiales habrían actuado bajo fundamentos objetivos que les permitían proceder autónomamente (CS 2017.11.22, rol N° 39.777-17).

Antecedentes: La Corte Suprema, en este caso, ha tenido por rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, debido a que los agentes policiales – que se encontraban haciendo un patrullaje rutinario – fueron advertidos por una transeúnte de que acababa de presenciar que desde un automóvil se entregaba a un hombre un paquete enguinchado con cinta de embalaje, describiendo al sujeto físicamente. Entonces, procedieron inmediatamente a buscarlo, hallándolo en la vía pública a poca distancia, procediendo a efectuar un control de identidad y registro de sus pertenencias, encontrando en su mochila el paquete tipo ladrillo.

Considerandos relevantes:

7° Que relacionando la acción cuestionada con las normas que le son aplicables, resulta simple inferir la legalidad del cometido de los funcionarios policiales. En efecto, si bien no se contó con la identificación de la denunciante, la narración circunstanciada del hecho, la descripción del paquete y su forma particular de sellado, unido a la designación precisa de quien sería uno de los partícipes del ilícito, quien además no contaba con documentos para acreditar su identificación, revistieron a dicha comunicación de seriedad y verosimilitud, lo cual ciertamente eran señales de una probable acción delictiva.

8° Que como asienta el fallo, existió en el caso *sublite* una pluralidad de circunstancias fundadas que permitían estimar que el imputado podía disponerse o bien estaba cometiendo un delito, motivo por el que no se transgredió la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal ni garantía constitucional alguna, ya que la diligencia policial de excepción consistente en el control de identidad y el registro del bolso que portaba ha de tenerse, en dichas circunstancias, como racional y justa, fundada en condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales que razonablemente permitían sostener la posibilidad de corresponderse con un hecho ilícito que les permitía proceder autónomamente.

Voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Dahm: quienes estuvieron por acoger el recurso, presentando los siguientes argumentos:

“Que el arbitrio entablado reclama la vulneración de garantías y derechos a consecuencia de un registro de especies del imputado que pretendió justificarse bajo la fórmula de un control de identidad, el que la defensa considera ilegal porque no se reunían las condiciones de procedencia que establece el artículo 85 del Código Procesal Penal.

En la especie, los funcionarios policiales efectuaron un control de identidad que no tuvo más justificación que los datos proporcionados por una denunciante cuya identidad permanece en el anonimato, de donde habría surgido el indicio sobre la presunta actividad constitutiva de delito, cual es la entrega de un paquete en la vía

pública, comportamiento que, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos objetivos referidos a la comisión de algún delito, salvo la apreciación particular que una mujer dio a esa acción, sin ningún comportamiento anexo que justificara tal imputación, más si se considera que los funcionarios policiales tampoco lo advirtieron, quienes únicamente localizaron a un sujeto que concordaba con las características físicas y de vestimentas que les señalaron. De este modo, la circunstancia descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Por lo demás, si se ha pretendido validar el relato anónimo en que este surgió de una mujer que se desempeña como informante de la policía, su identidad debía estar registrada, lo cual no fue alegado ni demostrado por el Ministerio Público.

La circunstancia de haberse encontrado durante el registro improcedente un paquete contenedor de cannabis sativa no valida, ex post, el procedimiento, toda vez que al ordenamiento jurídico procesal le interesa el respeto irrestricto de las formas, como salvaguarda de la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales, así como manifestación del respeto irrestricto de la dignidad humana en la persecución penal de los delitos.

De esta manera, no es admisible validar el accionar policial por el hallazgo posterior de una cantidad de estupefacientes en poder del acusado, toda vez que respecto de su existencia no existía indicio alguno, por lo que malamente su detección legitima el procedimiento adoptado. De ser así, habría que aceptar que en el evento que el registro del imputado o su bolso no arroje resultado, supondría o traería como consecuencia un control ilegal.

La actuación descrita por el fallo revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política reconoce y

garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció.

Ese proceder ilegal de los funcionarios policiales, a juicio de los disidentes, afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona del imputado y que trajo como resultado el hallazgo de droga. Ello es corolario del efecto propio de la nulidad y transforma en ilícita la prueba así obtenida, que ya no pudo ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de haberse “producido” e “incorporado” de conformidad a la ley, cual, como ha quedado demostrado precedentemente no ha ocurrido en la especie.”

3. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad, toda vez que el actuar policial se despliega dentro de las facultades que les entrega la ley (CS 2017.11.23, rol N° 40286-17).

Personal de Carabineros – vistiendo de civil – efectúan un patrullaje en la comuna de Talcahuano, divisó a un sujeto que caminó desde el aparcamiento de una estación de servicio Copec hacia la vereda del frente donde hay una botillería, donde ofreció a transeúntes prendas de vestir que portaba en una bolsa que llevaba consigo. Luego de unos momentos, regresó al estacionamiento del servicentro, dirigiéndose hasta el automóvil marca Renault, donde lo esperaba un sujeto en el asiento del conductor, y al llegar deja en su interior la bolsa con las prendas ofertadas previamente y lo aborda, momento en el cual fue fiscalizado y sorprendido poseyendo una pistola marca Taurus, calibre 9 x 19 Milímetros, con 12 cartuchos del mismo calibre marca CBC, todos, sin percutir; cabe indicar que el imputador no contaba con permiso para el porte y/o tenencia de arma de fuego ni munición alguna.

Entonces, la defensa interpone un recurso de nulidad, fundado en que el control de identidad fue realizado fuera del margen de la ley, porque no contaban con antecedentes serios ni objetivos que lo pudiesen hacer válido, “toda vez que la circunstancia de haber exhibido prendas de vestir a un transeúnte no identificado, debe descartarse para los efectos del citado artículo 85.”

Considerandos relevantes:

7° Que, a fin de resolver sobre la pretendida vulneración de garantías constitucionales, cabe acudir a las circunstancias en que se produjo el control de identidad del acusado y luego a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, a efectos de poder determinar si éstas han sido transgredidas y, luego de ello, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado E. S. G.

10° Que, en relación al contexto fáctico previo al control de identidad de E. S. G., el considerando sexto del fallo impugnado refirió la declaración del funcionario Salinas Martínez, que da cuenta que el acusado S. G. “desde una bolsa sustraía especies y las ofrecía a personas”, “que al momento de sacar estas especies vieron el etiquetado de las prendas que ofrecía” y “que dejaron que se desarrollara para ver si efectivamente estaba ejerciendo el comercio, percatándose que a diversas personas las ofrecía”. Luego, la declaración del funcionario Silva Matus señaló que el acusado “efectuaba comercialización de prendas de vestir. Transitaba gente y a ellos les ofrecía estas prendas por lo que frente a esta falta de comercio ambulante, infracción ley de propiedad industrial dejaron que se desarrollara unos instantes”.

Finalmente, al hacerse cargo de las protestas de la defensa del acusado, el fundamento undécimo señala que la diligencia cuestionada, se efectuó, conforme explicaron ambos policías, en atención a que observaron al acusado realizar comercio en la vía pública, por lo que previa solicitud de que se individualizara, se

le consultó acerca del origen de las especies ofrecidas, así como de si mantenía algún tipo de permiso municipal para su comercialización. Agregaron los sentenciadores que la sola exhibición de una prenda de vestir no trae consigo de manera inequívoca la certeza de efectuarse una oferta en la vía pública, tal como se preocupó por destacar la defensa, pero también es necesario que dicho antecedente se pondere en el contexto espacial en que ocurrieron los hechos, precisando la sentencia que fue en las calles centrales de la comuna de Talcahuano, en donde se encuentran diversos locales comerciales, y en donde el acusado fue observado extrayendo de una bolsa prendas que se veían nuevas, con su etiquetado a la vista, lo que por la dinámica descrita constituye una conducta atribuible al comercio del llamado “ambulante” que puede dar pie a su fiscalización por eventuales faltas a la normativa municipal o tributaria vigente, hipótesis fáctica que el artículo 85° del Código Procesal Penal considera como antecedente o indicio requerido para disponer un control de identidad.

11° Que, así las cosas, en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad del imputado, por concurrir las circunstancias objetivas contempladas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que permiten descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de determinados presupuestos para llevar a cabo el control de identidad.

Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación que descansa en el cuestionamiento de la legalidad del control de identidad practicado al acusado S. G. al resultar suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ponderados, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en los números 3° inciso sexto y 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales a la normativa legal que los rige.

En conclusión, las actuaciones en análisis han sido efectuadas dentro del marco de la legalidad, y por ello no han sido infringidas la garantías constitucionales del debido

proceso y la libertad personal en perjuicio del acusado, ya que las pruebas obtenidas en tales actuaciones dieron cuenta de la comisión de un hecho ilícito, las que han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena, lo que lleva al rechazo de la causal principal del recurso deducido por la defensa de S. G..

4. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, invalidando la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal, y excluye del auto de apertura la prueba obtenida a partir de la diligencia del control de identidad al cual fue sometido el recurrente (CS 2017.11.27, rol N° 41.342-2017).

Considerandos relevantes:

4° Que el tribunal también toma en cuenta como indicio "las características del lugar que se mencionaba en la denuncia y por donde transitaba el acusado –de desórdenes frecuentes y venta y consumo de alcohol y drogas–".

Al respecto, tratándose de una vía pública la aludida por el denunciante, en caso alguno puede aceptarse que el solo caminar por dicha arteria, constituya un indicio de que se está cometiendo o en disposición de cometer un crimen, simple delito o falta, pues ello importaría validar un sesgo por parte de los agentes del Estado que discriminaría arbitrariamente a quienes viven en ese sector o deben transitar por él, los que, como consecuencia de la actividad ilícita de terceros -contra quienes debe encaminarse la actividad preventiva policial- se verían restringidos injustificadamente en sus libertades y derechos, viéndose obligados a soportar diariamente una carga por parte de las policías a la que no están expuestos aquellos ciudadanos que viven o se desplazan por sectores de la misma ciudad que no

presenta iguales índices de delitos, motivos que, por su carácter discriminatorio, no pueden en caso alguno fundar la actuación de agentes del Estado desde que ello vulneraría la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental.

5° Que, finalmente, el tribunal sopesa “la actitud de éste [el acusado] al percatarse de la presencia policial”, actitud que, según los policías consistió en caminar en dirección contraria al vehículo policial al ver éste.

Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de transitar por el sector referido- que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien se aludía en la denuncia. Ya se dijo que no se aportó por el denunciante ninguna característica física, de vestimenta u otro rasgo que contribuyera a la identificación del sindicado, pero tampoco los policías ven al acusado portar algún elemento u objeto que permitiera sospechar que realizaba o se disponía a realizar los actos referidos en la denuncia -consumo de alcohol o causar desórdenes- ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Lo único que se menciona por los funcionarios policiales es que el acusado, al verlos aproximarse, cambia el rumbo en que venía caminando -sin correr ni apurar la marcha, ni hacer maniobras para ocultar su rostro o cubrir algo que portase bajo sus vestimentas, u otra circunstancia análoga-, lo que, desde luego no resulta un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.

Voto en contra del Ministro Sr. Valderrama: quien, por no advertir la concurrencia de violaciones a derechos fundamentales, estuvo por rechazar el recurso de nulidad, atendido que la denuncia anónima recibida por los policías, la que se tuvo por cierta por el tribunal, dio cuenta de la ingesta de alcohol así como

de desórdenes por personas en una intersección determinada, en la cual efectivamente se encontró al acusado, quien, según refirió el testigo Castro Pazos, se hallaba acompañado de un tercero, el que se retiró del lugar ante la presencia policial, mientras que el acusado dio vuelta su marcha en sentido contrario al vehículo de los agentes, circunstancias que, aunadas a la hora de la noche en que se encuentra al imputado -03:45 hrs.- por un sector con alto índice de denuncias por diversos delitos, conforman un conjunto de indicios que habilitaban a los policías para realizar el control de identidad cuestionado, teniendo en consideración que, como el mismo artículo 85 del Código Procesal Penal prescribe, esa actuación debe ser el resultado de una "estimación" que debe realizar el propio policía "según las circunstancias", debiendo ocuparse esta Corte únicamente de descartar una actuación arbitraria de los agentes estatales en el desempeño de sus labores preventivas, arbitrariedad que no se observa en la especie por las razones ya reseñadas.

5. Corte Suprema rechaza la causal principal del recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que el actuar policial no significó un control de identidad (CS 2017.12.18, rol N° 41.821-17).

En este caso nos encontramos con que funcionarios policiales observan al imputado L.A.C.G. en la esquina entre calle Valencia, Villa Alemana y calle El Sol, quien al advertir la presencia policial arrojó al suelo un revólver marca Famae, calibre 38, con 5 cartuchos balísticos calibre 38 sin percutir, y un banano con 30 bolsas de nylon de pasta base de cocaína con un peso de 113 gramos netos.

Considerandos relevantes:

4° Que, en relación a la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, cabe resaltar que, conforme a los hechos que el tribunal tiene por

ciertos recién reproducidos, el acusado arroja al suelo un arma de fuego y un banano contenedor de bolsas de nylon con una sustancia que aparentemente era droga apenas se percata de la presencia de los carabineros en el lugar en que se encontraba en la vía pública. Es decir, el hallazgo del arma y de la sustancia estupefaciente no es corolario de un control de identidad, sea que se estime que los policías se acercan al acusado con el objeto de llevar a cabo ese procedimiento -lo que después no se concreta ante el hallazgo del arma y de la droga que justifica su detención por delito flagrante-, o sea que se considere que ese control de identidad se realiza después -o incluso coetáneamente- del levantamiento e identificación de las especies que previamente había lanzado el acusado, dado que cuando se desprende de aquellos objetos el encartado, dicha actuación -el control de identidad- ni siquiera había principiado su ejecución, pues los policías aún no le pedían acreditar su identidad, ni siquiera le habían efectuado llamados, u ordenado que se detuviera o que se mantuviera en el lugar para proceder al control de identidad, ni tampoco de modo alguno le habían anunciado que sería sometido a control, nada más se dirigieron al lugar en que aquél se encontraba, instante en el cual el acusado, al darse cuenta de su proximidad, se despoja de los objetos cuya posesión sanciona la ley (en el mismo sentido SCS Rol N° 38.725-1 de 30 de octubre de 2017).

5° Que, por otra parte, como ya ha tenido oportunidad de aclarar esta Corte, en casos como el de autos, en que alguien se desprende voluntariamente en la vía pública de especies o contenedores que comúnmente no son objeto de un deliberado abandono -como una mochila o los bolsos conocidos como "bananos"-, esas circunstancias imponen a Carabineros recoger esa especie o contenedor, no como parte de un procedimiento de control de identidad ni en virtud de las normas que tratan el recogimiento de especies en un delito flagrante, sino "en legítimo cumplimiento de sus labores preventivas que tienden a resguardar el orden y seguridad pública" (SCS Rol N° 11.525-15 de 1 de octubre de 2015 y Rol N° 39.751-17 de 11 de noviembre de 2017). A mayor abundamiento, también ha expresado este Tribunal que, "al haber 'abandonado' la mochila en la vía pública el acusado,

no podía esperar que dicho bolso, después de su abandono, siguiera constituyendo un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente” (SCS Rol N° 11.525-15 de 1 de octubre de 2015), por lo que malamente podría postularse que con la revisión del “banano” del que se desprendió el acusado, los policías violaron el derecho a la propiedad, privacidad o intimidad del imputado.

6° Que, sentado todo lo anterior, de postularse que no existían indicios para el control de identidad del acusado -procedimiento que según el recurso se habría intentado o llevado a cabo por los agentes-, de todas formas la supuesta ilicitud de dicha diligencia no afecta los antecedentes probatorios que fueron fundamentales para adquirir la convicción condenatoria de los sentenciadores sobre la existencia del hecho punible, esto es, el hallazgo del arma de fuego y de la droga arrojados por el acusado al suelo, ante la falta de nexo causal ya explicada, y sobre la autoría de quien realizó esa acción, pues esto último fue percibido directamente por los funcionarios policiales que declararon en el juicio. De esa manera, la supuesta ilicitud del control de identidad sólo impediría incorporar al juicio los antecedentes probatorios derivados del mismo -ninguna arma o droga se encontró del registro del acusado al darle alcance-, pero no obstaría para incorporar como prueba material el arma y la sustancia obtenidas antes de dicha actuación ni tampoco las declaraciones de los funcionarios policiales quienes, como cualquier testigo, podrían reconocer y sindicarse en la audiencia al acusado como aquel individuo a quien vieron arrojar al suelo el objeto metálico y el contenedor de la droga hallada, todo ello, antes de siquiera atisbarse el inicio de un control de identidad (en sentido similar, SCS Rol N° 38.725-1 de 30 de octubre de 2017).

7° Que, de conformidad al artículo 375 del Código Procesal Penal, no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, situación que se observa en el caso de marras, en el que, por las reflexiones antes desarrolladas, las infracciones que acusa el recurso no alcanzan a los antecedentes

probatorios que sirvieron para fundar la decisión condenatoria impugnada, motivo por el que la causal principal del arbitrio deberá ser desestimada.

D. Ley 20.000

D.1. Doctrina de la “Pureza” por causal del artículo 373-b CPP en relación a los artículos 1, 3, 4 y 43 de la Ley 20.000

1. Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, por cuanto no se realizó el protocolo de análisis que otorga la “pureza” de la sustancia incautada (CS 2017.10.12, rol N° 37.973-2017).

Considerandos relevantes:

5° “Que, para determinar la suerte del recurso en estudio, es necesario destacar – tal como lo reconoce la defensa- que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que el bien jurídico protegido a través de la tipificación de las conductas descritas y sancionadas en el artículo 4º de la Ley 20.000 lo constituye la salud pública.

En efecto, la sanción penal que recibe el tráfico de sustancias ilícitas en pequeñas cantidades encuentra su justificación en el interés de la sociedad por reprimir aquellos actos que importen una amenaza al sano desarrollo físico y mental de los individuos de la colectividad, considerando los efectos nocivos y científicamente comprobados que el consumo de sustancias estupefacientes o psicotrópicas produce

en el organismo humano. Resulta relevante en este punto dejar asentado que tratándose del delito de tráfico de droga en pequeñas cantidades, al legislador penal le basta con que el peligro de afectación a la salud exista, en cuanto riesgo concreto para ese interés jurídico.

Sin embargo, aun tratándose de un delito de peligro como lo es aquel previsto en el referido artículo 4º, se requiere la concurrencia de una acción con la aptitud para ocasionar el daño que el ordenamiento jurídico intenta evitar, -es una figura de peligro concreto, no hipotético- pues de lo contrario la conducta descrita en el tipo penal se transforma en inocua, despojando de legitimidad al poder sancionador del Estado.

6º Se corrobora lo anterior, con la innovación introducida el año 2005, por la ley N° 20.000, en relación a su antecesora la ley N° 19.366, precisada en su artículo 43, que establece la obligación de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga, la determinación de la pureza de la misma, evidenciando con ello la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad de la sustancia específica requisada, para la salud colectiva, mediante un informe técnico que, entre otros elementos, debe especificar la composición y grado de pureza del producto examinado. Es por ello que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte -desde al menos el año 2012- en las sentencias Rol N° 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril, 3707-2015 de 28 de abril, 5672-2015 de cuatro de junio, 5853-2015 de 9 de junio, 8810-2015 de veinticinco de agosto todas de 2015, 14865-2016 de 6 de abril, 17095-2016 de 21 de abril y 27073-2016 de 21 de junio todas de 2016, 95178-2016 y 97785-2016 de 3 de enero de 2017.

En efecto, para que pueda existir un delito es preciso que se vulnere un bien jurídico protegido, cuestión que se entronca de lleno con el contenido material de la antijuricidad penal (Polaino Navarrete, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas, Grijley Edit, 2004, p.348).

7º Que tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública -objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

En ese orden, dado que en la infracción penal en examen, la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza, es que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SSCS Roles N°s. 4215-12 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1º de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril de 2015, 3707-2015 de 28 de abril de 2015 y 19.722-15 de 9 de diciembre de 2015).

En consecuencia, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado y, por ende, respecto de la existencia del delito.

En ese sentido, "Toda norma penal protege un bien jurídico y todo delito – antes: toda conducta típica- supone la lesión de un bien jurídico, aunque un mismo bien jurídico pueda ser protegido por distintas normas penales que diferencian modalidades de ataque a dicho bien". (Lascurain, "Bien jurídico y objeto protegible"

en Temas Actuales de la Dogmática Penal, Universidad del Sinu, Colombia, 2013, p.71).

8° Que en el caso que se revisa la sustancia total incautada correspondió a 13,700 gramos brutos de un compuesto que se dice contener cannabis sativa. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza ello impide determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que – a causa de la omisión constatada- lo único acreditado fue que la acusada mantenía una dosis de “algo” en lo que había cannabis, pero en una proporción y con un potencial de dañinidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

9° Que en estas condiciones, y “mientras no se haya mostrado con claridad que una determinada conducta humana produce efectos socialmente dañinos, debe quedar liberada de amenaza penal” (Hassemer, cit., p. 39), no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley.

Cabe tener presente el **voto en contra de los Ministros Sres. Valderrama y Dahm**, quienes fueron de parecer de desestimar el recurso de nulidad, en consideración de los siguientes argumentos más relevantes:

2° Que la conducta tipificada en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 sólo requiere que el objeto material lo constituyan “sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”; u “...otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior”, que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley N° 20.000. Luego, según el claro tenor de la norma, no es una exigencia del tipo penal la pureza de la sustancia traficada y como resulta inconcuso que lo incautado, aun desconociéndose su concentración, es cannabis sativa, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud, según dio cuenta

la prueba producida en juicio, consistente en el Informe, Reservado N° 2085, de fecha 2 de diciembre de 2015, dirigido a la Fiscalía local de Arica, el que contiene el Memo Reservado N° 1199, con protocolo de análisis químico de fecha 2 de diciembre de 2015, elaborado por el perito químico del Laboratorio de análisis de drogas del Servicio de Salud Arica, don Jorge López Medina, así como el correspondiente informe anexo sobre efectos y peligrosidad para la salud pública de la cannabis sativa.

Por otra parte, se debe tener presente que es la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal. A tal efecto, el D.S. 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. 565 del año 1995, clasifica las sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica en dos listas (artículos 1° y 2°), dependiendo de si son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, o no, haciendo expresa mención a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 1° de la Ley 20.000, y la cannabis sativa encuentra contemplada en el artículo 1° del citado Reglamento, entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

3° Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale el recurrente para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y específicamente dentro del párrafo sobre "medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación". De manera que los elementos que allí se enuncian y sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión -cannabis sativa,

en la especie- deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley N° 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.

Ver también: SCS Rol N° 40.696-2017, 20.11.2017.

2. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad; voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller (CS 2017.10.12, rol N° 37.989-2017).

La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de E.A.T.R., toda vez que indica que "lo que se encontró en poder del sentenciado T.R. fue, además 138,96 gramos de marihuana al interior de una bolsa de nylon y dinero en efectivo, 13 plantas vivas de marihuana, de entre un metro y un metro treinta centímetros cada una, y un sistema de cultivo construido al interior del inmueble, el cual contaba con sistema de iluminación, riego y ventilación, todos elementos que permiten configurar la afección al bien jurídico protegido – salud pública – y en consecuencia la conducta desarrollada por T.R. se ajusta a aquellas descritas en los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000 y lo es desde que los elementos para el cultivo, de las característica reseñadas, desbordan con creces una posible hipótesis de autoconsumo.

Considerando relevantes:

Acordada con el voto en control del Ministro Sr. Künsemüller, quien estuvo por acoger el recurso deducido contra la sentencia definitiva y, y reemplazo, dictar fallo absolutorio, en virtud de los siguientes argumentos:

1° Que la circunstancia de haber poseído el imputado 13 plantas vivas de cannabis sativa, no elimina ni se sobrepone al hecho de haberse encontrado en su poder una cantidad de

gramos netos de marihuana, calificada por el Juez aquo de pequeñas cantidades, de acuerdo a sus facultades soberanas de apreciación de los hechos.

2° Que, ha sido la tenencia de cierta cantidad de gramos de una sustancia prohibida la que ha frustrado la interpretación penal de "microtráfico", no la existencia de plantas en su domicilio.

3° Que en consecuencia al no haberse establecido la idoneidad de los gramos de marihuana, para generar un peligro concreto para la salud pública, bien jurídico protegido por la Ley N° 20.000, dada la ausencia de antijuridicidad material de la conducta incriminada y hacerse lugar al recurso.

4° Que en mérito de lo razonado, para el disidente, se configura el vicio denunciado por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que atañe sólo a la sentencia, mas no al juicio, pues, como prevé el artículo 385 del referido cuerpo legal, sin que se vean afectadas las formalidades del procedimiento ni los hechos del fallo, se aplicó una pena cuando no procedía aplicar ninguna.

3. Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa, por cuanto indica que el protocolo de análisis de pureza de las sustancias incautadas sólo tiene la finalidad de permitir un mejor conocimiento de las características de la droga incautada al juez (CS 2017.11.09, rol N° 39.641-2017).

En este caso, la Corte Suprema indica que el protocolo de análisis de pureza de las sustancias incautadas "en ningún caso servirá para concluir que dadas tales características, las sustancias en cuestión – pasta base de cocaína y marihuana – dejan de ser tal.

Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil en la medida que el imputado pretenda exculparse alegando que aquella está destinada a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, puesto que para el análisis de la concurrencia de esta causal de justificación

los sentenciadores deberán atender a la calidad o pureza del estupefaciente poseído, transportado, guardado o portado, puesto que dicho elemento es crucial para determinar si es posible racionalmente suponer que aquél está destinado a tales fines, siempre que previamente se argumente dicho consumo como defensa. De este modo, el elemento que en el informe se echa de menos tiene relevancia a la hora de decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que contempla el inciso final del artículo 4° de la Ley N° 20.000, incorporándolo como un elemento de juicio más y que, en el caso de estos antecedentes, no fue materia de discusión.”

Lo relevante para el futuro está en el **voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Künsemüller**, quienes fueron del parecer de acoger el recurso, teniendo para ello en consideración los siguientes argumentos:

1° Que los disidentes ya han señalado previamente que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, es la obligación de indicar en los respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma, enmienda incluida en segundo trámite constitucional por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a propuesta del entonces Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE), sugerida a su vez por el propio Ministerio Público (Historia de la Ley N° 20.000, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 935-936). El artículo 43, aprobado por la Cámara Alta reza: "El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública. Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los

artículos 188 inciso tercero y 320 del Código Procesal Penal. Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido. Efectuado el análisis a que se refiere el inciso primero, los precursores y sustancias químicas esenciales deberán ser enajenados en la forma dispuesta en el inciso cuarto del artículo 40".

2° Que con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado, de modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material, como lo ha sostenido esta Corte en las sentencias Rol N° 4215-2012 de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1 de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril, 3707-2015 de 28 de abril, 5672-2015 de cuatro de junio, 5853-2015 de 9 de junio, 8810-2015 de 25 de agosto todas de 2015, 14865-2016 de 6 de abril, 17095-2016 de 21 de abril y 27073-2016 de 21 de junio todas de 2016, 95178-2016 y 97785-2016 de 3 de enero de 2017.

3°.- Que, tratándose de la infracción penal en examen, su lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública -objeto jurídico de protección- derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza.

En esa línea, los disidentes estiman que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene

Comentado [AFT1]: Se trata de una cita, de manera que a mi criterio debería mantenerse como "veinticinco" porque así está en la sentencia.

o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas. En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza o concentración de las sustancias dubitadas y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza que demanda el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida a los enjuiciados.

4° Que, el principio cardinal de "nocividad" o "lesividad", exige que toda figura penal presuponga la ofensa a un bien jurídico, por lesión o por peligro. En tal sentido la ofensividad es una directiva orientada hacia el legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sus sentencias en el marco constitucional. (Zaffaroni, "Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones", en Temas Actuales de la Dogmática Penal, Universidad del Sinu, Colombia, 2013, p.34).

5° Que, en el caso que se revisa, la sustancia total incautada correspondió a 27,8 gramos brutos de un compuesto que se dice ser cocaína base y 44 gramos bruto de una sustancia vegetal que se dice ser cannabis sativa. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza o concentración y el de su posible adulteración con algún ingrediente de "corte", en este último caso tratándose del químico, impide determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que R.F. P y a H A. M. mantenían dosis de "algo" en lo que había presencia de cocaína y cannabis sativa, pero en una proporción y con una potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

6° Que en mérito de lo razonado, para los disidentes, se configura el vicio denunciado por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, cuestión que atañe sólo a la sentencia, mas no al juicio, pues, como prevé el artículo 385 del referido cuerpo legal, sin que se vean afectadas las formalidades del procedimiento ni los hechos del fallo, se aplicó una pena cuando no procedía aplicar ninguna.

Ver también: SCS Rol N° 39.779-17, 09.11.2017, (VEC Ministros Sres. Juica y Künsemüller); Rol N° 39.746-17, 13.11.2017, (VEC Ministros Sres. Juica y Künsemüller).

4. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, por falta de protocolo de análisis de las sustancias incautadas (CS 2017.11.27, rol N° 40.871-2017)

Se condena al recurrente por el delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades (artículo 4° Ley 20.000), a partir del registro realizado en su domicilio con previa orden judicial. En dicha oportunidad, agentes policiales encontraron sobre un recipiente plástico un trozo de marihuana tipo prensada a granel y una bolsa de nylon que contenía 65 envoltorios tipo revista con marihuana tipo prensada.

Considerandos relevantes:

3° Que esta Corte ha venido señalando en reiterados fallos sobre el tema propuesto que una innovación importante introducida en esta materia por la Ley N° 20.000, en relación a su antecesora la Ley N° 19.366, fue la obligación de indicar en los

respectivos protocolos de análisis de droga la determinación de la pureza de la misma. Con esta modificación el legislador del año 2005 insistió en la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado por el delito descrito en la ley del ramo, al requerir del ente acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que, entre otros elementos, debe expresar la composición y grado de pureza del producto examinado. De modo que la ausencia de ese dictamen o la falta en éste de todas las verificaciones requeridas por la ley, obsta a esa acreditación y acarreará consecuencias relevantes en el Derecho Penal material.

4° Que, en ese orden, dado que en la infracción penal en examen, la lesividad consiste en el peligro concreto que debe revestir la sustancia estupefaciente respectiva para la salud pública, derivado de su naturaleza, peso o cantidad, contenido, composición y grado de pureza, es que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (...).En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza demandada por el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado y, por ende, respecto de la existencia del delito.

5° Que, en el caso que se revisa, se dice que las sustancias incautadas corresponden a cannabis sativa, sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y su posible adulteración con algún ingrediente de "corte", ello impedía determinar en concreto si lo aprehendido era verdaderamente dañino para la salud de todos los ciudadanos, con efectivo peligro del bien jurídico protegido por el legislador. De suerte que lo único acreditado fue que la acusada mantenía dosis de "algo" en lo que había

cannabis sativa, pero en una proporción y con un potencial de dañosidad que en el hecho se ignora y que por lo mismo debe presumirse, raciocinio que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.

En estas condiciones, no cabe entender cometida la infracción que consagra el artículo 4° de la citada ley, por ausencia de lesividad social del comportamiento enjuiciado y, por ende, de bien jurídico amagado.

Voto en contra de los Ministros Sres. Valderrama y Dahm, quienes estuvieron por desestimar el recurso teniendo para ello en consideración los siguientes fundamentos:

1° Que no es una exigencia del tipo penal del artículo 4° de la Ley N° 20.000 por el que fue sancionada la recurrente, la determinación de la pureza de la sustancia traficada, ya que respecto de ésta el legislador sólo se refiere a "pequeña cantidad", concepto regulativo cuyo contenido queda entregado a los jueces de la instancia.

2° Que, por otra parte, es la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, la que ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal -al que se remite el artículo 4°-, y el D.S. 867 del año 2008 precisamente incluye a la cannabis sativa en su artículo 1° entre aquellas drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas que son capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

3° Que el protocolo de análisis a que alude el artículo 43 de la Ley N° 20.000 -y respecto del cual se vale el recurrente para sostener que estamos ante una conducta carente de antijuridicidad material- no altera lo que antes se ha dicho, desde que éste no está destinado a cumplir el rol que el recurso pretende, y prueba de ello es que se encuentra regulado dentro del título referido a la competencia del Ministerio Público y específicamente dentro del párrafo sobre "medidas para asegurar el mejor resultado de la Investigación". De manera que los elementos que allí se enuncian y

sobre los cuales ha de pronunciarse el Servicio de Salud -peso, cantidad, composición y grado de pureza- le permitirán tener al juez un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, pero en ningún caso servirán para concluir que dadas tales características, la sustancia en cuestión deja de ser tal. Por el contrario, el informe que indique el grado de pureza de la droga constituirá una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o de un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4º de la Ley N° 20.000 en su inciso final, al incorporarlo como un elemento de juicio más.

5. Corte Suprema rechaza recurso de nulidad (causal subsidiaria), toda vez que el protocolo de análisis no era necesario en este caso por la cantidad de sustancia incautada (CS 2017.12.18, rol N° 41.779-2017).

La defensa interpone el recurso de nulidad, bajo la causal subsidiaria del artículo 373-b) del Código Procesal Penal, argumentando que el tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en los artículos 3º y 1º de la Ley N° 20.000 no se tiene por establecido, toda vez que “el ente acusador no ha probado en el juicio la peligrosidad para la salud colectiva de la sustancia específica requisada, mediante el informe técnico que especifique la composición y grado de pureza del producto examinado, puesto que dicho antecedente es el que demuestra la lesividad o peligro concreto que reviste la sustancia estupefaciente.” Sin embargo, la Corte Suprema ha rechazado el recurso.

Considerandos relevantes:

7º Que, por otra parte, la exigencia del informe sobre pureza de la droga, en la especie, no juega el rol trascendente asignado en otros casos, como el de autos, por cuanto la gran cantidad incautada –no discutida- a saber 975 gramos netos de marihuana, evidencia una posibilidad concreta de masiva e incontrolada circulación

entre consumidores finales, lo que deja de manifiesto su peligrosidad en relación con el bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta, además, que los protocolos acompañados afirman que las muestras agregadas al proceso dan cuenta de principios activos estupefacientes en la sustancia examinada, es decir, no está descartada sino que confirmada la presencia de tetrahidrocannabinol en ésta. Por ello, la peligrosidad que se cuestiona en los casos en que la sustancia incautada corresponde a una cantidad menor, en los cuales no consta su grado de pureza, se ve suficientemente establecida en la especie por tratarse de un pesaje mayor, que deja en evidencia, más allá de la concentración de componentes alucinógenos, la masividad potencial de su distribución, afectando de este modo, en términos de peligro concreto, al bien jurídico salud pública (en el mismo sentido SSCS Rol N° 10.602-15 de 8 de octubre de 2015 y Rol N° 2985-2017 de 16 de marzo de 2017)."

8° "Que, en este estado de cosas, el objeto material del delito de tráfico de estupefacientes ha sido demostrado en el caso en comento, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al establecer que los hechos descritos satisfacen la figura típica del artículo 3 de la Ley N° 20.000, razón por la cual este apartado del recurso de nulidad también será desechado."

E. Derechos Individuales

E.1. Derecho a la Inviolabilidad del Hogar

1. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, por cuanto los agentes policiales actuaron al margen de la ley (CS 2017.10.16, rol N° 38691-2017).

La defensa interpone un recurso de nulidad en contra de la sentencia que condena a C. K. G. T. como autora del delito de tráfico de drogas en pequeñas cantidades, toda vez que el procedimiento policial que se llevó en su contra fue abiertamente

ilegal. Carabineros se encontraba ese día realizando una vigilancia discreta a 5 ó 7 metros del departamento de la recurrente, cuando aprecian una "típica transacción de intercambio de dinero por droga" de parte de la recurrente en la puerta de su departamento a dos sujetos. Los policías hacen un control de identidad a ambos sujetos cuando éstos se retiraban del lugar, encontrándole a cada uno 2 envoltorios contenedores de 0,3 gramos brutos de pasta base de cocaína, y entonces con ayuda de ariete ingresan al domicilio de la recurrente, donde encontraron envoltorios contenedores de pasta base de cocaína.

Considerandos relevantes:

Frente a estos antecedentes, la Corte Suprema indicó "Que las circunstancias anotadas precedentemente confirman la tesis de que los funcionarios aprehensores apostados en la calle debieron 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 al departamento de la imputada, eludiendo una orden judicial de entrada, registro e incautación para proceder a su detención y a la recolección de pruebas." (Considerando 8°)

Por lo tanto "la supuesta flagrancia de un delito la obtuvieron como un hecho cierto recién una vez que ingresaron al inmueble sin contar con la necesaria autorización para ello, de modo que lo ilícito de ese proceder -entrada sin permiso- contaminó la actuación siguiente en el curso de la cual los agentes habrían verificado la comisión del delito de tráfico ilegal de estupefacientes y detenido a la imputada.

Antes de resolver las policías el ingreso al domicilio de C.K.G.T. y al momento de hacerlo, no estaba acreditado fehacientemente ninguno de los supuestos descritos en el artículo 130 del Código Procesal Penal, con respecto a la acusada. Tampoco existían signos evidentes, esto es, "ciertos, claros, patentes y sin la menor duda", que autorizaran a lesionar la inviolabilidad de una morada sin consentimiento expreso de su dueña o encargada." (Considerando 9°)

“Que, en consecuencia, cuando se procedió al ingreso y registro del inmueble en una forma no autorizado por la ley, la evidencia que se incautó constituye prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la evidencia que de ella deriva, esto es, no sólo la droga encontrada, sino que también las declaraciones de los funcionarios policiales sobre esa circunstancia, las fotografías, los peritajes químicos o de prueba de campo y demás documentos y testimonios que hayan derivado de ese primitivo hallazgo. Del mismo modo, cuando los jueces la valoraron en el juicio oral y en la sentencia que pronunciaron con posterioridad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales de la imputada que aseguran su derecho a la inviolabilidad de su hogar, a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos.” (Considerando 10°)

2. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, toda vez que los agentes policiales se excedieron en su actuar respecto de la orden de entrada y registro que se había otorgado (CS 2017.11.20, rol N° 40.698-2017).

La defensa presenta un recurso de nulidad, por cuanto el proceso y posterior sentencia condenatoria se basó en prueba obtenida ilícitamente, toda vez que un equipo de la PDI ingresa al domicilio del recurrente fundándose en la orden de entrada y registro que se había desplegado para encontrar al hermano de la conviviente del recurrente por presunto autor de un delito de homicidio, aun cuando este equipo ya tenía conocimiento de que habían encontrado al sospechoso en su propio domicilio.

Así las cosas, el equipo de la PDI entra y registra el domicilio del recurrente, encontrando una planta de cannabis sativa; en consecuencia de ello se le condena como autor del delito de cultivo ilícito de sustancias estupefacientes, en grado consumado.

Considerandos relevantes:

Frente a estos hechos, la Corte Suprema acoge el recurso de nulidad indicando que “los agentes estatales excedieron los términos en que fue otorgada la orden de entrada y registro por la autoridad judicial, desde que la misma, conforme a una lectura conjunta de los artículos 9 y 5, inciso 2º, del Código Procesal Penal, debía cumplirse ajustándose estrictamente a los mandatos de la misma, cuestión que no se observa en la especie, ya que desde un comienzo dicha orden se materializó por los policías con un fin diverso al fijado por el órgano jurisdiccional y, por ende, desobedeciendo al mismo” (Considerando 8º). De manera que, “los policías utilizan, indebidamente, una orden de entrada a un domicilio para lograr la detención de una persona determinada, como una autorización para realizar en su interior toda pesquisa que se estime útil para comprobar la comisión de algún delito por parte de sus moradores” (Considerando 9º), “vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, por lo que toda la evidencia recogida en el procedimiento policial incoado en el domicilio de S.A. resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley” (Considerando 11º).