



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**UNIDAD DE CORTE
BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA
SALA PENAL CORTE SUPREMA
ANEXO DE INAPLICABILIDAD ANTE TC
Junio 2018**

Índice

Índice	2
Acción Constitucional de Amparo	4
Garantía de Seguridad e Integridad Personal	4
Libertad Individual.....	5
Responsabilidad Penal Adolescente	7
Expulsión de Extranjeros.....	13
Prisión Preventiva	15
Abonos	19
Actuaciones autónomas de Policías.....	22
Recurso de Nulidad	24
Garantía de Debido Proceso	24
Prueba.....	42
Flagrancia.....	46
Doctrina de la "Pureza"	48
Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	54
Delito de homicidio simple	54

Acción Constitucional de Amparo

Garantía de Seguridad e Integridad Personal

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo, toda vez que Gendarmería incumple su deber de velar por la seguridad de los internos a su cargo (CS 27.03.2018 rol 5199-18).

La defensa recurre de amparo, por cuanto un interno resultó con lesiones que indica fueron ocasionadas por personal de Gendarmería. La Corte Suprema confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Arica, que acoge el recurso de amparo, toda vez que se indica que aun cuando no se haya podido probar que las lesiones provinieran de gendarmes, de todas maneras la institución incumple el deber de velar por la seguridad de los internos.

Considerandos relevantes:

“Que, no obstante haberse constatado la existencia de lesiones en la persona del amparado, el recurrente no logró acreditar que aquellas hayan sido ocasionadas por personal de Gendarmería, lo que tampoco se pudo establecer en la investigación interna de Gendarmería de Chile, de la que se desprende que las lesiones fueron provocadas por el actuar de los propios internos, según declararon Germán Gallardo Tapia y Abram Alzamora Fernández, quienes reconocieron haber golpeado al amparado producto de la pérdida de especies personales.” (Considerando 4º)

“Que, sin perjuicio de lo razonado precedentemente, esta Corte no puede dejar de soslayar que es deber de Gendarmería, velar por la seguridad de los internos bajo su cuidado, conforme a lo previsto en el artículo 3 letra e) de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.” (Considerando 5º)

2. Corte Suprema acoge recurso de amparo en favor de interno provisional por golpiza recibida dentro del recinto por un funcionario de gendarmería. (CS 30.05.2018, rol 10834-2018).

Corte Suprema acoge el recurso de amparo. Teniéndose por circunstancias fácticas no controvertidas las diversas lesiones sufridas por el amparado y habiéndose señalado por el recurrente como agresor a un funcionario de gendarmería. la Corte Suprema estima que dicha situación es materia de Amparo, señalando que: "si bien se ha instruido una investigación sumaria por los hechos antes reseñados y se han comunicados éstos al Ministerio Público, tales medidas no obstan la procedencia de esta acción constitucional a fin de declarar la ilegalidad de esa actuación por constituir un atentado a la seguridad individual del amparado, así como para adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho e impedir que tal ilícito se reitere contra el recurrente o contra terceros que se encuentren en las mismas condiciones." Estableciéndose Por parte de la Corte una serie de medidas afines a reestablecer el imperio del Derecho. (Considerando 4º)

Ver también: *CS Rol N° 44.683-17*

Libertad Individual

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo, toda vez que el Ministerio de Justicia y la Seremi de Justicia han vulnerado la libertad personal del amparado, al querer negarle el beneficio de rebaja de la condena, cuando ha cumplido con los requisitos para ello (2018.01.08.01 rol 410-18).

El amparado fue condenado a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, por el delito de violación; actualmente se encuentra cumpliendo un saldo de pena de 716 días, que terminaría de cumplir el día 30 de mayo del año 2018. No obstante, dado que ha tenido un buen comportamiento, la Comisión de Beneficio de Reducción de Condena calificó su conducta como sobresaliente, y entonces le otorgaron 3 meses de rebaja de condena, de manera tal que su condena habría terminad el día 8 de noviembre del año 2017. Sin

embargo, a la fecha se encontraba un privado de libertad, porque el Ministerio de Justicia dictó un decreto el día 1 de diciembre del 2017 rechazando el beneficio de reducción de condena, por haber quebrantado la condena.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema confirma el fallo que indica que "(...) de acuerdo al artículo 10 de la Ley 19.856, la Comisión de Beneficio de Rebaja de Condena está integrada por un abogado nombrado por el Ministerio de Justicia a través de la Secretaría Regional Ministerial, siendo un elemento a considerar que la recurrida, tiene participación e injerencia en la decisión adoptada por dicha comisión quien es la llamada por ley para efectuar la calificación de comportamiento necesario para acceder al beneficio". (Considerando 4°)

"Que como lo ha sostenido la Excelentísima Corte Suprema en el fallo dictado en causa Rol 10.523-14, la revisión del mérito de la calificación de conducta efectuada por la Comisión, por la vía de excluir del beneficio cuando su conducta ya fue calificada como sobresaliente, constituye un exceso en las atribuciones conferidas a la recurrida." (Considerando 5°)

Y concluye que "(...) el actuar del Ministerio de Justicia y de la Seremi de Justicia, en este caso ha vulnerado la libertad personal de E. J. C. S., ya que a través de su actuación ilegal y arbitraria, fuera del ámbito de sus competencias y sin una razón justificada, han impedido al amparado de gozar del beneficio de rebaja al cual accedió la respectiva Comisión." (Considerando 7°)

2. Corte Suprema acoge recurso de amparo. Deja sin efecto internación administrativa dictada por JG (CS 23.04.2018 rol 7370-18)

La CS acoge recurso de amparo, dejando sin efecto la internación en el Hospital Psiquiátrico Claudio Vicuña de San Antonio, dictada por el Juzgado de Garantía de San Antonio, ordenando la inmediata liberación del imputado, toda vez que "...el artículo 464 del Código Procesal Penal referido a la internación provisional del imputado, constituye una medida especial" sumado a que "el tribunal dispuso invocando el artículo 7 de la Ley 20.066 el traslado del amparado W.S.V. al Hospital Psiquiátrico Claudio Vicuña, lo que constituye la

imposición de una medida cautelar fuera de los casos previstos por la ley, considerando que el mencionado amparado no fue formalizado”.

Considerandos relevantes:

“3° Que el artículo 464 del Código Procesal Penal referido a la internación provisional del imputado, constituye una medida especial dentro del procedimiento que solo cabe aplicar siempre que concurran los presupuestos de aplicación de cualquier medida cautelar personal, conforme a lo previsto en los artículos 140 y 141 de dicho código.”

“4° Que en el caso que se revisa el tribunal dispuso invocando el artículo 7 de la Ley 20.066 el traslado del amparado W.S.V. al Hospital Psiquiátrico Claudio Vicuña, lo que constituye la imposición de una medida cautelar fuera de los casos previstos por la ley, considerando que el mencionado amparado no fue formalizado por lo cual, en tal estado de las cosas, la privación de libertad que le afecta aparece carente de sustento, en los términos que exige el ya citado artículo 464 del Código Procesal Penal, por lo que el recurso será acogido.”

Responsabilidad Penal Adolescente

1. La Corte Suprema acoge el recurso de amparo interpuesto por la defensa, toda vez que el negar la internación provisoria de un adolescente acusado de un simple delito contraviene el artículo 32 de la Ley N° 20.084 (CS 24.04.2018 rol 7459-18).

Al amparado se le imputa el delito de robo en lugar no habitado, que se sanciona con penas de presidio menor en su grado medio a máximo, por lo que califica como simple delito; en virtud de ello es que la defensa interpone un recurso de amparo solicitando que se levante la medida cautelar de internación provisoria, dado que no tiene lugar según el artículo 32 de la Ley N° 20.089.

Frente a ello la Corte Suprema indica que “(...) la resolución impugnada mediante esta acción constitucional incurre en la contravención del artículo 32 de la ley de responsabilidad

penal adolescente, al disponer la medida cautelar de internación provisoria, excediendo el marco legal de sus facultades, de modo que el recurso de amparo deberá ser acogido". (Considerando 4º)

2. La Corte Suprema acoge el recurso de amparo interpuesto por la defensa, toda vez que el ordenar la internación provisoria de un adolescente acusado de un simple delito contraviene el artículo 32 de la Ley N° 20.084 (CS 18.06.2018 rol 12956-2018)

El Ministerio Público imputa al amparado la comisión de los delitos contemplados en los artículos 214, 445 y robo de vehículo motorizado del artículo 443 inciso 2 del Código Penal, ilícito este último, que se sanciona con las penas de presidio menor en su grado máximo, lo que lo califica como simple delito; en virtud de ello es que la defensa interpone recurso de amparo solicitando que se levante la medida cautelar de internación provisoria, dado que no tiene lugar según el artículo 32 de la Ley N° 20.089. Este recurso es aceptado por la Corte Suprema, ordenando revocar la internación provisoria e imponer alguna(s) medidas del art. 155 del CPP.

Ver también: *CS 43.204-17, CS 42.373-2017*

3. Corte Suprema acoge recurso de amparo, toda vez que la prescripción de la pena en casos de RPA es en relación a la determinación de la pena en concreto. (CS 14.05.2018 rol 8499-18)

La corte suprema acoge recurso de amparo promovido por la defensa, basándose en las siguientes circunstancias: el amparado fue condenado en junio del año 2009 a la pena de un año de libertad asistida especial por robo con violencia perpetrado el año 2007, año en el que era menor de edad. Dicha pena se destinó a cumplir luego de otra condena de abril del año 2009 a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo por robo en lugar habitado. Posteriormente el año 2012 sufre otra condena por receptación cometido el 17 de diciembre del 2011. La discusión recae en cuanto a la apreciación de la prescripción de la pena en cuanto al delito cometido el año 2017, estableciendo la CA de Concepción, haciendo referencia al Art. 5º de la ley 20.084 que: "De los términos en que aparece

redactada la norma, resulta evidente que dice relación con "conductas constitutivas de crímenes", sin distinguir entre la sanción prevista en la ley para dicha conducta y aquella que en definitiva se le aplique mediante sentencia definitiva. En otras palabras, la norma razona sobre la base de la pena en abstracto y no aquella que se le aplique en concreto. Así entonces, lleva la razón la jueza del Juzgado de Garantía de Concepción, cuando decidió que en el caso de autos, el plazo de prescripción contemplado por la ley es de cinco años, puesto que se corresponde con la gravedad del hecho delictivo en que incurrió el adolescente, vale decir, robo con violencia." (Considerando 6° sentencia CA)

Por su parte la Corte Suprema establece que "atendido lo dispuesto en los artículos 97 y 98 del Código Penal, cuando se solicita la prescripción de la pena, el tribunal debe estarse a la efectivamente impuesta por la sentencia en el caso concreto a efectos de establecer la concurrencia de los requisitos necesarios para declararla. Ello por cuanto el artículo 97 ya citado dice expresamente: "*Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada prescriben....*", en tanto que el artículo 98 ordena que el cómputo del plazo se haga desde la fecha de la sentencia de término, de modo que ha de estarse al castigo impuesto en el fallo y no a su extensión en abstracto, conforme señala el respectivo tipo penal." (Considerando 1° Sentencia CS).

4. Corte Suprema acoge recurso de amparo, toda vez que el registro de huellas genéticas solo es aplicable a adultos. (CS 28.05.2018 rol 10.794-18)

La Corte Suprema acoge el recurso de amparo interpuesto por la defensa, toda vez que la "decisión de extender al adolescente..., la obligación de tomarle muestras biológicas [de la Ley 19.970] para incorporarlas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado."

Considerandos relevantes:

“4°.- Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente -esto es al estatuto penal especial-, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes.

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

5°.- Que, en concepto de esta Corte, todo lo anterior deriva en que la decisión de extender al adolescente D.E.D.P., la obligación de tomarle muestras biológicas para incorporarlas al registro respectivo, importa una afectación a su respecto, toda vez que como ha quedado demostrado se le está imponiendo algo que sólo es exigible respecto de los adultos y que, además, perturba su reinserción futura, lo que evidencia que en el proceder del recurrido se han vulnerado expresas normas contenidas en una Convención Internacional y en las leyes aplicables al caso, amenazándose en forma concreta la garantía la libertad personal del amparado, lo que hace a todas luces procedente el recurso aquí interpuesto.”

Ver también: SCS Rol N° 5012-2012; Rol N° 2995-2012; Rol N° 2995-2012; Rol N° 4760-2012; Rol N° 5012-2012; Rol N° 5428-2012; Rol N° 6931-2012; Rol N° 7098-2012; Rol N° 7793-2012.

5. La Corte Suprema confirma sentencia apelada, toda vez que el ordenar la internación provisoria de un adolescente acusado de un simple delito no contraviene el artículo 32 de la Ley N° 20.084 en este caso particular. (CS 20.06.2018 rol 13117-2018).

Al amparado menor B.S.S. le fue impuesta la medida cautelar de internación provisoria en

la audiencia de control de detención y formalización, a raíz del incumplimiento de una medida cautelar vigente. Además en dicha audiencia se agrupó la causa en comento a una causa anterior aún vigente en la que se habían dictado las cautelares infringidas. Enseguida se reformalizó al imputado por dos delitos de lesiones menos graves, uno de daños simples y tres de desacato, todos ellos enmarcados dentro de un contexto de violencia intrafamiliar dentro del presente año y siendo la víctima la ex-pareja del amparado y madre de un hijo en común.

El Amparo, presentado ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt y en contra del Fiscal y el Juez del caso, hizo valer la norma del art. 32 de la Ley 20.084 según el cual no procede aplicar la medida cautelar de internación provisoria a delitos que según el estatuto de adultos no correspondan a Crímenes, toda vez que en la situación en comento solo concurren simples delitos. Agrega además una infracción al art. 351 del cpp, toda vez que fue usada como fundamento para imponer esta cautelar más gravosa al amparado. Y para finalizar arguye una infracción al art. 29 de la Ley 20.084, en cuanto no se da la especialización mandatada por la misma por parte del Juez y el Fiscal del caso.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt se pronunció en contra de lo solicitado por el defensor, y tomando en consideración lo expresado en el informe judicial se pronunció en el sentido de: considerar que no era esta sede (Amparo) la vía idónea de impugnación, siendo que procedía el recurso de Apelación; no fue ilegal la medida tomada por el Juez de garantía, toda vez que realizó una interpretación del art. 351; conducir al defensor al pleno de la Corte par a la eventual aplicación de medidas disciplinarias.

La relevancia del caso radica en la Corte Suprema se pronuncia en orden a: considerar que el Recuso de Amparo procede, independiente de la posibilidad de recurrir por otro medio; no aplicar el estatuto adulto y particularmente el art. 351 en casos de responsabilidad penal adolescente; revoca la decisión de llevar al pleno de la Corte a Defensor.

No obstante aquello la Corte Suprema se pronuncia en el sentido de mantener la internación provisoria del amparado toda vez que "dada las características y entidad de los mismos-simples delitos-, como también la condición de la víctima, dichas conductas, a la luz del

artículo 5 de violencia intrafamiliar, afectan la vida e integridad física y psíquica de esta última.”, y como había expresado más arriba: “el Estado de Chile ha declarado, a través de la Ley N° 20.066, que junto con prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar debe establecer los medios para lograr una adecuada protección a la víctima de violencia intrafamiliar.”

Considerandos relevantes:

“Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos quinto a noveno, que se suprimen.”

Y se tiene, en su lugar, y además presente:

1° Que el legislador procesal penal ha dispuesto que la imposición de medidas cautelares intensivas, como lo son la prisión preventiva en el caso de los adultos o la internación provisoria en el caso de los menores, deben encontrarse lo suficientemente justificado en la perspectiva de bienes jurídicos que se protegen, como son por un lado la libertad personal y la seguridad individual y por otro la exigencia de resguardo de la víctima, la investigación o la sociedad.

En este contexto la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, no es una excepción al sistema referido sino que sólo establece reglas particulares que han de cumplirse atento los sujetos que regula.

2° Que el artículo 32 de la Ley N° 20.084 al disponer que la internación provisoria sólo será procedente tratándose de imputación de conductas que de ser cometidas por un mayor de edad constituirían crímenes, se eleva como una salvaguarda a la libertad de los adolescentes y al principio establecido y declarado en el artículo N° 2 de la referida ley.

3°) Que el Estado de Chile ha declarado, a través de la Ley N° 20.066, que junto con prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar debe establecer los medios para lograr una adecuada protección a la víctima de violencia intrafamiliar.

En este contexto las conductas que se le han imputado al amparado B.S.S. si bien en la perceptiva del Código Penal importan ilícitos cuya sanción se encuentra, a la luz del artículo 21, en el ámbito de los simples delitos, lo cierto es que dada las características y entidad

de los mismos, como también la condición de la víctima, dichas conductas, a la luz del artículo 5 de violencia intrafamiliar, afectan la vida e integridad física y psíquica de esta última.

4º Que por lo anterior la exigencia del artículo 32 de la Ley N° 20.084 cede ante el bien jurídico protegido, cual es la vida e integridad física y psíquica de la víctima por lo que la medida cautelar consistente en la internación provisoria de B.S.S. no importa una ilegalidad que pueda ser corregida por la vía de la acción constitucional de amparo.”

Expulsión de Extranjeros

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto por la defensa, toda vez que se indica que la resolución de expulsión del amparado dictada por el Ministerio del Interior resulta ser desproporcionada (CS 2018.01.23 rol 1233-18).

Se ha dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública una resolución que ordena la expulsión del territorio nacional al amparado, que es ciudadano peruano, el día 14 de enero del año 2015.

Considerandos relevantes:

La sentencia que confirma la Corte Suprema hace hincapié en que “(...) no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quien tiene un hijo de 19 años que tienen residencia definitiva en Chile, quien se encuentra estudiando un colegio público en Chile. Además se encuentra casado con doña de Fanny Erlinda Reyes Ocaña, quien también reside y trabaja en Chile, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente lesionaría la protección de la familia y el interés superior del menor, pues perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño y se afectaría lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta” (Considerando 7º). Y pasa a concluir que “(...) los motivos que se han invocado por la autoridad carecen

de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción sancionada y el tiempo transcurrido desde su comisión, por lo que, considerando la afectación, que de manera irremediable producirá en el medio familiar de la recurrente, son motivos suficientes para revocar el fallo apelado". (Considerando 8°)

2. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto deja sin efecto el decreto de expulsión del país del amparado, ya que hay antecedentes de arraigo al territorio nacional (CS 2018.01.29 rol 1429-18)

La Corte Suprema confirma la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual deja sin efecto el decreto de expulsión del amparado, toda vez que se da cuenta del arraigo que tiene en el país, donde su familia se encuentra hace varios años residiendo en Chile, y sus hijos se encuentran desarrollando sus estudios; por lo que hacer efectivo el decreto los afectaría también y es deber del Estado – según la Constitución – proteger a la población y a la familia.

3. Corte Suprema acoge recurso de amparo a favor de ciudadana dominicana, toda vez que no procede su expulsión del país al desistirse de la investigación el Ministerio Público (CS 12.02.2018 rol 2569-2018)

La Intendencia de la Región de Arica y Parinacota dicta resolución que expulsa del país a ciudadana dominicana como consecuencia de una denuncia formulada por la Policía de Investigaciones, por su ingreso clandestino al país. Luego, La Intendencia denuncia a la amparada al Ministerio Público, pero luego de iniciar la investigación, se desiste. Frente a ello, la Corte Suprema indica que se extinguió la acción penal.

Considerando relevante:

3° "En definitiva, el dictamen de expulsión se basa únicamente en la mera noticia de la autoridad policial a la administrativa del ingreso al país del recurrente, antecedente del todo insuficiente para sostener en este caso la decisión de expulsión cuestionada, circunstancia que priva de fundamento al acto, pone en peligro la libertad personal del amparado,

compelido a hacer abandono del país, y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas pertinentes que garanticen el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata, por lo cual la presente acción constitucional será acogida.”

Ver también: *CS 84-2018; CS 159-18; CS 400-18; CS 449-18; CS 947-18; CS 951-18; CS 954-18; CS 1233-18; CS 1429-18; CS 2569-18.*

Prisión Preventiva

1. Corte Suprema acoge el recurso de amparo, toda vez que suspendido el procedimiento a la espera de los resultados de informe psiquiátrico, no procede mantener la medida de prisión preventiva del imputado (CS 2018.02.20 rol 2850-18).

La defensa interpone recurso de amparo, toda vez que el Juzgado de Garantía de Villa Alemana accedió a la orden de suspender el procedimiento en virtud del artículo 458 del Código Procesal Penal, a la espera de los resultados del informe psiquiátrico del amparado. No obstante, el Ministerio Público apela, y la Corte de Apelaciones de Valparaíso dispone la prisión preventiva del amparado, revocando la internación provisional dispuesta por el juez de garantía.

Considerandos relevantes:

3° “Que, conforme ha declarado esta Corte 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.”

4° “Que, en ese orden, mantener la prisión preventiva del imputado, pese a haber previamente suspendido el procedimiento seguido en su contra conforme al artículo 458 del Código Procesal Penal, no existiendo investigación penal que cautelar y, manteniéndose aún en ese estado, se 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.”

2. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto no procede la prisión preventiva frente a la espera de los resultados de informe psiquiátrico del amparado. (CS 09.05.2018, rol 8328-2018).

En el mismo sentido que la sentencia 2850-18 mencionada más arriba, la Corte Suprema acoge el recurso de amparo, toda vez que ante la petición de suspensión del procedimiento por parte de la defensa a la espera de un informe psiquiátrico del amparado, el Juzgado de Garantía de Arica decretó la prisión preventiva en la misma audiencia. Cuando en realidad en estos casos -según ha afirmado en reiteradas ocasiones la Corte- procede la medida de internación provisional del Art. 464 del Código Procesal Penal.

Considerandos relevantes:

“3° Que, conforme ha declarado esta Corte 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.”

“4° Que, en ese orden, mantener la prisión preventiva del imputado, pese a haber previamente suspendido el procedimiento seguido en su contra conforme al artículo 458 del Código Procesal Penal, no existiendo investigación penal que cautelar y, manteniéndose aún en ese estado, se 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.”

3. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto no procede la prisión

preventiva frente a la espera de los resultados de informe psiquiátrico del amparado. (CS 11.06.2018, rol 12769-2018).

Que en el caso sub judice se trata de un imputado formalizado por el delito de robo por sorpresa, de quien se tiene sospecha acerca de su inimputabilidad por enajenación mental, motivo por el cual, se suspendió el procedimiento de conformidad al artículo 458 del Código Procesal Penal, solicitándose la realización de un informe psiquiátrico y se sustituyó la medida cautelar de prisión preventiva por la de internación provisoria.

Con fecha posterior el Juzgado de Garantía, de Oficio, invierte esta situación decretando nuevamente la cautelar de prisión preventiva. A esto se recurre de amparo, el que es acogido por la Corte Suprema que cita sentencia anterior en los siguientes términos: *"al existir meras sospechas de inimputabilidad y peligrosidad, no existe tampoco la posibilidad de aplicar una medida cautelar personal general. Ni, como en el presente caso, mantener las ya decretadas a su respecto, las que se suspenden en su ejecución por ser consecuencia directa y necesaria del procedimiento penal iniciado en contra del amparado, el que se encuentra suspendido, lo que importa que deba dejarse en libertad al recurrente, hasta la remisión del informe respectivo"* (SCS Rol N° 8131-09 de 11 de noviembre de 2009).

Ver también: CS 1014-2018; CS 73.798-16

4. Corte Suprema rechaza recurso de amparo, toda vez que la detención fue considerada legal, fija criterio de fundamentación de prisión preventiva en caso de detenciones ilegales. (CS 25.06.2018, rol 13184-2018).

El amparado fue sorprendido dentro de un domicilio por funcionarios policiales, los que a su vez ingresaron a el mediante una orden de entrada y registro dada por menor de 15 años. La detención en este caso fue considerada legal por el tribunal de garantía. Posteriormente la Fiscalía formaliza por el delito de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a habitación y solicita la cautelar de prisión preventiva, a lo que accede el tribunal.

La defensa acciona de amparo constitucional contra dicha resolución la que es rechazada

por la Corte de Apelaciones de Talca teniendo como fundamento que la encargada de la propiedad en dichos momentos era la menor, haciendo válida la entrada según el art. 205, sumando a ello la flagrancia en la que se encontraría el amparado.

En sede de apelación, la Corte Suprema si bien estuvo por confirmar la resolución: "teniendo únicamente presente que en la audiencia de control de la detención no se estableció su ilegalidad, y se formalizó al amparado como autor del delito..." fija un criterio para la dictación de la medida cautelar de prisión preventiva, toda vez que si a contrario sensu, hubiese precedido una detención ilegal, es deber del juez fundamentar cabalmente la prisión preventiva en atención a la ilegalidad de la prueba obtenida.

5. Corte Suprema acoge recurso de amparo y revoca prisión preventiva, toda vez que la resolución dictada por JG carecía de fundamentación. (CS 25.06.2018, rol 13185-2018).

El amparado fue sorprendido saliendo de un supermercado con una caja de palta de la variedad hass y es detenido por los guardias del mismo. La detención es declarada ilegal por parte del Juzgado de Garantía de Puerto Montt, luego el Ministerio Público procedió a formalizar al imputado y solicitó decretar la cautelar de prisión preventiva fundándose en la necesidad de asegurar los fines del procedimiento ya que este tenía también causa pendiente por hurto. EL Juzgado de Garantía decreta la prisión preventiva.

La Corte Suprema acoge la apelación de la acción constitucional de amparo toda vez que en este caso no se ve como indispensable la prisión de libertad en razón de que: "en la audiencia de control de la detención se declaró ésta ilegal y ningún efecto tendría la declaración de ilegalidad si acto seguido la persona es puesta en prisión preventiva sin que el juez fundamente debidamente las razones que hacen aplicables la prisión preventiva en este caso, y que se cumplen los presupuestos de las letras a), b) y c) del artículo 140." Además hace énfasis en: "que la necesidad de fundamentación de las resoluciones judiciales y en particular la que decreta la prisión preventiva, constituye una garantía consagrada a favor del imputado para conocer a cabalidad los motivos de la decisión que lo priva de libertad y que encuentra reconocimiento constitucional ... dicha exigencia no se cumplió a

cabalidad por el juez, que luego de declarar ilegal la detención sobre el amparado, decreta la cautelar más gravosa sin explicar las razones que motivan tal gravedad.” Haciendo aplicable por ello el criterio de no proceder la prisión preventiva en caso de detenciones ilegales, revocando la medida cautelar dictada por el Juzgado de Garantía y ordenando decretar alguna del art. 155.

Ver también: CS Rol N° 31.037-14; 6659-15; 16.960-16; 27.939-2017; 30.357-17; 40860-17; 40862-17; 40863-17; 40864-17.

Abonos

1. Corte Suprema acoge apelación de amparo y revoca la sentencia que lo había rechazado porque esta no había abonado el tiempo que el condenado estuvo sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario conforme al artículo 438 CPP (CS 2018.03.28 rol 5253-2018).

El amparado es condenado a la pena efectiva de treinta y nueve días de prisión en su grado medio por el delito de hurto, estando sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario nocturno, desde el día 7 de enero del 2018 hasta la fecha. Así, la defensa indica que a la dictación del fallo, el amparado tiene 59 días que deberían ser abonados a la pena en virtud del artículo 348 del CPP, lo que otorgaría como resultado que la pena privativa de libertad impuesta se encontraría íntegramente cumplida. Y así la Corte Suprema acoge el recurso.

2. Corte Suprema revoca y rechaza el recurso de amparo apelado por MP, toda vez que el abono del tiempo pasado en prisión preventiva debe abonarse entre causas susceptibles de ser tramitadas conjuntamente de acuerdo al 164 COT.(CS 16.05.2018 rol 6412-18).

La Corte Suprema acoge apelación del Ministerio Público. Revocando por ello la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de abonar el tiempo que el amparado pasó prisión

preventiva en causa diversa, la cual terminó por absolución, al tiempo que deberá cumplir por condena en otro procedimiento. Sobre ello, indica la Corte "al momento de la comisión del ilícito de la causa N° 4100-2014, se había dictado sentencia en los antecedentes Rit 70.048 [año 2005] del Primer Juzgado de Letras de Quilpué, por lo que atendido los diferentes estados procesales de las referidas causas, lo cierto es, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, ambas no se encontraban en situación de ser tramitadas conjuntamente".

Considerando relevante:

"3° Que, al momento de la comisión del ilícito de la causa N° 4100-2014, se había dictado sentencia en los antecedentes Rit 70.048 del Primer Juzgado de Letras de Quilpué, por lo que atendido los diferentes estados procesales de las referidas causas, lo cierto es, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, ambas no se encontraban en situación de ser tramitadas conjuntamente, por lo que la decisión que reconoce el abono de la totalidad del tiempo en que el amparado estuvo sometido a prisión preventiva infringe lo previsto en el artículo 348 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que se abonará a la pena impuesta la prisión preventiva que cumplió el condenado en la causa 70.048."

Ver también: *CS Rol N° 36.208-2017*

3. Corte Suprema rechaza recurso de amparo, por cuanto el abono de arresto domiciliario parcial es de un día por cada día completo o fracción de doce horas. VEC del Sr. Cerda quien estuvo por el criterio de abonar un día por cada ocho horas. (CS 30.05.2018, rol 10866-2018).

Corte Suprema rechaza apelación de acción constitucional de amparo, confirmando el criterio adoptado en la sentencia de la Corte de Apelaciones, en cuanto al cómputo de tiempo de descuento respecto de los días que el imputado permaneció privado parcialmente de libertad. Estableciendo su acuerdo con el criterio de "...abonar a la pena impuesta un día por cada día completo o fracción igual o superior a doce horas período que debe

determinarse sumando el total de las horas de privación de libertad cumplidas y luego dividir las por doce, resultando el número total de días de abono por este concepto ". (Considerando 2º Sentencia CA)

No obstante, el voto en contra del ministro Sr. Cerda resulta relevante, ya que este considera que "frente al dispar tratamiento que da el artículo 9 de la Ley Nº 18.216 a la conversión de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad -ocho horas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad- en relación al previsto en el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal para el abono del tiempo de medida cautelar a la condena -un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas de medida cautelar- debe preferirse lo dispuesto en la primera norma..." usando para ellos el criterio de la norma más beneficiosa para el imputado y un criterio interpretativo sistemático y por ende estuvo por revocar la sentencia. (VEC Sentencia CS)

Considerando relevante:

Voto en contra del Ministro Sr. Cerda, quien estuvo por revocar la sentencia en alzada y, en su lugar, acoger la acción de amparo intentada, ordenando la inmediata libertad del recurrente al haber cumplido la pena impuesta, teniendo en consideración que frente al dispar tratamiento que da el artículo 9 de la Ley Nº 18.216 a la conversión de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad -ocho horas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad- en relación al previsto en el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal para el abono del tiempo de medida cautelar a la condena -un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas de medida cautelar- debe preferirse lo dispuesto en la primera norma, no sólo por ser más beneficiosa para el sentenciado, lo que autoriza su aplicación analógica al caso, es decir, su aplicación a un caso distinto al previsto en dicho artículo 9, pero indiscutiblemente parecido al ahí reglado, sino también por la necesaria armonía y correspondencia que debe guardar el ordenamiento jurídico en este asunto, teniendo en cuenta respecto de esto último, que el texto actual del artículo 9 de la Ley 18.216 fue establecido en la 20.603, posterior a la 20.074 que reemplazó el inciso segundo del artículo 348 del Código Procesal Penal por el texto actual, expresando aquella norma, y no ésta, el criterio y espíritu más reciente del

legislador en la materia que se viene analizando.

Actuaciones autónomas de Policías

1. Corte Suprema acoge recurso de amparo, por cuanto ingreso al domicilio del amparado fue al margen de la ley, excediendo Carabineros sus facultades de actuación autónoma. (CS 29.05.2018, rol 10806-2018).

Corte Suprema acoge el recurso de amparo, toda vez que el amparado, encontrándose en su hogar, no cabía dentro de las hipótesis de detención en caso de flagrancia expresamente establecidas en el artículo 130 del CPP. Además, en materia de entrada y registro en lugares cerrados: "puede llevarse a cabo en lugares cerrados, sólo con consentimiento de su propietario o encargado o con autorización judicial, pedida por el fiscal. El Código Procesal Penal, además, contempla la posibilidad que la policía ingrese sin estas condiciones previas sólo cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren, en lo que interesa a este asunto, que en el recinto se está cometiendo un delito, cuyo no es el caso."

En el caso particular se estima que "Carabineros excede el marco legal de sus facultades en materia de actuaciones investigativas autónomas y revela el incumplimiento de su deber de comunicar al Ministerio Público de las denuncias que reciba para obtener instrucciones..." Revocándose por ello la medida cautelar de prohibición de acercarse a la víctima. (Considerandos 5º, 6º y 7º)

Considerandos relevantes:

5º Que, insertos en ese contexto, resulta que la policía, una vez recibida una denuncia, se encuentra en la obligación de comunicarla al Ministerio Público, y si bien puede practicar ciertas actuaciones autónomas de investigación, dentro de las cuales se encuentra la detención en caso de flagrancia, lo cierto es que los hechos del proceso no encuadran en ninguna de las hipótesis que al efecto prevé el artículo 130 del citado código, puesto que el amparado no fue

sorprendido cometiendo los hechos, huyendo del sitio del suceso, con señales o rastros del ilícito, ni tampoco fue sindicado en forma concreta por la supuesta víctima, quien no reclamaba auxilio. De este modo, el cometido de los funcionarios policiales se limitaba exclusivamente a recibir la denuncia y comunicarla al fiscal, para que éste determinara las diligencias a efectuar.

6° Que adicionalmente, en materia de entrada y registro, es importante hacer presente que puede llevarse a cabo en lugares cerrados, sólo con consentimiento de su propietario o encargado o con autorización judicial, pedida por el fiscal. El Código Procesal Penal, además, contempla la posibilidad que la policía ingrese sin estas condiciones previas sólo cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren, en lo que interesa a este asunto, que en el recinto se está cometiendo un delito, cuyo no es el caso.

7° Que, como es posible advertir de todo lo que se ha venido señalando, la diligencia realizada por los funcionarios de Carabineros excede el marco legal de sus facultades en materia de actuaciones investigativas autónomas y revela el incumplimiento de su deber de comunicar al Ministerio Público de las denuncias que reciba para obtener instrucciones, motivo por el cual resulta efectivo el reclamo planteado por el recurso de amparo, de modo que deberá ser acogido para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al amparado en sus derechos de libertad personal y seguridad individual.

Recurso de Nulidad

Garantía de Debido Proceso

1. Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa debido a que no se vulneraron garantías constitucionales en particular respecto al derecho al debido proceso. VEC Sr. Juica (2018.02.12. rol N° 45.412-17).

Concorre personal policial a la parcela N° 4 en la Localidad de El Yeco, comuna de Algarrobo, porque habían avistado una planta del género cannabis. Así toman contacto con el acusado y entran al inmueble, constatando que había un total de cinco plantas de cannabis. Así las cosas, se alega afectación al derecho a defensa.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indica que "(...) el avistamiento de una planta de cannabis en la parcela de la que era responsable el imputado, sin duda que configuraba un elemento que justificaba

concurrir al lugar y verificar la existencia y género de esa planta observada a distancia, así como si había otras, y si se contaba, en su caso, con autorización o justificación para esa conducta, motivo por el cual los policías recaban permiso para el ingreso al inmueble en cumplimiento de la instrucción del fiscal de turno, pero ello, en modo alguno implica discernir que al solicitar autorización para ese ingreso al encargado del predio, ya entonces el procedimiento criminal se dirigía en contra de éste". (Considerando 7°)

"Que, en este contexto, no era deber legal de los policías, al contactar al acusado y solicitarle permiso para ingresar a su parcela, señalarle que se le reprochaba un delito de cultivo ilegal de especies vegetales del género cannabis sin la debida autorización -sin perjuicio que el fallo establece que los agentes le informan "sobre el motivo de su presencia en el lugar"- y que, por ende, tenía derecho a ser asistido por un abogado y guardar silencio". (Considerando 8°)

VEC Ministro Sr. Juica:

1° "Que, al avistarse una o unas plantas de cannabis sativa desde la vía pública, en el interior de un inmueble, y concurrir por ello los policías a éste a confirmar lo anterior y reunir evidencias de ese ilícito, la investigación penal ya se dirige contra el dueño o encargado de ese recinto en la forma que prescribe el artículo 7° del Código Procesal Penal y que, tiene como corolario, que deba darse aplicación al estatuto de protección que la ley prevé para el imputado, que incluye la lectura de sus derechos conforme a los artículos 93 letras a), b) y g) del mismo texto".

4° "Que, entonces, identificándose el acusado Barrales Leal como encargado del inmueble, de conformidad al artículo 7° del Código Procesal Penal, al entrevistarse con él los policías y solicitarle su venia para acceder al predio, debieron dar aplicación al estatuto de protección que la ley prevé para el imputado, que incluye la lectura de sus derechos conforme a los artículos 93 letras a), b) y g) del Código Procesal Penal, de manera que éste, en conocimiento y ejercicio de los mismos, pudiera válidamente autorizar el acceso de los policías a su predio y, al no hacerlo, la prueba obtenida de esa actuación fue lograda con infracción al derecho a una investigación racional y justa la que, por ende, no debió ser considerada por los sentenciadores como fundamento de su decisión condenatoria".

2. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, por cuanto la magistrada interfirió más de lo legalmente permitido en la audiencia, afectando el derecho a un tribunal imparcial del recurrente (CS 05.03.2018 rol 913-18)

En el debate previo a la realización del juicio oral simplificado, la magistrada le hizo ciertas preguntas al recurrente, por el presunto delito de amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar, que a juicio de la defensa fue un "verdadero interrogatorio, llevado a cabo en presencia de los demás testigos, extralimitando la citada jueza sus facultades jurisdiccionales y perdiendo la necesaria imparcialidad que se requiere para juzgar la existencia de un delito (...)" y, además, la magistrado le preguntó al Ministerio Público por los antecedentes penales del imputado.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indicó que "(...) la garantía de la imparcialidad del tribunal comprende tres derechos individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado, a saber, el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos -en lo que concierne a esta causa- a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el Ministerio Público como órgano predispuesto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa". (Considerando 8°)

Y agrega que, "es preciso tener presente que el principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal, constituye un elemento del derecho a defensa y, asimismo, del debido proceso, por cuanto la neutralidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria, más aún antes de iniciado el juicio en el que la víctima debe prestar declaración sobre la ocurrencia de los hechos. El legislador sólo ha entregado la facultad al Juez de aclarar dichos, lo que supone que el juicio se encuentra en desarrollo y que el

testigo o perito ya ha prestado declaración, por lo que esa atribución sólo tiene por propósito que un dicho incomprensible pueda ponerlo en claro, explicarlo, pero no explayarse sobre otros aspectos de la cuestión, por lo que le está vedado realizar un interrogatorio a la víctima antes de iniciado el juicio". (Considerando 11°)

"Que cuando el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, lo que hace en realidad es conocer la entidad de los hechos antes de la realización del juicio, por lo que se entromete en el debido desarrollo del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad. Es aquélla la que constituye la posición desfavorable o desventajosa en que deja sumida a la defensa y porque priva a esa parte de la posibilidad de obtener en el ejercicio de sus derechos como interviniente, una decisión jurisdiccional favorable, cuestión que en definitiva constituye la trascendencia del perjuicio requerido por la nulidad procesal, teniendo presente que no resulta posible separar la prueba producida con la intervención del magistrado, de aquella que fue legalmente introducida al juicio por las partes, habiéndose pronunciado en este escenario una especie de decisión anticipada." (Considerando 12°)

3. Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que los jueces del fondo condenaron en base a pruebas obtenidas en un control de identidad declarado ilícito. Vaguedad en la denuncia y caminar para alejarse no son indicios. (CS 17.05.2018 rol 6072-2018).

La Corte Suprema acoge recurso nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que la sentencia condenatoria por porte ilegal de arma fue dictada en conformidad a pruebas derivadas de un control de identidad –del art. 85 previo a la modificación introducida por la Ley 20.931- en infracción de garantías contenidas en el art. 19 n° 3, 4 y 7 de la constitución política de la república. Dado que este, al contener causales específicas debe ceñirse a ellas y en criterio de la Corte "Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones reproducidas en la audiencia celebrada ante esta Corte y extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de usar el pelo largo y encontrarse en la intersección referida - que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien aludió una denunciante

anónima.... Lo único que se menciona por los funcionarios policiales es que el acusado, al verlos aproximarse, se mueve con el propósito de alejarse del lugar... lo que, desde luego no resulta un indicio "objetivo" de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas..." (Considerando 5°)

Considerandos relevantes:

5° Que el tribunal también toma en cuenta como indicio que "el sujeto al percatarse de la presencia policial quiso retirarse discretamente del lugar" actitud que, según los policías consistió en "moverse con el propósito del alejarse del lugar al ver que venían dos funcionarios de carabineros en sus motocicletas".

Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones reproducidas en la audiencia celebrada ante esta Corte y extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de usar el pelo largo y encontrarse en la intersección referida - que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien aludió una denunciante anónima. Ya se dijo que no se aportó por ella su edad, contextura, 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 -que se encontraba manipulando un arma de fuego - 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, se mueve con el propósito de alejarse del lugar -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.

6° Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de dos o más indicios objetivos de que estuviere cometiendo o intentare cometer

un delito, ni de ninguno de los otros supuestos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan esa diligencia y, consecuentemente, permiten a la policía el registro del imputado, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando su derecho a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de manera que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de L.A.M.D. resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

4. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, pues las diligencias autónomas de la policía excedieron el margen permitido por la ley. Tanto la entrada y registro como el control de identidad fue tomado como ilegal. VEC Sres. Künsemüller y Cisternas. (CS 7.05.2018, rol N° 5351-18).

La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que de las circunstancias fácticas del caso derivan ilegalidades flagrantes que solo son subsanables con la nulidad de la sentencia y el juicio, acoge de esta manera la corte lo expresado por la defensa, en el sentido de que "el ingreso al domicilio del imputado donde se encuentra la droga que se le atribuye en la sentencia, no fue autorizado, pues la firma del acta de entrada y registro se efectúa con posterioridad a esa diligencia y una vez que el acusado ya se hallaba en la unidad policial, exponiendo luego la prueba del juicio que respaldaría sus asertos. Por otra parte, señala que ni un control de identidad, ni la detención por flagrancia o por orden judicial permitían a la policía haber efectuado diligencias de investigación, como lo fue el traslado del acusado desde el lugar donde se efectuó el control de identidad hasta su domicilio, desplazándose por más de 2 kilómetros". Además se pronuncia la Corte sobre el Control de identidad realizado al imputado en el sentido de que "... [El imputado tenía orden de detención pendiente y era conocido por los funcionarios] dado que el acusado era persona conocida de los policías, éstos no debieron realizar ninguna actuación -punto

de vigilancia, seguimiento y control de identidad a los ocupantes del vehículo- distinta a su directa detención y traslado inmediato al tribunal de garantía..." (Considerandos 1° y 7°)

Considerandos relevantes:

“6° Que, de esa manera, aun cuando la sentencia establece como hecho cierto y que, por ende, no puede ser desatendido en esta sede de nulidad, que existió una autorización del acusado para ingresar al inmueble en que se halló la droga que constituye el objeto del delito atribuido (cons. 11°), tal autorización se obtiene sin previa instrucción del Ministerio Público, el que no había ordenado tal diligencia -ni siquiera aparece que se le haya informado de la detención derivada del control de detención- y, por ende, en los hechos, desde el control de detención en adelante, la investigación estuvo dirigida por los policías, y no por el Fiscal, es decir, lo medular de la investigación donde se obtienen los antecedentes probatorios esenciales para posteriormente formular cargos contra el imputado y en la etapa en la que mayor riesgo existe de vulnerar los derechos de éste y terceros -como alega la defensa ocurrió-, se dirige por agentes estatales no autorizados para ello y, a espaldas, de aquella autoridad a quien la Constitución atribuye de manera exclusiva esa potestad y responsabilidad.

7° Que, no ha pasado desapercibido para esta Corte, por lo difícil que resulta entender, que no obstante que el acusado era persona conocida para los policías, así como su domicilio y su vehículo, por haberse dirigido antes una investigación en su contra por la Fiscalía de Casablanca en la que no se logró resultados, sólo tomaran conocimiento de que éste conducía el vehículo materia de la vigilancia (según la versión de Jara Puebla, Herrera Cáceres y Contreras Vargas) así como la existencia de la orden de detención en su contra (como afirma Herrera Cáceres y Contreras Vargas) al momento de controlar su identidad, es más, el policía Jara Puebla expresamente señaló en el juicio *“Sí supo un tiempo antes de la detención que existía una orden de detención del Juzgado de Garantía, pero no recuerda de qué año era; entiende que los demás funcionarios también lo sabían”* (el mismo tribunal considera *“la información que se manejaba por el mismo Jara Puebla y por otros funcionarios de la Brigada en torno a la existencia de una orden de detención vigente que mantenía el sujeto, emanada de un Juzgado de Quilpué”*), lo que importa que, dado que el acusado era persona conocida de los policías, éstos no debieron realizar ninguna actuación

-punto de vigilancia, seguimiento y control de identidad a los ocupantes del vehículo- distinta a su directa detención y traslado inmediato al tribunal de garantía, lo que viene a refrendar los cuestionamientos expuestos al actuar autónomo de los policías en este caso.

8° Que en vista de todo lo antes razonado, la manifestación del acusado que los jueces de la instancia consideran voluntaria, no es sino el colofón de una serie de graves irregularidades cometidas por los policías que iban dirigidas desde su inicio a conseguir esa manifestación, con el objeto de poder ingresar al inmueble respecto del que de antemano tenían antecedentes que se encontraría droga.

Los policías, en vez de solicitar al Tribunal de Garantía competente, por medio del Fiscal a cargo de la investigación, la orden de entrada y registro al domicilio en que creían se mantenía la droga por el imputado, realizan una serie de actuaciones, de manera autónoma y a su antojo, sin control ni supervisión del Ministerio Público, a fin de poner al encartado en la situación ya descrita en la que se obtiene su permiso para dichas diligencias, resultado del cual se produce el hallazgo de la droga.”

5. Corte Suprema acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que el indicio que justifica el control de identidad del artículo 85 del CPP no puede deberse exclusivamente a vestir ropaje obscuro. (CS 28.05.2018 rol 7345-2018)

La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad respecto un procedimiento que condenó a un sujeto por el delito de porte de arma punzante, toda vez que : “...el único hecho cierto que motiva el control de identidad efectuado por la policía es que dos personas se encuentran vestidas con ropas oscuras lo hacen estando en las proximidades de vehículos, hecho que no tiene la entidad de constituirse en un indicio que faculte a la policía a proceder como lo hizo, pues el apreciar a un sujeto vestido de oscuro en un lugar determinado carece de toda relevancia y no permite, sin otro elemento calificante –como serían elementos precisos referidos a la comisión de algún delito- proceder a efectuar la detención y registro de aquella persona.” Vulnerando así el derecho del imputado a un racional y justo procedimiento, y demás garantías procedimentales establecidas por la constitución y las leyes. (Considerando 5°)

Es por ello que toda la evidencia recogida en el procedimiento resulta ser ilícita, contaminando de esta manera toda prueba posterior que de ella derive siendo consecuencia de ello el quedar excluida de un procedimiento futuro.

Considerandos relevantes:

4º Que de acuerdo a lo expuesto en el motivo de nulidad deducido la infracción denunciada se produjo dado que la detención del acusado y la recolección de la evidencia incriminatoria fue ejecutada fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, al haber actuado sin que existiese indicio alguno que le permitiera realizar acciones restrictivas de la libertad de éste.

Ha sostenido esta Corte Suprema que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles, reconociéndole grados de autonomía en lo que dice relación con la posibilidad de llevar a cabo diligencias o actuaciones que tiendan al éxito de la investigación.

Se desprende de lo anterior que la actuación de la policía, por regla general, se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal) y es en esa condición de excepcionalidad que ha de leerse el artículo 83 del Código del ramo.

Los artículos 85 y 86 regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo el primero de ellos, en redacción vigente a la época de los hechos -1 de octubre de 2017- el artículo 85 del Código Procesal Penal -en lo que interesa- señala "Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos".

La norma transcrita permite o faculta a los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona, no exceptuando a quienes la policía conozca previamente por su nombre u otros antecedentes personales, siempre que, según las circunstancias, estimaren que existe algún indicio que la persona a controlar se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, además de otros casos que señala la disposición.

Establecido lo anterior ha de tenerse en consideración que las circunstancias que motivaron el control de identidad al que fue sometido el encartado, fueron materia de prueba y debate en el proceso, por lo que es menester estarse a lo asentado por el juez de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, efectúe una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, ya que implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la reproducción parcial de los testimonios rendidos en el juicio -sólo de lo que interesa a la recurrente-, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que el magistrado extrajo de esas deposiciones, no obstante que este último apreció íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contraexamen de los contendientes, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable.

5° Que cabe consignar que el indicio que justificó la práctica del control de identidad viene dado por el hecho de haberse recibido una llamada anónima que daba cuenta de la presencia de dos personas vestidas con ropas oscuras que merodeaban automóviles en la intersección de Avenida Almirante Latorre con calle Baquedano, elementos de hecho que son descritos por el único funcionario de carabineros que prestó declaración en el juicio.

En este contexto ha de precisarse que el único hecho cierto que motiva el control de identidad efectuado por la policía es que dos personas se encuentran vestidas con ropas

oscuras lo hacen estando en las proximidades de vehículos, hecho que no tiene la entidad de constituirse en un indicio que faculte a la policía a proceder como lo hizo, pues el apreciar a un sujeto vestido de oscuro en un lugar determinado carece de toda relevancia y no permite, sin otro elemento calificante –como serían elementos precisos referidos a la comisión de algún delito- proceder a efectuar la detención y registro de aquella persona.

6. Corte Suprema acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que el indicio que justifica el control de identidad del artículo 85 del CPP no puede basarse a que el sujeto se esconda tras matorrales. (CS 11.06.2018 rol 7513-2018).

El imputado fue condenado por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado por el T.O.P. de La Serena, basándose en las pruebas derivadas de un control de identidad y registro del sujeto, donde se pudieron encontrar (en su mochila) los objetos robados del lugar indicado.

Las circunstancias que motivaron el control de identidad fueron: que siendo las tres de la madrugada, estando en un sector residencial y atendiendo al estado de alerta de sujeto, dos policías se acercan a él, el que notando la presencia de estos apura su paso y trata de ocultarse detrás de unos matorrales, además se hace referencia al ropaje oscuro del sujeto.

A esto la Corte suprema recalca lo dicho anteriormente en causa rol nº 18.323-16, y establece que "...las circunstancias alegadas no conforman un indicio "objetivo" de actividad delictiva, pues conductas como las del acusado pueden obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado." De esta manera declara ilícito el control de identidad y toda la prueba derivada de él, incluyendo la declaración que el imputado señala su participación e indica el lugar de donde sustrajo las especies.

Considerandos relevantes:

2° Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado que *“El día 22 de noviembre de 2017, aproximadamente a las 03:00 horas, A.P.M.A., escaló una reja de aproximadamente 2 metros de altura del cierre frontal, para ingresar al inmueble ubicado en Calle J.B.N° -, V.L.A., P., Coquimbo, que sirve de morada a doña M.A.Y.A. y su hijo menor de edad, quienes se encontraban al interior del domicilio en esos momentos. A.P.M.A. una vez en el interior del domicilio, abrió el vehículo tipo automóvil, marca Chevrolet, Placa Patente Única -, que estaba estacionado en el antejardín del inmueble, sustrayendo desde su interior un cargador de batería, un convertidor de electricidad, una llave mecánica y una aspiradora de automóvil, especies con las que huyó en su poder”*.

Estos hechos fueron calificados como delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1, en relación con el artículo 432 ambos del Código Penal.

Ahora en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló *“Que, la participación en calidad de autor ejecutor del delito antes descrito, por parte del acusado A.P.M.A. se encuentra acreditada, más allá de toda duda razonable, con la declaración de los funcionarios aprehensores que participaron en el procedimiento de fiscalización, los testigos Sotelo Díaz y Salgado Villar. Ambos testigos reconocieron en audiencia de juicio al acusado presente, como el detenido de esta causa y lo vieron previamente circular por la vía pública en cercanías de la casa afectada y que al ver la presencia policial apuró su paso, avanzando, ocultándose en un sector oscuro. Ante esta conducta del encartado, el personal policial individualizado, lo fiscaliza en virtud del artículo 85 del Código Penal y junto con solicitarle su identidad, que no portaba, registran sus pertenencias, específicamente una mochila que portaba, en cuyo interior llevaba las especies que habían sido sacadas desde el vehículo que estaba en antejardín, en el interior de la casa de doña M.A.Y.A. Ambos carabineros indicaron que al ser sorprendido con los objetos en su poder, de manera espontánea, el detenido refirió que las había sustraído desde una casa cercana, desde el interior de un vehículo que estaba en el antejardín, que por eso, lo llevaron hasta la propiedad y allí efectivamente, la dueña de casa, reconoció los objetos como propios.*

Por lo anterior, es decir, la inmediatez desde que ocurrió el ilícito y el momento en que fue detenido el acusado A.P.M.A., se pudo dar por acreditado que obró en este delito como

autor, de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, al haber desplegado acciones directas y ejecutoras del hecho punible, tales como el haber escalado el cierre perimetral de una casa habitada y haber sacado desde su interior especies ajenas...

Que, no se compartieron las argumentaciones de la Defensa, en cuanto a la ilegalidad del control de identidad practicado al acusado.

Efectivamente, en el comienzo del relato de los aprehensores, dieron cuenta que A.P.M.A. había tenido un comportamiento de alerta ante la presencia policial, que eventualmente habilitaba a un control preventivo de identidad conforme al artículo 12 de la ley 20.931, cuestión que explica además la diferente nomenclatura utilizada por los carabineros en las declaraciones en sede de investigación, con las que fueron contrastados por la Defensa. Pero no se puede obviar que la dinámica de su relato no termina allí, porque al acercarse al sujeto, éste no sólo apura su paso, sino que se oculta, dirigiéndose hacia un lugar más oscuro y se esconde detrás de unos matorrales, como lo precisó el testigo Salgado Villar. Esta conducta de un sujeto, en horas de la madrugada, a oscuras, en un sector residencial, desplegada al avistar a la policía, es un indicio suficiente y sólido para desplegar la facultad autónoma del artículo 85 del Código Procesal Penal. No se debe olvidar que aquella, tiene un trasfondo investigativo, es por ello que le es requerido un indicio como fundamento y en este caso en particular, estima el Tribunal que el comportamiento del acusado en esa oportunidad, ocultándose tras unos matorrales, vestido con ropas oscuras, a las 3.00 de la madrugada, en un sector residencial, son circunstancias que configuran un indicio potente de la comisión de un delito, que habilitaba a un control conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal.

De lo anterior deriva, la legalidad del posterior registro de sus vestimentas y equipaje y el hallazgo de las especies robadas momentos antes desde la casa de doña M.A.Y.A.

Por lo demás, en cuanto a la alegación de la omisión de su derecho a ser informado de sus derechos como detenido, particularmente el establecido en el artículo 94 letra B) en relación al artículo 135 inciso 2° del Código Procesal Penal, esto es, el derecho a guardar silencio, se debe advertir que el relato de los dos carabineros que participaron en la fiscalización, es preciso y categórico en describir que el sujeto, una vez que se registra su mochila, de

manera espontánea da cuenta del origen ilícito de las mismas y del lugar desde donde las había sustraído, por lo que sólo tras esa declaración era posible su detención y la correspondiente advertencia de sus derechos, por lo que no se advierte vicio alguno en esa parte del proceder policial.

Finalmente el artículo 83 del Código Procesal Penal, en hipótesis de flagrancia, habilita de conformidad a la letra B) a la detención del imputado, conforme a la letra c) al resguardo del sitio del suceso y por último, conforme a la letra d), no sólo a la identificación de los testigos, sino que además, en caso de flagrancia, a consignar las declaraciones que aquellos prestaren voluntariamente, como fue el caso, cuyo juzgamiento nos convoca. Por lo que en el actuar de carabineros, en esas primeras diligencias, tampoco se advierte vicio alguno, estando ellas amparadas en las atribuciones de actividad autónoma, sin instrucción del Fiscal.”

3° Que atendido lo planteado en el recurso, cabe comenzar analizando si, en la especie, se presentaba el indicio que justificaba el control de identidad al que fue sometido el imputado, lo que permitió el registro de su mochila y el consiguiente hallazgo de las especies sustraídas momentos antes, producto del cual luego el acusado confiesa su origen ilícito.

De lo anterior se desprende que no reviste mayor relevancia el que los funcionarios se hayan acercado a fiscalizar al imputado creyendo actuar conforme al artículo 12 de la Ley N° 20.931, pues tal actitud no excluye que se puedan configurar paralelamente los presupuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal, como la primera norma expresamente dispone, al prescribir que los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, “*sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal*”.

Por otra parte, estudiar si en el caso de marras se vulneró el derecho a guardar silencio del acusado así como a ser asistido por su abogado defensor, sólo será relevante si se concluye que se cumplían los extremos legales para llevar a cabo el control de identidad, pues de no ser así, dado que la confesión del imputado se presta sólo a raíz del hallazgo de las especies

encontradas producto de aquella diligencia, tales dichos constituyen un fruto de los elementos probatorios ilícitamente obtenidos que, por ende, se tiñe de igual ilicitud.

4° Que, acotado el objeto de este examen, cabe recordar que los elementos que los policías invocan para configurar el o los indicios que justificaron la diligencia de control de identidad, y que el tribunal tuvo por acreditados, los constituyen el que, al avistar a la policía, el acusado se ocultó tras unos matorrales, vestido con ropas oscuras, a las tres de la madrugada, en un sector residencial.

Pues bien, en la sentencia dictada por esta Corte en la causa Rol N° 18.323-16 con fecha diez de mayo de dos mil dieciséis, se estudió la legalidad del control de identidad efectuado por los policías invocando indicios justificantes similares al caso sub judice, correspondiendo a las siguientes actitudes del imputado desplegadas ante la presencia policial: 1) el retorno al interior del pasaje desde la esquina en que se hallaba; y 2) esconderse tras un vehículo. Al respecto, se concluyó que *“las circunstancias objetivas que se presentaron en este caso, a saber, la entrada a un pasaje y posterior ocultamiento de la policía, no son constitutivas de indicios vinculados con la comisión de algún injusto penal, sino que, por el contrario, pueden ser acciones naturales y esperables de la población en general ante la presencia policial, y que pueden tener múltiples motivaciones, desde la mera intención de no interactuar con carabineros, hasta la evasión de un conflicto menor (no portar cédula de identidad o circular en la vía pública con bebidas alcohólicas, a modo de ejemplo). Así, el proceder del sentenciado se presenta como común, cuestión que queda en evidencia desde que, para fundar la diligencia en examen, debió ser interpretado por los policías como evasión para evitar el descubrimiento de una acción de carácter ilícito, añadiendo una intención que no aparece en forma ostensible de la sola conducta, pasando a ser una estimación subjetiva. Sin embargo, el control de identidad, al ser una diligencia que afecta las garantías constitucionales de los ciudadanos, no puede fundarse en apreciaciones subjetivas o interpretaciones de los policías respecto de las motivaciones que habría detrás de las acciones que presentan los individuos, sino que debe sostenerse en circunstancias objetivas y verificables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a luz de los derechos de los justiciables, a una actuación de carácter excepcional como la de la especie.”*

5° Que, huelga explicar que las razones recién reproducidas para afirmar la ilegalidad del actuar policial al llevar a cabo un control de identidad sin indicios objetivos que lo avalen deben predicarse a este caso, en el que las circunstancias alegadas no conforman un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues conductas como las del acusado pueden obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.

7. Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que los jueces del fondo condenaron en base a pruebas obtenidas en un control de identidad ilícito. Vaguedad y amplitud en la denuncia y alejarse del evento no son indicios. (CS 19.06.2018 rol 7983-2018).

La Corte Suprema acoge recurso nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que la sentencia condenatoria por porte ilegal de arma de fuego y receptación fue dictada en conformidad a pruebas derivadas de un control de identidad en infracción de garantías constitucionales referidas al debido proceso. Las circunstancias fácticas que motivan la declaración de la Corte son que: el individuo se encontraba en un cortejo fúnebre portando un bolso, vestía de polerón negro y jeans. Funcionarios policiales reciben una denuncia anónima que hace alusión a la vestimenta de dicho sujeto y da cuenta de que este porta un arma de fuego. Se acercan al individuo, que al verlos se aleja del cortejo. La Corte Suprema establece que “...en este caso la denuncia anónima, aún bajo el supuesto de la existencia de la misma, dada su vaguedad y amplitud, no puede constituir por sí sola un indicio...” toda vez que “...los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de usar las ropas descritas y encontrarse en la actividad referida - que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien aludieron en la denuncia anónima”. También se pronuncia la Corte sobre la conducta de alejarse del cortejo, en el sentido de: “...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 las policías". De esta manera la Corte acogió el recurso, declarando nulo el juicio y la sentencia condenatoria pronunciada por el TOP de Melipilla.

Considerandos relevantes:

4° Que, al sostenerse en el recurso que en el caso sub iudice no se observa la pluralidad de indicios que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio - según depusieron los funcionarios policiales - la denuncia efectuada por una persona no identificada, que refirió que un sujeto con determinadas vestimentas, participaba en un cortejo fúnebre portando un arma de fuego.

Sin perjuicio de lo plausible de los cuestionamientos del recurso a la existencia de dicha denuncia anónima, atendido que los denunciados no fueron individualizados y dado que el tribunal tuvo por cierta su existencia, cabe más bien reparar que en esa alerta no se indican otras características del autor (salvo sus ropas: pelerón negro y jeans) tales como edad, contextura u otros elementos que permitan identificar al denunciado, omisiones que debieron ser salvadas por los funcionarios al constituirse en el lugar señalado. De otra forma, lo expresado importaría aceptar -lo que no resulta posible- que esa sindicación anónima constituía un indicio de que todo aquél que usara tales vestimentas y que participaba en el cortejo en momentos posteriores a la denuncia, estaba expuesto a ser sometido a un control de identidad, con la consiguiente restricción a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.

Sobre este aspecto ha señalado esta Corte que "*Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a las policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona 'determinada'. Es decir, los indicios, cualesquiera que*

ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad” (SCS Rol N° 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016).

Así las cosas, en este caso la denuncia anónima, aún bajo el supuesto de la existencia de la misma, dada su vaguedad y amplitud, no puede constituir por sí sola un indicio de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, ni tampoco, como se demostrará a continuación, puede hacerlo considerada en conjunto con el resto de las circunstancias que pondera el tribunal.

5° Que el tribunal también toma en cuenta como indicio que el sujeto al percatarse de la presencia policial quiso retirarse del lugar. Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de usar las ropas descritas y encontrarse en la actividad referida - que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien aludieron en la denuncia anónima. Ya se dijo que no se aportó en ella su edad, contextura u otro rasgo que contribuyera a su identificación, pero tampoco los policías ven al acusado portar algún elemento u objeto - salvo un bolso - que permitiera sospechar que realizaba o se disponía a realizar los actos referidos en la denuncia -que se encontraba manipulando un arma de fuego - 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, abandona el lugar -se separa del cortejo-, 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.

6° Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de un indicio objetivo de que estuviere cometiendo o intentare cometer un delito, ni de ninguno de los otros supuestos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal

que autorizan esa diligencia y, consecuentemente, permiten a la policía el registro del imputado, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando su derecho a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de manera que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de M.A.B.D. resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la investigación.

Ver también: *CS Rol N° 8167-2017; Rol N° 15.472-2017; Rol N° 41.821-17.*

Prueba

1. Corte Suprema acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, por cuanto los jueces de fondo condenaron en base a prueba que se desprende de una detención en flagrancia declarada ilícita, que no fue excluida en la audiencia de preparación del juicio oral. El voto de disidencia señala que la detención no es ilícita (CS 30.01.2018 rol 44.457-2017).

La defensa alega que la sentencia del 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago indica que no existió vulneración de garantías del acusado, toda vez que la prueba no habría sido excluida en la etapa que correspondía, y por lo tanto, correspondía al TOP valorar conforme al mérito de ella. Frente a ello, la defensa indica que dado que la detención fue declarada ilegal, "(...) toda la actuación de la policía realizada a raíz de dicha detención no se ajustó a derecho, siendo igualmente ilegal, de lo que deviene que también la prueba obtenida de dicho proceder se torna en ilícita".

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indica que "(...) la declaración de ilegalidad de la detención es que ella no produce cosa juzgada en relación a las solicitudes de exclusión de prueba que se efectúen en la audiencia de preparación de juicio oral. Lo anterior significa que no por el hecho de que se haya declarado ilegal la detención, todas las actuaciones o diligencias realizadas en ella son ilegales per se, no obstante lo cual tal mandato debe ser interpretado armónicamente con lo dispuesto en el artículo 276 inciso 3° que prescribe que deben excluirse las diligencias o actuaciones declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales". (Considerando 5°)

"Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo." (Considerando 11°)

2. Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que no se cumplieron los elementos propios de la flagrancia, por lo que todas las actuaciones derivadas de las actuaciones policiales constituyen prueba ilícita (CS 2018.02.19 rol 358-2018).

El Juzgado de Garantía de Cañete dicta una orden de entrada y registro del predio del recurrente, por el avistamiento de un camión que había sido robado. En virtud de ello, Policía de Investigaciones ingresa al domicilio. Luego, una vez dentro del domicilio, a partir de los dichos espontáneos del imputado encuentran e incautan un arma.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indica, respecto a la actuación policial, que “Es necesario tener en cuenta, además, que la entrada y registro configura un caso en que se restringen o perturban los derechos de los ocupantes de un domicilio, motivo por el cual la ley contempla precisas condiciones para su realización en los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal”. (Considerando 3°)

“Al efecto, este tribunal ha señalado reiteradamente que dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

De su tenor, entonces, aparece evidente que en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción”. (Considerando 4°)

Luego concluye que, “La sumatoria de las circunstancias antes dichas permiten concluir que no existía una situación de flagrancia que hubiese permitido la incautación de la especie sin autorización previa, puesto que no hubo una constatación personal de los agentes de la comisión de un delito en los términos de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, sino que, por el contrario, ellos realizaron actividades autónomas de investigación sin habilitación legal para ser practicadas ni sostenidas en una instrucción fiscal y de acuerdo al artículo 129 del Código Procesal Penal, la Policía está obligada a detener a quien “sorprendiere” en la comisión de un delito flagrante. En este caso, el detenido no fue sorprendido “in fraganti”, sino que ante el reconocimiento del imputado de que tenía el arma y verificado que ella se encontraba desarmada en una de las dependencias del inmueble, procedieron a la diligencia, habiendo debido informar al fiscal de las averiguaciones realizadas y así pedir una autorización judicial que permitiera su incautación. Al no haber obrado de tal forma, se llevó a cabo la actuación sin que se haya satisfecho la condición prevista en el artículo 215 del código del ramo, vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos, a saber, la autorización judicial.” (Considerando 6°)

3. Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que al no cumplirse con las formalidades de la cadena de custodia-en especial la falta de control jurisdiccional para el envío de evidencia pasadas las 24hrs.- se vulneran garantías fundamentales correspondientes con el debido proceso (CS 23.05.2018 rol 6288-2018).

La Corte Suprema acoge recurso nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que la investigación que afectaba al imputado no se ciñó a los parámetros legales establecidos en relación a la observancia de la cadena de custodia en el delito de tráfico de estupefacientes. Estableciendo: "Que en lo pertinente a la materia debatida el artículo, 41 de la Ley 20.000 dispone que las sustancias y especies... que sean incautadas...deberán ser entregadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al Servicio de Salud que corresponda. Cuando circunstancias especiales así lo aconsejen, el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, podrá ampliar este plazo hasta en cuarenta y ocho horas, a solicitud de los funcionarios...." Circunstancias que no acudieron al caso particular por lo que "...en especial la falta de control jurisdiccional, revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial y el del Ministerio Público, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política le reconoce y garantiza..." (Considerandos 8° y 11°).

La sentencia se encuentra con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller y la Abogada Integrante Sra. Gajardo, quienes estimaron rechazar el recurso, toda vez que la infracción a los derechos y garantías del art. 373-a debe ser *sustancial*. Situación que no acontece en el caso particular y que por lo tanto correspondería aplicar la sanción administrativa del art. 42 de la ley 20.000.

Considerandos relevantes:

"8° Que en el caso que se revisa, no hay dudas que la remisión de la sustancia incautada al Servicio de Salud excedió las 24 horas establecidas en la ley. En tal evento, la ley impone al persecutor la obligación de requerir al tribunal de garantía la ampliación del plazo hasta por 48 horas, lo que no se verificó, de manera que el tribunal encargado de velar porque se guarden las formas procesales en este caso de excepción no estuvo en condiciones de emitir

un pronunciamiento fundado acerca de la concurrencia de las circunstancias especiales habilitantes que prevé el legislador en el artículo 41 de la Ley 20.000.

9° Que como expresa el recurrente, la indicada norma persigue garantizar al sujeto sometido a persecución penal la fiabilidad de la evidencia que se presenta como prueba de cargo, restringiendo las facultades policiales y del Ministerio Público, lo que el fallo desatiende, aceptando las justificaciones del fiscal sin respaldo probatorio alguno, pues la supuesta negativa del Servicio de Salud de recibir las sustancias prohibidas que la ley le encomienda periciar, no se sostiene más que en los dichos del propio fiscal.

10° Que lo antes dicho cobra especial relevancia por cuanto el tribunal da por establecido que el imputado fue sorprendido luego de entregar a un tercero 54 envoltorios con 1.8 gramos netos de pasta base de cocaína y un envoltorio contenedor de 2.6 gramos netos de la misma sustancia. Sin embargo, los Protocolos de Análisis Químico dan cuenta de haberse recibido dos muestras, de 2.0 y 1.8 gramos netos de sustancia incautada, revelándose una inconsistencia entre las cantidades efectivamente incautadas y las sometidas a análisis químico.

Siendo de cargo del persecutor demostrar en juicio la inexistencia de tal discordancia, nada hizo, salvo asilarse en una injustificada tardanza en periciar la sustancia por parte del servicio de salud, lo que ciertamente coloca al justiciable en la indefensión, cuestión que el fallo acepta, a pretexto de que las explicaciones del fiscal para apartarse de las formas procesales eran bastantes, y aseguraban la identidad de lo incautado y lo periciado.

11° Que tales circunstancias, en especial la falta de control jurisdiccional, revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial y el del Ministerio Público, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política le reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, nada de lo cual aconteció.”

Flagrancia

1. Corte acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, no hay flagrancia cuando la identificación de una sustancia como ilícita requiere de un despliegue complejo de tareas, y por lo tanto el registro de domicilio como actuación autónoma de carabineros no es ajustado a la ley (CS 27.03.2018 rol 2794-2018).

La policía, durante el desarrollo de un procedimiento, presencia un intercambio a través de una reja que relacionan con una transacción de drogas, de manera que llevan a cabo un control de identidad al supuesto adquirente de la sustancia. Así las cosas, constatan que se trata de cocaína, y entonces gestionan la presencia del personal del GOPE para allanar el domicilio, sin informar al fiscal, al que contactan solo una vez que había concluido el ingreso al lugar y ubicadas las sustancias.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indica que "(...) la regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos. Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado -y sometido a control jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos. De su tenor, entonces, aparece evidente que en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción". (Considerando 7º)

Agrega que "(...) la flagrancia alude a un hecho evidente, a aquello que se desprende de su propia luminosidad, todo lo cual se opone o está en contradicción con la existencia de un control de identidad posterior e inmediato a la observación de la transacción, pero del cual

no se obtiene ninguna luz del delito motivo por el cual no presenta ningún aporte para efectos de mantener la evidencia, por el contrario, obliga al traslado del contenedor encontrado en poder del sujeto a la unidad policial para constatar la flagrancia, esto es, la efectiva existencia de una sustancia objeto de control por la Ley 20.000, todo lo cual resta inmediatez a la observación inicial del presunto delito, sin que aquella falta pueda ser sustituida por la mera permanencia de un policía de punto fijo en el exterior del domicilio donde se divisó la operación, lo que por sí solo no logra dar continuidad a la flagrancia oscurecida por el procedimiento de traslado de la evidencia a la unidad policial". Y en relación al ingreso al domicilio indica que "(...) se transformó en un actuar autónomo decidido por el oficial policial a cargo del procedimiento previas coordinaciones con sus superiores al requerir la afluencia de personal policial altamente capacitado para materializar el ingreso al lugar, todo lo cual deja el actuar fuera de los casos taxativamente señalados en el artículo 83 del aludido cuerpo legal, respecto de los cuales el fiscal de turno del Ministerio Público no tuvo participación alguna, vulnerando lo estatuido en el artículo 80 del mismo que establece que las policías ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad del Ministerio Público en su carácter de auxiliares de aquel en su tarea de investigación". (Considerando 10°)

Ver también: *CS Rol N° 6.868-2014*

Doctrina de la "Pureza"

1. Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que al no realizarse el protocolo de análisis de la sustancia encontrada al recurrente no se puede dar cuenta de la afectación del bien jurídico protegido (CS 30.01.2018 rol 43.780-2017).

La defensa interpone un recurso de nulidad, estimando que existe una errónea aplicación de los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000 en relación con el artículo 19 N°3 incisos 9° y 10° de la CPR, toda vez que no existe un informe de pureza de la droga, vulnerándose el principio de lesividad, al no poder determinarse si la sustancia incautada constituye o no el objeto material prohibido por el legislador.

Considerandos relevantes:

6° “Que esta Corte ya ha señalado sobre las alegaciones del recurso 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, 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 Estupefacentes (CONACE), sugerida a su vez por el propio Ministerio Público (...)”.

7° “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 (...)”.

9° “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.”

10° “Que en el caso que se revisa, la sustancia total incautada correspondió a 1.36 gramos de un compuesto que se dice ser Cannabis Sativa. Sin embargo, al no constar los porcentajes de pureza y ni de su posible adulteración con alguna otra sustancia, 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 el acusado 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, como lo hacen los jueces del fondo, lo que vulnera principios básicos de un sistema acusatorio como el que nos rige.”

2. Corte Suprema rechaza nulidad por errónea aplicación de Derecho en caso de condenas por delitos reiterados de microtráfico de cannabis sin determinación de su grado de pureza. VEC SR. Künsemüller (CS 29.03.2018 rol 2701-18).

La defensa interpone recurso de nulidad, indicando que existe una mala aplicación de los artículos 1 y 4 de la Ley N° 20.000.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indica que la modificación del año 2005 buscó la identificación de la salud pública como bien jurídico tutelado en estos casos, requiriendo la acusador que pruebe en el juicio la peligrosidad para salud colectiva la sustancia específica requisada mediante un informe técnico. Pero agrega que, "(...) tales conclusiones deben revisarse en cada caso, a fin de establecer si resultan aplicables a los distintos presupuestos fácticos que se presentan a resolución de esta Corte. En ese orden de cosas, en este caso surge un elemento diferenciador, cual es la reiteración de conductas ilícitas efectuadas por los encausados, en el período que estuvieron sujetos a vigilancia (...)". De manera que se establece que al existir una reiteración de hechos, "(...) se desprende la afectación al bien jurídico protegido requerido por el legislador. Por ello, considerando las circunstancias que se configuran en este caso, respecto de la cannabis sativa incautada, se estima excusada la exigencia de contar con la pureza de la sustancia, para determinar la infracción del bien jurídico protegido". (Considerando 8°)

VEC Ministro Sr. Künsemüller:

Indica que "(...) si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000 no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resulta imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y, por consiguiente, los hechos tenidos por comprobados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (SCS N° 4215-12, de 25 de julio de 2012). En ese sentido, la carencia de informe sobre la pureza de la sustancia dubitada y su composición redundan en la imposibilidad de adquirir la certeza que demanda el artículo 340 del Código Procesal Penal respecto de la lesividad o dañosidad social de la conducta atribuida al enjuiciado". (Considerando 4°)

“Que, en el caso que se revisa, la sustancia total incautada a los acusados N. A. A. E. y M. R. M. S. correspondió a 10,68 gramos brutos de una sustancia que se dice ser cannabis sativa. Sin embargo, al no constar el porcentaje de pureza y el de su posible adulteración con algún ingrediente de "corte", 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 lo único acreditado fue que N.A.A.E. y M.R.M. mantenían dosis de "algo" en lo que había presencia de 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.” (Considerando 5°)

3. Corte Suprema acoge recurso de nulidad, por cuanto no se realiza el protocolo de análisis de pureza de droga, por lo que no se da cuenta de la lesividad al bien jurídico protegido (CS 02.05.2018 rol 5122-18)

La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, toda vez que se ha condenado al recurrente por el delito de tráfico ilícito de drogas, sin llevar a cabo el protocolo de análisis de pureza de la sustancia incautada. Así, el máximo tribunal hace referencia a la nueva legislación que exige dicha pericia para indicar la afectación del bien jurídico resguardado.

Considerandos relevantes:

“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 (...)"'. (Considerando 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, 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 (...). Ello, porque 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 a los enjuiciados y, por ende, respecto de la existencia del delito. ". (Considerando 5°)

4. La Corte Suprema rechaza recurso de nulidad, indicando que el protocolo de análisis del artículo 43 de la Ley N° 20.000 sirve para que el juez tenga un mejor conocimiento de las características de la sustancia, pero en ningún momento sirve para indicar que la sustancia no es droga. VEC Srs. Juica y Künsemüller (CS 02.05.2018 rol 5258-18).

La defensa alega que se realizó un protocolo de análisis de la sustancia incautada en el Servicio de Salud de Antofagasta, que indicó que se trataba de vegetales del género cannabis, pero no se llevó a cabo el análisis que indica el artículo 43 de la L20.000.

Considerandos relevantes:

La Corte Suprema indica que el protocolo de análisis del cual habla el artículo 43 de la ley antes referida se encuentra dentro del párrafo "medidas para asegurar el mejor resultado de la investigación", y pasa a decir 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 dada tales características, la sustancia en cuestión – marihuana – deja 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 4º de la Ley Nº 20.000, incorporándolo como un elemento de juicio más y que, en el caso de estos antecedentes no fue materia de discusión”.

VEC Ministros Sres. Juica y Künsemüller:

Indican 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 y grado de pureza. Esta Corte ha resuelto que si el informe regulado en el artículo 43 de la Ley Nº 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 probados no pueden ser castigados como tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (...)”.

Ver también: *SSCS Rol Nº 37.973-2017; Rol Nº 39.641-2017; Rol Nº 40.871-2017; Rol Nº 41.415-17.*

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Delito de homicidio simple

1. Tribunal Constitucional acoge recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ley 18216 es aplicable en caso de homicidio simple. (TC 07.05.2018, rol N° 4048-2017).

La requirente fue condenada por TOP de Los Andes como autora del delito de homicidio simple, recurriendo de nulidad y apelación subsidiaria ante la CA de Valparaíso, instancias suspendidas ante el trámite sometido al TC.

El Tribunal Constitucional acoge recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por la defensa, respecto del art. 1° inc. 2° de la Ley N° 18.216, haciendo aplicable en el caso sub lite -homicidio simple- dicha normativa aunque dicho delito se encontrare excluido de esta posibilidad según la modificación introducida por la ley 20.779.

Considerandos relevantes:

“5° Que, una **primera línea argumentativa**, desarrollada, a vía ejemplar, en la STC Rol N° 3062, plantea como elemento de juicio inicial, que el derecho a punir o *ius puniendi*, no constituye un derecho absoluto del Estado sobre la persona del imputado. En tal sentido, y como consideración inicial, se sostiene que dicho derecho a punir corresponde no sólo al Estado, sino a la sociedad para la defensa de la propia existencia contra los hechos dañosos de los sujetos que cometen ilícitos. Se resalta que, a partir del valor fundamental de la dignidad humana, el cual tiene reconocimiento constitucional, se sustentan múltiples principios limitadores del *ius puniendi* que pueden reconocerse en diversos preceptos de la Carta Fundamental, tales como los artículos 19, N°s 1°, 2°, 3° y 7° (letras g y h), entre otros. Se destaca que detrás del fenómeno de la constitucionalización del derecho penal se encuentra la idea de que las normas constitucionales deben interpretarse a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales;

6° Que, en consideración a diversos principios constitucionales, entre ellos el principio general de humanidad basado en el valor de la dignidad humana, y al hecho de que la pena es, básicamente, privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley. Por

consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse sólo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. Lo anterior permite entender por qué el legislador no puede prescindir, al establecer las reglas de punición de delitos, de la finalidad de reinserción social de los condenados, lo que implica el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección de las víctimas;

7°. Que, unido a lo anterior, la aplicación de las penas sustitutivas de aquellas privativas de libertad no es sinónimo de impunidad. De hecho, éstas tienen el carácter de pena y operan con una intensidad importante, como ocurre, por ejemplo, como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. Las penas alternativas tienen el carácter de penas en cuanto restringen, en mayor o menor medida, la libertad personal y tienen por objetivo el control de las personas condenadas, su reinserción social y no reincidencia. No se trata de un “beneficio” otorgado al condenado, sino de una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad, pudiendo ser revocada en el evento de ser incumplida. La Ley N°20.603 reforzó el carácter punitivo de las medidas establecidas en la Ley N°18.216, eliminando su denominación de alternativas para denominarlas “penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”;

8° Que, de acuerdo a lo expuesto, la disposición que restringe la aplicación de las penas sustitutivas de privación de libertad resulta desproporcionada e inequitativa respecto de personas condenadas e incluso por delitos de mayor gravedad; además es inidónea para cumplir los fines de reinserción social y protección de la víctima que tiene la pena. En efecto, se recuerda que históricamente los sistemas de prisión no han sido capaces de lograr la rehabilitación de las personas sujetas a régimen carcelario. Las penas sustitutivas en cambio, constituyen medidas de mayor equilibrio entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública;”