



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**UNIDAD DE CORTE BOLETÍN DE  
JURISPRUDENCIA CORTE  
SUPREMA: SALA PENAL marzo  
2020**

## Tabla de contenido

I. Acción Constitucional de Amparo .....	3
1.1 Amparo en contexto de "estallido social" .....	12
II. Recurso de Nulidad .....	15

## I. Acción Constitucional de Amparo

La resolución que decreta prisión preventiva debe referir todos los antecedentes que tuvo en consideración para dar por cumplidos los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal.

**Corte Suprema revoca la sentencia de Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso de amparo, y ordenando la inmediata liberación de la recurrente. El fallo estima que la sentencia de la Corte de Apelaciones adolece de falta de fundamentación, ya que no se hace cargo de cómo estimó concurrente los requisitos establecidos en el artículo 140 del CPP para imponer la prisión preventiva. [\(CS 2020.03.12 ROL 27419-20\)](#).**

La Corte Suprema revocó la sentencia de Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso de amparo interpuesto por la defensa. Esto es: ordenando la liberación inmediata de la amparada -manteniendo la medida cautelar de arraigo nacional- decretada originariamente en sede de garantía cuando se formalizó la investigación por delito de infanticidio. Tal decisión fue adoptada puesto que el juez de garantía no tuvo por suficientes los antecedentes que se aportaron para probar la ocurrencia del delito. La decisión de la Corte se funda en que la resolución impugnada no se encuentra debidamente fundamentada, toda vez que no se hace cargo, en particular, de la letra c) del artículo 140 CPP, esto es: necesidad de cautela. La misma Corte señala que la fundamentación que se exige para este tipo de resoluciones supone que se expongan de forma “clara y precisa” los antecedentes que se tuvieron en consideración para acreditar los requisitos de la prisión preventiva.

Considerandos relevantes:

*“Quinto: Que, en concordancia con lo anterior, para que el juez pueda decretar la prisión preventiva, el solicitante -Ministerio Público o querellante deberá acreditar que se cumplen los requisitos contemplados en las letras a), b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, debiendo el tribunal detallar, precisar o acotar, y analizar, los que le fueron útiles para tener por concurrentes cada uno de los extremos del artículo 140, para justificar la imposición de esa cautelar, como lo demanda el artículo 143, del mismo cuerpo legal mencionado.*

*En síntesis, conforme se ha venido sosteniendo por esta Corte en la materia debe tratarse de una resolución que, sin necesidad de cumplir las exigencias de fundamentación propias de una sentencia condenatoria, en forma “clara y precisa” exponga los antecedentes calificados por los que se tuvieron por acreditados, los requisitos que el artículo 140 del Código Procesal Penal prevé para ello. (SCS Rol N° 4688-11 de 31 de mayo de 2011, Rol N° 5437-12 de 19 de julio de 2012, Rol N° 23.772-14 de 10 de septiembre de 2014 y Rol N° 6659-15 de 22 de mayo de 2015).*

*Por otro lado, esta Corte también ha puesto énfasis en que la fundamentación de la resolución que dispone la medida de prisión preventiva “es el antecedente inmediato que la justifica en términos de permitir la sociabilización de la misma a la vez que el adecuado control por los intervinientes de las resoluciones jurisdiccionales” (SCS Rol N° 5858-2012 de 6 de agosto de 2012).”*

*“Séptimo: Que, atendido los razonamientos que preceden, aparece de manifiesto que la resolución impugnada por el presente recurso de amparo, revocatoria de la que*

denegó la prisión preventiva de la amparada disponiendo, de contrario, dicha medida cautelar, carece de toda fundamentación, al omitir el análisis sobre los extremos que exige el artículo 140 del Código Procesal Penal para su procedencia, al menos en relación al requisito de la letra c), de modo que en el presente caso no se ha producido el debido examen de la cuestión debatida, teniendo para ello en consideración, que la falta de fundamentación de cualquiera de estos torna en ilegal la privación de libertad que emana de ella”.

### **La ampliación del plazo de investigación, por más del máximo legal, habilita la interposición de recurso de amparo cuando el imputado esta en prisión preventiva**

**Corte Suprema revoca la sentencia de Corte de Apelaciones en que se declaraba inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por la defensa. Esto, ya que entiende que la ampliación de plazo de investigación, resuelta por el juez de garantía, que excede lo permitido por el artículo 38 inciso 2 de la ley 20.084 es motivo de amparo. [\(CS 2020.03.12 ROL 27458-20\)](#)**

La Corte Suprema revocó la sentencia de Corte de Apelaciones, toda vez que entiende que el recurso describe una de las situaciones en que la Constitución habilita el ejercicio de la acción constitucional de amparo. Por lo cual, declara admisible el recurso, disponiendo que una sala no inhabilitada conozca el fondo. La situación fáctica que funda el recurso, es que, en audiencia de ampliación de plazo de investigación, el juez de garantía concedió dicha ampliación por el término de 80 días, lo cual excede el máximo permitido por ley, esto es: 2 meses. La resolución impugnada deviene en una vulneración al artículo 21 de la CPR toda vez que el menor de edad se encontraba sometido a medida cautelar del artículo 155 CPP. En contra, el Ministro Sr. Künsemüller y Abogado Integrante Sr. Lagos, estuvieron por confirmar el rechazo del recurso.

Considerando relevante:

*“Que del texto del recurso aparece que la situación descrita con stituye uno de los supuestos previstos en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, por lo que su mérito deberá decidirse al conocer del fondo de la acción deducida, **se revoca** la resolución apelada de siete de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 481-2020, por la cual se declaró inadmisibile la acción de amparo interpuesta, y en su lugar se dispone que aquélla es **admisible**, debiendo una sala no inhabilitada de la Corte de Apelaciones antes señalada darle la tramitación que en derecho corresponda, a fin de pronunciarse derechamente sobre el amparo deducido.*

**Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Künsemüller y el Abogado Integrante Sr. Lagos, quienes estuvieron por confirmar la sentencia apelada en virtud de sus propios fundamentos.”**

### **Cuando se discute la prescripción penal, es procedente el recurso de amparo contra la resolución que decreta la internación provisoria**

**Corte Suprema revoca la sentencia de Corte de Apelaciones en que se declaraba inadmisibile el recurso de amparo interpuesto por la defensa. Esto, ya que, entiende que la decisión de la jueza de garantía de decretar internación provisoria, en el**

**contexto en que se alega la prescripción de la responsabilidad del menor, es de aquellas situaciones que habilitan la interposición de la acción constitucional de amparo conforme al artículo 21 CPR. ([CS 2020.03.12 ROL 27463-20](#))**

La Corte Suprema revocó la sentencia de Corte de Apelaciones, toda vez que entiende que el recurso describe una de las situaciones en que la Constitución habilita el ejercicio de la acción constitucional de amparo. Por lo cual, declara admisible el recurso, disponiendo que una sala no inhabilitada conozca el fondo. La situación fáctica que funda el recurso es que, en audiencia de control de detención, la jueza de garantía decretó la medida de internación provisoria en contra del amparado, sin tomar en consideración la alegación de prescripción de responsabilidad que alza la defensa. La Corte entiende que dicha situación es una de aquellas en que debe admitirse el recurso, toda vez que la libertad del menor esta sujeta a la interpretación que se realice de las normas de prescripción. En contra, el Ministro Sr. Lagos, estuvo por confirmar la sentencia apelada.

#### **Considerando relevante:**

*“Que del texto del recurso aparece que la situación descrita constituye uno de los supuestos previstos en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, toda vez que la libertad personal del amparado puede verse amagada por la interpretación de las normas relativas a la prescripción penal, por lo que su mérito deberá decidirse al conocer del fondo de la acción deducida, **se revoca** la resolución apelada de cinco de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 457 2020, por la cual se declaró inadmisibile la acción de amparo interpuesta, y en su lugar se dispone que aquélla es **admisible**, debiendo una sala no inhabilitada de la Corte de Apelaciones antes señalada darle la tramitación que en derecho corresponda, a fin de pronunciarse derechamente sobre el amparo deducido.*

***Acordada con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Lagos, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada en virtud de sus propios fundamentos.”***

#### **La prescripción no es materia de amparo**

**Corte Suprema confirman la sentencia re currida, por lo tanto, rechaza el recurso de amparo. En el fallo impugnado, la Corte de Apelaciones se ñala que la prescripción es materia que debe resolverse al conocer del fondo, por tanto, no cabe referirse a ella ni en este estadio procesal ni a razón de un recurso de amparo. ([CS 2020.03.26 ROL 33104-20](#)).**

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Corte de Apelaciones en que se rechazó el recurso de amparo. La sentencia recurrida tuvo como principal fundamento que: la prescripción es materia de fondo, por tanto, no cabe referirse a ella en este estadio procesal, que está determinado por haberse motivado dada la interposición de un recurso de amparo.

Considerandos relevantes:

***“Se confirma** la sentencia apelada de dieciocho de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 457-20”*

***“Cuarto:** Que esta Corte estima que decidir sobre la prescripción de la acción penal del delito respecto de la cual el amparado ha sido formalizado, no es materia que pueda*

*resolverse en este estadio procesal, menos por vía de la acción constitucional, sino que es una cuestión de fondo que debe formularse y resolverse reunidos o recopilados todos los antecedentes y dándosele la posibilidad de discutirlo a todos los intervinientes.*

*Que, en consecuencia, esta Corte estima que B.I.F.V se encuentra actualmente privado de libertad mediante la medida cautelar de internación provisoria en uno de los casos que dispone la Ley, por lo que el recurso será rechazado.” (SCA ROL N°457-20, Santiago)*

### **Procederá el abono en causa diversa (heterogéneo) cuando la privación de libertad en la primera de las causas haya sido injusta**

**Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto por la defensa, ordenando que se abone, a la actual condena, el tiempo en que el amparado estuvo sujeto a prisión preventiva. Con este fallo la Corte concede, lo que se ha denominado abono heterogéneo, y lo hace teniendo en consideración que el tiempo sujeto a la cautelar más restrictiva del ordenamiento jurídico fue injusto, ya que, posteriormente el amparado fue absuelto. [\(CS 2020.03.24 ROL 30559-20\)](#)**

La Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto de la defensa, en el cual se solicitaba conceder el abono heterogéneo. Esto supone, que se computara para la condena actual el tiempo sometido a la cautelar de prisión preventiva, en proceso en que fue absuelto. La Corte resuelve: (1) Si bien las normas que regulan el abono no se refieren especialmente al heterogéneo, tampoco lo prohíben; (2) Debido a lo anterior, es que el juez debe recurrir a los principios generales y al sentido general de la legislación vigente; (3) El derecho procesal penal chileno, así como el comparado, prefiere medidas cautelares menos restrictivas que la de prisión preventiva por tener como principal valor la libertad; (4) No puede exigirse a una persona que simplemente soporte una privación de libertad injusta, sobre todo cuando, antes de que dicha restricción prescriba, debe cumplir otra pena privativa de libertad; (5) No subsana la anterior injusticia la posibilidad de accionar conforme al artículo 19 N°7 letra i); (6) Las normas penales han de ser interpretadas restrictivamente solo en tanto sean limitativas de derechos fundamentales, no así si estas tienen efectos libertarios; (7) En virtud de lo anterior, cuando el juez ad quo resuelve negando el abono por no cumplir los requisitos de tramitación conjunta, incurre en una ilegalidad, ya que añade requisitos no contemplados en la norma, con lo cual se vulnera el principio in dubio pro reo. Visto todo lo anterior, la Corte decide revocar la sentencia y ordena abonar el tiempo sufrido en prisión preventiva a la pena impuesta en el presente caso.

Considerandos relevantes:

*“6.- Que, en las condiciones dichas, es indudable que la legislación vigente deja sin resolver expresamente el problema del abono de los tiempos que reúnan las características del solicitado en estos autos; esto es, de un período de prisión preventiva correspondiente a un proceso anterior, en que fue absuelto, al segundo proceso, en que cumple actualmente una condena privativa de libertad. Por ello, debe el juzgador cumplir su obligación ineludible de decidir la cuestión planteada recurriendo a los principios generales del derecho y al sentido general de la legislación nacional e internacional.*

*7.- Que entendiendo que el pronunciamiento que acá se emite afecta sólo al presente caso, cuyo contenido se trata de solucionar, estima esta Corte que corresponde*

acoger lo solicitado por el recurrente, conforme, entre otros, a los siguientes razonamientos que se orientan en esa dirección.

a) *La normativa procesal penal —tanto el Código Procesal Penal como la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente—, acorde con la constitucional y de derecho internacional, prefiere claramente medidas cautelares personales menos gravosas que la privación de libertad transitoria —prisión preventiva o internación provisoria—, lo cual supone reconocer el valor superior de la libertad y el carácter ofensivo para el derecho a ella que importa su privación.*

b) *Si la privación temporal de la libertad resulta injustificada, como en este caso en que el afectado por la prisión preventiva fue absuelto, conforme al artículo 347 del Código Procesal Penal de los cargos, no puede exigírsele que simplemente se conforme con esa injusticia que derivó de un exceso en el ejercicio del ius puniendi del Estado; en especial si después de ello y dentro de los plazos de prescripción, debe cumplir una condena privativa de libertad.*

c) *No parece suficiente ni lógico que, para reparar esa injusticia, el afectado sólo tenga como vía de solución intentar obtener —a su costa— la declaración señalada en el artículo 19 N°7, letra i) de la carta política, y emprender posteriormente la tramitación de un juicio sumario que pueda entregarle una indemnización, luego de bastante tiempo.*

d) *Las normas penales deben ser interpretadas restrictivamente sólo en el caso de afectar derechos fundamentales de los imputados, pero no cuando ellas dicen relación con los efectos libertarios de cualquier apremio o restricción a su libertad, como ocurre con el abono pedido por el amparado, conforme a las características ya descritas; lo que está en concordancia con la garantía que reconoce el artículo 19, N°7 de la Constitución y con la norma del artículo 5° del Código Procesal Penal que dispone: “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.”*

8.- *Qué, en consecuencia, al decidirse por el juez recurrido que en la especie no procede la imputación de abonos en causa diversa, por no concurrir el requisito de tramitación conjunta contemplado en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 348 del Código Procesal Penal, ha incurrido en una ilegalidad, puesto que incorporó al precepto requisitos que no contempla y que no es posible aceptar, sin vulnerar el principio rector de interpretación restrictiva de la ley procesal penal, en cuanto afecta derechos constitucionales del penado, con incidencia tanto en lo procesal como en la interpretación de la ley; entre cuyos criterios está el que afirma que en caso de duda se resuelve a favor del acusado, o en caso de duda se resuelve en el sentido favorable al imputado (Sergio Politoff, Derecho Penal, Tomo I, pág. 133).”*

**Es procedente el abono heterogéneo por el tiempo en que el imputado injustamente estuvo sometido a arresto domiciliario nocturno**

**Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto por la defensa, ordenando que se abone, a la actual condena, el tiempo de arresto domiciliario nocturno a que estuvo**

**sujeto el amparado. La Corte tiene en especial consideración que el tiempo sometido a la cautelar fue injusto, toda vez que en el referido caso el amparado fue absuelto. [\(CS 2020.03.24 ROL 30580-20\)](#)**

La Corte Suprema acoge recurso de amparo interpuesto de la defensa, en el cual se solicitaba que se abonara el tiempo arresto domiciliario nocturno -sufrido por el recurrente-, en proceso en que fue absuelto, al de condena por el que se lo enjuicia actualmente. Al respecto, la Corte razona: (1) Si bien las norma que regulan el abono no se refieren especialmente al heterogéneo, tampoco lo prohíben; (2) Debido a lo anterior, es que el juez debe recurrir a los principios generales y al sentido general de la legislación vigente; (3) El derecho procesal penal chilena prefiere medidas cautelares menos restrictivas que la de prisión preventiva por tener como principal valor la libertad; (4) No puede exigírsele a una persona que simplemente soporte una privación de libertad injusta, sobre todo cuando, antes de que dicha restricción prescriba, debe cumplir otra pena privativa de libertad; (5) No subsana la anterior injusticia la posibilidad de accionar conforme al artículo 19 N°7 letra i); (6) Las normas penales han de ser interpretadas restrictivamente solo en tanto sean limitativas de derechos fundamentales, no así si estas tienen efectos libertarios; (7) En virtud de lo anterior, cuando el juez ad quo resuelve negando el abono por no cumplir los requisitos de tramitación conjunta, incurre en una legalidad ya que añade requisitos no contemplados en la norma, con lo cual se vulnera el principio in dubio pro reo. Visto todo lo anterior, la Corte decide revocar la sentencia y ordena abonar el tiempo sufrido en arresto domiciliario nocturno a la pena impuesta en el presente caso

Considerandos relevantes:

*“b) Si la privación temporal de la libertad resulta injustificada, como en este caso en que el afectado por el arresto domiciliario nocturno fue absuelto, conforme al artículo 347 del Código Procesal Penal de los cargos, no puede exigírsele que simplemente se conforme con esa injusticia que derivó de un exceso en el ejercicio del ius puniendi del Estado; en especial si después de ello y dentro de los plazos de prescripción, debe cumplir una condena privativa de libertad.*

*c) No parece suficiente ni lógico que, para reparar esa injusticia, el afectado sólo tenga como vía de solución intentar obtener —a su costa— la declaración señalada en el artículo 19 N°7, letra i) de la carta política, y emprender posteriormente la tramitación de un juicio sumario que pueda entregarle una indemnización, luego de bastante tiempo.*

*d) Las normas penales deben ser interpretadas restrictivamente sólo en el caso de afectar derechos fundamentales de los imputados, pero no cuando ellas dicen relación con los efectos libertarios de cualquier apremio o restricción a su libertad, como ocurre con el abono pedido por el amparado, conforme a las características ya descritas; lo que está en concordancia con la garantía que reconoce el artículo 19, N°7 de la Constitución y con la norma del artículo 5° del Código Procesal Penal que dispone: “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.”*

*8.- Qué, en consecuencia, al decidirse por el juez recurrido que en la especie no procede la imputación de abonos en causa diversa, por no concurrir el requisito de*



*tramitación conjunta contemplado en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 348 del Código Procesal Penal, ha incurrido en una ilegalidad, puesto que incorporó al precepto requisitos que no contempla y que no es posible aceptar, sin vulnerar el principio rector de interpretación restrictiva de la ley procesal penal, en cuanto afecta derechos constitucionales del penado, con incidencia tanto en lo procesal como en la interpretación de la ley; entre cuyos criterios está el que afirma que en caso de duda se resuelve a favor del acusado, o en caso de duda se resuelve en el sentido favorable al imputado (Sergio Politoff, Derecho Penal, Tomo I, pág. 133).”*

### **Revoca prisión preventiva, sustituyéndola por internación provisoria, ya que existen antecedentes para presumir la enajenación del amparado**

**Corte Suprema acoge recurso de amparo, porque entiende que existen antecedentes de que el amparado padece de aquellas patologías que pueden enmarcarse en “enajenación”. Por lo tanto, ordena la sustitución de la cautelar de prisión preventiva por la de internación provisoria, además conmina al juez de garantía a oficiar al Servicio Médico Legal para que realice las pericias psiquiátricas de rigor, para establecer el estado mental de recurrente. [\(CS 2020.03.26 ROL 33107-20\)](#)**

La Corte Suprema acoge el recurso de amparo interpuesto por la defensa, ya que, entiende que el juez de garantía debió decretar la suspensión del procedimiento, debido a: (1) Se cumplían los requisitos del artículo 458 CPP, atendido el informe emitido por el hospital penitenciario, habían antecedentes fundados para presumir la inimputabilidad por enajenación mental; (2) El mismo informe concluye que el amparado es un peligro para terceros, atendido lo cual debiese procederse a decretar la cautelar del artículo 464 del CPP, esto es: internación provisoria, y no la prisión preventiva. Atendido lo anterior la Corte acoge el recurso, decretando la internación provisoria. Además, declara suspendido el proceso, y ordena al juez de garantía oficiar al Servicio Médico Legal, para que este practique las pericias de rigor.

Considerandos relevantes:

*“1. Que del mérito de los antecedentes, en particular del informe psiquiátrico emitido por el hospital penitenciario, instrumento que da cuenta que el amparado está diagnosticado con una esquizofrenia paranoide no tratada y que se encontraba -al momento de su detención- en un estado sicótico, delirante y muy paranoico, es posible colegir que a la fecha de llevarse a cabo la audiencia ante el juzgado de garantía de Castro, existían elementos suficientes para presumir fundadamente su inimputabilidad por enajenación mental, en cuanto se encontraba satisfecha la hipótesis contenida en el artículo 458 del Código Procesal Penal.*

*Así las cosas, debió decretarse por el juez recurrido la suspensión del procedimiento y disponerse la realización de las pericias de rigor respecto del amparado.*

*2. Que en el mismo sentido, el citado informe establece en su parte conclusiva que el amparado es potencialmente agresivo con terceros, lo que permite concluir que con su mérito se satisface la exigencia que para decretar la internación provisional contempla el artículo 464 del Código Procesal Penal, por lo que se decretará tal medida de privación de libertad, dejando sin efecto la cautelar de prisión preventiva que actualmente pende sobre el recurrente.*

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta Fundamental, **se revoca** la sentencia apelada de dieciocho de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en el Ingreso Corte N° 47-20, por la cual se rechazó la acción de amparo interpuesta, y en su lugar se declara que se acoge la misma, disponiéndose lo siguiente:

1. Se suspende, en los términos del artículo 458 del Código Procesal Penal, el procedimiento seguido en los autos Rit 490-2020, del juzgado de garantía de Puerto Varas respecto del amparado M.A.A.A.

2. El juez de garantía recurrido, deberá oficiar al Servicio Médico Legal a fin de que dicha institución practique la pericia psiquiátrica de rigor respecto del recurrente.

3. Se decreta a su respecto la medida de internación provisional, la que deberá ser cumplida en un recinto hospitalario de carácter psiquiátrico.

4. Se deja sin efecto la medida cautelar de prisión preventiva a la que éste se encuentra actualmente sujeto.”

**Concede abono en la misma causa respecto del tiempo en el que el imputado estuvo sometido a la pena de expulsión antes de ser revocada.**

**Corte Suprema resuelve confirmando la sentencia de Corte de apelaciones de Iquique, fallo en que se acogió el recurso de amparo. Lo anterior, atendido que la ICA estima que la expulsión constituye pena -y la ley dispone expresamente que de su incumplimiento sobrevendrá la sustitución de esta por prisión -, por tanto, debe este término abonarse al saldo restante. ([CS 2020.03.26 ROL 33121-20](#))**

La Corte Suprema confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones en que se acogió el recurso de amparo. En este se impugnaba resolución del juez de garantía en que se negó el abono del tiempo que el recurrente cumplió la pena sustitutiva de expulsión al saldo a cumplirse en prisión efectiva. El recurso se fundamenta en que, debido a la revocación de la pena de expulsión por la de prisión, el tiempo en que el amparado cumplió efectivamente la primera pena debe abonarse. En este sentido, se solicita el abono del referido tiempo, así como el sometido a prisión preventiva, al total de pena, cuyo saldo deberá cumplirse en prisión. La Corte de Apelaciones, razona: (1) Atendido el artículo 1 de la Ley 18.216 la “expulsión” es de aquellas medidas que el ordenamiento jurídico tiene como “pena”; (2) Ante el incumplimiento de esta pena, el inciso final del artículo 34 Ley 18.216, establece que se revocará la misma, debiendo cumplirse el término restante sometido a pena privativa de libertad; (3) El tribunal desestima el argumento de que debe rechazarse el abono por ser penas de distinta naturaleza, ya que, estima que esto no tiene fundamento legal, sino todo lo contrario; (4) Las normas procesales, así como la interpretación de la ley, están regidas por los principios in dubio pro reo. Esto lleva a solo poder interpretar restrictivamente las disposiciones que limiten los derechos del imputado, no así aquellas cuyo efecto sea libertario. Por lo anterior, la Corte de Apelaciones estuvo por acoger la acción constitucional de amparo, ordenando abonar el tiempo sometido a la pena sustitutiva de expulsión -así como el que estuvo en prisión preventiva-, al saldo restante. La Corte Suprema, resuelve confirmando la sentencia de Corte de Apelaciones, y ordena al juez de ejecución de la sentencia determinar precisamente el tiempo que se abonará.

Considerandos relevantes:

**“Se confirma** la sentencia apelada de dieciocho de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, en el Ingreso Corte N° 44-20, debiendo el juez a cargo de la ejecución de la sentencia determinar con precisión el tiempo de abono que corresponde al amparado por estos autos, citando a audiencia al efecto.”

**“TERCERO:** Primeramente es imprescindible, con la finalidad de ordenar la discusión que plantea el presente recurso, preguntarse qué naturaleza tiene la medida de expulsión a que alude el artículo 34 de la Ley 18.216, de esta manera, importante es fijar que conforme el artículo 1° de la ley antes señalada la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas: **e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.**

En consecuencia, la medida de expulsión es de aquellas catalogadas como **pena**, la que sin dudas tiene la especial forma de cumplirse fuera del país, impidiendo el ingreso del condenado por el término de 10 años desde la fecha de la sustitución de la pena, esto es, en el caso que nos ocupa, el 28 de enero de 2015.

**CUARTO:** Ahora, corresponde preguntarse una vez establecido que la medida de expulsión es una manera de cumplir la sentencia, qué pasaría en caso de incumplimiento. Para eso se debe transcribir el inciso final del artículo 34 de la Ley 18.216 que reza lo siguiente: “En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.”

Conforme los antecedentes aportados, la norma antes referida resulta aplicable al amparado, ello desde que, se dan los presupuestos que allí se mencionan por cuanto el sentenciado regresó al país tras nuevamente ser sorprendido por su participación en un delito de aquellos sancionados por la Ley N° 20.000.

**QUINTO:** A continuación y como parte central del debate, es poder determinar si el tiempo que estuvo el amparado fuera del territorio nacional, debe ser computado junto al periodo que estuvo privado de libertad con ocasión de la causa.

Para lo anterior, se debe recurrir al artículo 26 de la ya tanta veces citada Ley N° 18.216, precepto que dispone que en el evento de dejar sin efecto la pena sustitutiva impuesta, sea como consecuencia de un incumplimiento o por haber sido quebrantada, se deberá someter al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas.

En este punto, si bien el señor juez recurrido al informar, explica que no procede el abono, entre otras cosas, por tratarse de penas de distinta naturaleza, esta aseveración no tiene fundamento legal alguno, sino que por el contrario, todas las penas sustitutivas pueden ser modificadas o revocadas por diversos motivos, no siendo impedimento el ser de naturalezas distintas, tales como las penas sustitutivas de remisión condicional de la pena o las penas de libertad vigilada en cualquiera de sus modalidades.

Que, si bien podría ser criticada la forma en que se resolverá, no debe olvidarse que las normas no pueden ser aplicadas o interpretadas de manera antojadiza o en perjuicio, en este caso, del sentenciado.

**SEXTO:** De esta manera, parece necesario apoyarse en el inciso 2° del artículo 5° del Código Procesal Penal, el cual señala que las disposiciones que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía. Según la historia de la ley, la libertad del imputado sólo cabe restringirla a modo de cautela y para asegurar la aplicación de la ley punitiva. Al aplicar toda esta normativa en forma restrictiva, lo que se busca en definitiva es que su aplicación se limite taxativamente a lo determinado en la propia disposición legal.

Lo anterior, es ratificado por el denominado principio *in dubio pro reo* consagrado en nuestra Carta Fundamental, principio que existe para el fortalecimiento de las garantías, en materia de derechos fundamentales del sujeto frente al poder punitivo del Estado, se estructura sobre un conjunto de principios que, como el “*in dubio pro reo*”, no sólo inciden en lo eminentemente procesal, sino también en la interpretación de la ley, entre los distintos criterios informadores de aquella labor hermenéutica, figurando el ya mencionado, esto es, que en caso de duda se resuelve a favor del procesado.” (SCA ROL 44-2020, Iquique)

## 1.1 AMPAROS EN CONTEXTO DE ESTALLIDO SOCIAL

**El voto en contra exige la mención de situaciones personales del imputado para tener por cumplidos los requisitos de la prisión preventiva**

**Corte Suprema confirma la sentencia de Corte de Apelaciones, rechazando el recurso de amparo. En contra, los Ministros Sres. Brito y Dahm, estuvieron por acoger la acción constitucional de amparo, por considerar que la sentencia recurrida vulnera el deber de fundamentación. Lo anterior, puesto que el cuestionado fallo refiere circunstancias generales establecidas en la formalización -por el delito de atentado explosivo o incendiario. art. 2 N° 4 ley 18.314- para tener por cumplidos los requisitos del artículo 140. Los disidentes, en cambio, estiman que este deber solo se ve satisfecho cuando se señalan situaciones personales de cada imputado al que le es impuesta la cautelar. [\(CS 2020.03.27 ROL 33141-20\)](#).**

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Corte de Apelaciones en que declaró rechazó el recurso de amparo interpuesto por la defensa. El Ministro Sr. Künsemüller concurre previniendo que para que proceda este tipo de recursos se requiere una “amenaza o perturbación ilegal a la libertad ambulatoria”. En contra los Ministros Sres. Brito y Dahm estuvieron por acoger la acción de amparo, teniendo como fundamentos: (1) La resoluciones que decreten la prisión preventiva han de ser fundadas conforme al artículo 143 CPP; (2) Lo anterior se vincula con la exigencia de detallar, tanto circunstancias fácticas, como razones jurídicas que sustenten la decisión respecto al comportamiento desplegado por el imputado; (3) En particular, los disidentes señalan que la sentencia cuestionada infringe el deber de fundamentación. Esto, ya que, no singulariza los razonamientos que sirven de base para, respecto de cada uno de los imputados, entender cumplidas las exigencias del artículo 140 letra a), b) y c). A mayor abundamiento, se señalan que este deber no se satisface con la enunciación general de circunstancias fácticas por las que se formaliza, sino que deben referirse situaciones personales de cada imputado. En

virtud de lo anterior, están por acoger la acción constitucional de amparo, entendiendo que la cuestionada resolución afectó ilegalmente la libertad personal del recurrente.

Considerandos relevantes:

**“Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Dahm, quienes estuvieron por revocar la resolución apelada y acoger la acción por los siguientes fundamentos:**

**1°** Que la norma de aplicación general prevista en el artículo 36 del Código Procesal Penal dispone que todas las resoluciones judiciales que se dictaren, con excepción de aquellas de “mero trámite”, deben ser fundamentadas, esto es habrán de entregar los hechos y las razones jurídicas que las justifiquen. Por su parte el artículo 122 del mismo código, al regular las medidas cautelares, previene como norma basal que todas estas medidas “serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”. El artículo 143 del citado código, al regular la prisión preventiva señala que al concluir la audiencia respectiva, esto es la de formalización, “el tribunal se pronunciará sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión.”

**2°** Que, en concordancia con lo anterior, para que el juez pueda decretar la prisión preventiva, el solicitante -Ministerio Público o querellante- deberá justificar la procedencia de lo pedido a consecuencia de concurrir los requisitos contemplados en las letras a), b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, debiendo el tribunal detallar las circunstancias fácticas y las razones jurídicas del tipo de cautela que se otorgue, las que habrán de derivar de los antecedentes de que se dispusiere, esto es de información objetiva relacionada con el obrar del imputado, lo cual se requiere para resolver la aplicación de las normas que previenen en abstracto el instituto cautelar como lo demanda el artículo 143 del ya citado cuerpo legal.

**3°** Que para decretar la prisión preventiva del amparado y dar por concurrentes los requisitos del artículo 140 del Código Procesal Penal, la Corte recurrida expresó: “Que la naturaleza del delito por el que fuere formalizado el imputado; las circunstancias del mismo, teniendo además presente el contexto de su ejecución, que da cuenta de la peligrosidad de la acción de M.J, toda vez que preparar, portar y lanzar una bomba molotov implica necesariamente aceptar las posibles consecuencias negativas que lograr a al lanzar la bomba, como lo es el fuego y que generalmente es gran nivel de combustión, lo que fue dirigido en contra de funcionarios policiales, además de la pena que tiene asignada al delito el que da cuenta de la afectación al bien jurídico protegido, se revoca la resolución de veintiuno de febrero del año dos mil veinte dictada por el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago y, en su lugar, se decide que se mantiene la medida cautelar de prisión preventiva del imputado D.A.M.J, por estimarse que su libertad es un peligro para la seguridad de la sociedad.”

**4°** Que, a juicio de los disidentes la resolución impugnada recién transcrita incumple las exigencias legales de justificación de la cautelar de prisión preventiva, porque no consigna razonamientos particulares, esto es, los pertinentes a cada uno de los recurrentes de amparo y que conduzcan a alcanzar convicción respecto al motivo que autoriza la cautela ordenada, al omitir el análisis sobre los extremos que exige el artículo 140 del Código Procesal Penal para su procedencia, al menos en relación al requisito de la letra c), resolución en la que no basta efectuar referencias generales respecto a las circunstancias fácticas de la formalización, pues esta decisión jurisdiccional precisa del señalamiento de

situaciones personales de cada uno de los imputados, modo que en el presente caso ha sido omitido.

*5° Por estos fundamentos, encontrándose afectada la libertad personal, por no haberse producido el debido examen de la cuestión debatida, teniendo para ello en consideración, que la falta de fundamentación torna ilegal la cautelar de prisión preventiva decretada, situación que autoriza a solicitar el amparo constitucional, atendido los razonamientos que preceden, por aparecer de manifiesto que la resolución impugnada por el presente recurso de amparo, revocatoria de la que denegó la prisión preventiva de los amparados disponiendo, de contrario, dicha medida cautelar, carece de fundamentos que justifiquen la concurrencia de los requisitos para otorgarla.”*

Fallos relacionados: ROL N°33142-20; ROL N°30558-20

### **No es materia de amparo el fallo que decreta internación provisoria cuando se formaliza por simple delito**

**Corte Suprema confirma el fallo de Corte de Apelaciones en que se declaró que no era materia de amparo el recurso fundado en que se decretó internación provisoria a menor de edad formalizado por simple delito de porte de artefacto e xplosivo. [\(CS 2020.03-31. Rol 33165-2020\)](#)**

Corte confirma sentencia de Corte de Apelaciones, en que se declaró inadmisibile el recurso de amparo. Este fue interpuesto en contra de resolución que decretó la internación provisoria, toda vez que la recurrente estimaba que se vulneraba el requisito establecido en el artículo 32 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en el cual se señala que solo podrá decretarse esta cautelar, si se estuvieren imputando hechos que, de haber sido cometidos por adulto, tendrían pena de crimen. Dicha disposición debe vincularse con el tipo que le es imputado al menor -a saber: porte de artefacto incendiario en concurso con el de activación de aparato incendiario-, el cual tiene pena de simple crimen. Sobre estas alegaciones, la Corte de Apelaciones señala que los hechos por los que se recurre no son materia de amparo, y, agrega, ya esta conociendo un Tribunal de la República. La Corte Suprema solo concurre confirmando la sentencia de Corte de Apelaciones.

Considerandos relevantes:

*“Se confirma la sentencia apelada de veintitrés de marzo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 553-20”*

*“Que los antecedentes expuestos en el recurso no dan cuenta de hechos que, según el artículo 21 de la Constitución Política de la República, correspondan a aquellos susceptibles de la cautela impetrada por esta vía, más aún considerando que ellos se encuentran sometidos al imperio del derecho, y son conocidos por un Tribunal de la República, razones por las cuales la acción de amparo intentada no puede ser acogida a tramitación. Por estas consideraciones, se declara inadmisibile el recurso deducido” (SCA ROL N°553-20, Santiago).*

## II. Recurso de Nulidad

**El deber de escrituración de la sentencia rige igualmente para procedimientos simplificados por cautelar garantías del imputado**

**Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, puesto que entiende que, al igual que en el procedimiento ordinario, en los juicios orales simplificados existe el deber de escrituración dentro de plazo de la sentencia definitiva. Lo anterior atendida expresa disposición del artículo 39 CPP en relación con el 396 del mismo código. Es así que, por no realizarse tal actuación, la Corte entiende que se han vulnerado el derecho a conocer la fundamentación de la sentencia y se impide el adecuado ejercicio del derecho a recurrir. ([CS 2020.03.09 ROL 2885-20](#))**

La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, en el cual se alegaba la vulneración de garantías, toda vez que se incumplió el deber de escrituración de la sentencia definitiva recaída en proceso simplificado. La alegación se sustenta no solo en lo ya descrito, sino que a eso se suma el que fue rechazada la petición de la defensa de otorgar nuevo plazo para deducir recurso de nulidad, atendido que no existía sentencia por escrito. Por lo anterior, la Corte razona: (1) El artículo 396 es norma específica que regula el juicio oral simplificado. De ella se desprende que no basta que el contenido de la sentencia conste en registro de audio, sino que esta debe constar íntegramente por escrito; (2) No por propenderse la celeridad en estos procesos debe olvidarse las garantías de los intervinientes; (3) Tanto para procedimientos ordinarios, como para juicios orales simplificados rige la obligación de escriturar dentro de plazo la sentencia definitiva. En atención a lo razonado, se acoge el recurso de nulidad, ordenándose tener por nula la sentencia como el juicio oral realizados en el presente caso.

Considerandos relevantes:

**“SÉPTIMO:** Que, por su parte, el artículo 396 del Código Procesal Penal, relativo al juicio oral simplificado, expresamente dispone, en su inciso primero, que: “Realización del juicio. El juicio simplificado comenzará dándose lectura al requerimiento del fiscal y a la querrela, si la hubiere. En seguida se oír a los comparecientes y se recibirá la prueba, tras lo cual se preguntará al imputado si tuviere algo que agregar. Con su nueva declaración o sin ella, el juez pronunciará su decisión de absolución o condena, y fijará una nueva audiencia, para dentro de los cinco días próximos, para dar a conocer el texto escrito de la sentencia”.

**OCTAVO:** Que, a su vez, el artículo 43 del Código Procesal Penal, relativo a la conservación de los registros, en su inciso final establece, en lo pertinente, que: “Si no existiere copia fiel, las resoluciones se dictarán nuevamente, para lo cual el tribunal reunirá los antecedentes que le permitan fundamentar su preexistencia y contenido, y las actuaciones se repetirán con las formalidades previstas para cada caso (...)”.

Es decir, el legislador ha previsto, para los casos en que no exista copia fiel de una resolución judicial, una solución normativa consistente en la dictación de un nuevo pronunciamiento, previo reunir los antecedentes que permitan fundar su pre existencia y tenor.

**NOVENO:** *Que si bien de la lectura del artículo 39 del Código Procesal Penal pudiera desprenderse que bastaría con que la sentencia sea dictada en un registro de audio y quede, por lo tanto, íntegramente registrada en aquél, ocurre que el artículo 396 del mismo cuerpo de normas, que se refiere a la realización del juicio oral simplificado –cuál es el caso de autos-, señala de modo expreso que la sentencia debe ser comunicada mediante “texto escrito”, no quedando dudas de que la sentencia debe ser incorporada al registro por escrito y de manera íntegra.*

*Tal y como lo ha sostenido esta Corte en los pronunciamientos emitidos en los autos Rol N° 10.748-2011, de cuatro de enero de dos mil doce, Rol N° 11.641-2019, de veintisiete de junio de dos mil diecinueve y 11.978-2019, de veinticinco de julio de dos mil diecinueve, es cierto que la celeridad en los procedimientos debe ser observada, pero ello no supone que deban olvidarse en el camino las obligaciones que pesan sobre el tribunal, como tampoco el derecho que tienen los intervinientes a recibir una copia íntegra y legible de la sentencia, la misma que debe remitirse a la Corte correspondiente en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 381 del Código Procesal Penal.*

**DÉCIMO:** *Que con lo expuesto y razonado, es posible concluir que tanto la sentencia que recae en el procedimiento ordinario, como aquella que se pronuncia en un juicio oral simplificado, deben ser escrituradas dentro de plazo, lo que no aconteció, lo que denota que el juez de la instancia no dio cumplimiento oportuno a dicho mandato, razón por la cual el recurso de nulidad incoado por la defensa del encartado será acogido.”*

Fallo relacionado: ROL N°40960-19.

### **El no registro de la autorización del fiscal para realizar función de agente revelador es causal de nulidad**

**Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, ya que, entiende que en la especie la ausencia de registro de la autorización del fiscal para realizar la función de agente revelador, constituye un vicio que vulnera el derecho a un proceso e investigación previos racionales y justos. [\(CS 2020.03.10 ROL 33721-19\)](#)**

La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de resolución de Corte de Apelaciones. La presente resolución se funda en: (1) Sobre el Ministerio Público pesa la obligación de registro de las actuaciones del proceso; (2) En la especie no consta la autorización -supuestamente verbal- que dio el fiscal para que el policía pusiera en práctica la técnica del agente revelador; (3) Tal autorización no puede ser reemplazada por la declaración de dicho policía, por ser esencialmente una instigación delictiva de ahí que requiera de exención legal para quien la lleva a cabo; (4) Por lo razonado previamente, las diligencias realizadas por el policía – a saber: contactar al vendedor y acordar la transacción- son ilegales; (5) Consecuentemente, las diligencias posteriores -esto es: reunión con el recurrente, registro del imputado, hallazgo y registro posterior de su morada- son también ilegales por provenir todas de diligencias ilegales. Es así como la Corte resuelve acoger el recurso de nulidad, anulando la sentencia, invalidando el juicio oral y excluyendo toda la prueba ya señalada del auto de apertura.

Considerandos relevantes:



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

Así las cosas, es dable concluir que no está demostrada la existencia de la autorización previa del fiscal de turno para hacer uso de la técnica de agente revelador respecto del imputado J.I.G.G, pues no quedó registro de ello en la carpeta investigativa. Dicha autorización es absolutamente indispensable, no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque, como ha dicho previamente esta Corte, se trata de una técnica de investigación tan violenta, que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva (SCS N° 2958- 2012, de seis de junio de dos mil doce).

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

**Séptimo:** Que a resultas de lo verificado, cuando el agente revelador se reúne con el sospechoso y adquiere el estupefaciente, actúa en cumplimiento de una orden dictada con posterioridad a las diligencias efectuadas previamente para ingresar a la aplicación Grindr, contactar al vendedor y acordar los pormenores de la transacción, diligencias que han tenido, sin duda, el carácter de ilegales. Como consecuencia de ello, el registro del imputado por los funcionarios apostados en las inmediaciones, que concluye en el hallazgo de las evidencias de cargo y la entrada y registro posteriores, que emanan de dicha pesquisa, adolecen consecuentemente de ilegalidad, pues surgen de actuaciones de investigación efectuadas en grave contravención a la normativa citada, contaminándose de la ilicitud que pesa sobre la utilización de la técnica de agente revelador, dispuesta por una instrucción verbal que debe tenerse por carente de realidad en el juicio.

De este modo, las pruebas que surgen de tales actuaciones no han podido ser empleadas en juicio y tampoco han debido ser valoradas como elemento de prueba contra el acusado, puesto que, de lo contrario, se violenta su derecho a un proceso y una investigación previos racionales y justos. Estas reflexiones imponen acoger el recurso, llamando la atención de esta Corte que se haya pretendido dotar de veracidad a una actuación procesalmente inexistente.”

## **Ejercer comercio ambulante no constituye indicio que habilita al control de identidad del artículo 85 CPP**

**Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, y ordena se retrotraiga el proceso hasta el momento de realizarse nuevo juicio oral, disponiendo**

se excluya toda prueba incorporada que provenga del control de identidad declarado ilegal. Esto, porque considera que no constituye indicio suficiente el que el recurrente se encontrara realizando comercio ambulante al momento de controlarlo y registrarlo. La Corte entiende que esto no hace suponer que el recurrente estuviera o se dispusiere a realizar una actividad delictual. [\(CS 2020.03.12 ROL 29028-19\)](#)

La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, puesto que considera que en la especie se ha infringido las garantías del debido proceso. Específicamente, la Corte sitúa la infracción en la realización del control de identidad fuera del ámbito asignado por la norma. Lo anterior, puesto que se controló y registró al recurrente teniendo como único antecedente el que este realizaba comercio ambulante. La realización de dicha actividad no constituye indicio de aquellos a que se refiere el artículo 85 CPP, toda vez que supone una mera conjetura de los policías vincular esa actividad a una actividad delictiva. Esto se relaciona también con que los policías no vieron al acusado portar ni manipular la bolsa, y que en ese sector había terceras personas realizando el mismo tipo de comercio.

Considerandos relevantes:

**“Séptimo:** *Que para dirimir el arbitrio deducido, cabe analizar si las circunstancias consideradas por los policías y avaladas por la sentencia impugnada, pueden constituir un indicio habilitante para el procedimiento de control de identidad.*

*En ese orden, el ejercer comercio ambulante en un sector del muelle Vergara en Viña del Mar, en conjunto con terceras personas que realizan la misma actividad, en caso alguno puede constituir el indicio al que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, desde que, como se resolvió en Rol N° 26.422-18 de 6 diciembre 2018, esa norma “supone que la habilitación policial ha de fundarse en elementos objetivos que permitan el control de identidad y las actuaciones que le son propias, es decir, no se trata de una mera subjetividad o intencionalidad que crea ver el policía, validando de esa forma cualquier elemento como indicio, ... sino que lo exigible es la presencia de circunstancias objetivas y comprobables que den sustento y seriedad a la intervención policial”, características de las que carece el mero hecho de comercializar especies y fiscalizar esa actividad, toda vez que los funcionarios son claros en que la fiscalización la efectúan ante la actividad de ejercer el comercio ambulante, acción que puede motivar una infracción ante el Juzgado de Policía Local, pero de cuya actividad no deviene necesariamente la afirmación que evidencia o se conecta con una actividad delictiva, lo que parece una mera suposición y conjetura policial que no puede ser validada como fundamento del actuar estatal en la limitación del derecho a la libertad personal, considerando que la bolsa de papel café estaba en el suelo y nunca vieron al acusado ni portarla ni manipularla, cuando había en el sector otras personas ejerciendo también el comercio ambulante por lo que no había un indicio sustancial ni objetivo que habilitara el control de identidad al encartado.*

**Octavo:** *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, éste actuar policial se realizó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, toda vez que la evidencia recogida en el*

*procedimiento incoado respecto de E.S.O resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley.”*

### **Acoge parcialmente nulidad por errónea aplicación del apremio tipificado en el inciso 2 del artículo 49 del CP**

**Corte Suprema acoge parcialmente el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, el cual, como segunda causal subsidiaria, impugnaba la decisión de imponer el apercibimiento tipificado en el artículo 49 inciso 2 del CP al imputado. La causal por que se recurre es la del 373 letra b), toda vez que, dada la pena de presidio menor en su grado máximo que se impuso al recurrente, él se encontraba dentro de los casos exentos a que se refiere el mismo artículo 49 en su inciso final. La Corte estima que se ha incurrido en una errónea aplicación del derecho y, en sentencia de reemplazo, lo exime de tal apremio. [\(CS 2020.03.18 ROL 26169-19\)](#)**

La Corte Suprema acoge parcialmente el recurso de nulidad interpuesto por la defensa. El recurso tuvo como causal principal la infracción al artículo 373 letra a), toda vez que se ha impuesto una sanción sin haberse probado la antijuridicidad material de la conducta. Esto se produjo, ya que, en el caso en comento se ha omitido realizar prueba de pureza a la sustancia incautada, sin la cual -según la defensa- no puede afirmarse que, efectivamente, se haya puesto en peligro el bien jurídico salud pública. La primera causal subsidiaria fue desistida por la defensa. Como segunda causal subsidiaria, la defensa aduce errónea aplicación del derecho, puesto que se habría infringido el inciso final del artículo 49 Código Penal (CP). Sobre la causal principal del recurso, la Corte razona: (1) El artículo 4 de la Ley 20.000 no exige determinación de pureza, sino solo se exige “pequeña cantidad” de alguna de las sustancias detalladas por el artículo 1, que remite al reglamento. Por lo tanto, siendo indubitado que se incautó cannabis sativa, procede la imputación puesto que, es sabido que esta produce efectos tóxicos o daños a la salud; (2) También la Corte manifiesta que la función del artículo 43 -norma que regula el examen de pureza- es permitirle al juez conocer de mejor forma las características de la sustancia incautada, no restarle la calidad de droga; (3) Por lo anterior, desestima la causal, ya que entiende que el objeto material del tipo de microtráfico se satisface con la verificación de las restantes menciones del artículo 43 de la Ley 20.000. En contra del rechazo de esta causal, el Ministro Sr. Künsemüller y el Abogado integrante Sr. Barra, quienes estuvieron por acogerla, anulando la sentencia recurrida. La disidencia se funda en: (1) La actualmente vigente ley 20.000 establece como uno de los bienes jurídicos protegidos el de salud pública. En sintonía con lo anterior, es que establece como exigencia para el Ministerio Público que se acredite en juicio la peligrosidad que, para dicho bien jurídico, representa la sustancia incautada; (2) Lo anterior se actualiza a través del artículo 43 de la mencionada ley, al establecer un informe técnico en el cual se detalle composición y pureza de la sustancia; (3) En el caso en comento, el examen exigido no estableció más que la presencia del estupefaciente, antecedente insuficiente para determinar si la sustancia era por sí suficiente para producir efectos tóxicos o dañinos para la salud pública. Sin tener esto por probado, los disidentes señalan que no es posible alcanzar el estándar de duda razonable para condenar; (4) Lo anterior se ve reforzado por el principio de lesividad, el cual prohíbe, tanto al legislador como al juez, condenar si no se ha probado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; (5) Por lo razonado, es que los disidentes estiman que al dictarse la sentencia se ha incurrido en el vicio de errónea aplicación del derecho, puesto que se aplicó una pena, cuando no era procedente. Sobre la segunda causal subsidiaria, la Corte señala: (1) Consta que el acusado fue condenado a presidio menor en su grado máximo, por lo cual se

enmarca en la exención a que se refiere el inciso final del artículo 49; (2) Por lo que, la imposición de dicho apercibimiento constituye una errónea aplicación del inciso 2 del artículo 49, todo lo cual ha tenido una influencia sustancial en el fallo, haciendo más gravosa la sanción por la amenaza de ampliarla en caso de no cumplir con la multa. Atendido lo razonado la Corte acoge parcialmente el recurso en lo relativo a la eliminación del apremio a que fue condenado el recurrente procediendo a dictar sentencia de reemplazo.

Considerandos relevantes:

**“DUODÉCIMO:** *Que, en lo que dice relación con la errónea aplicación del artículo 49 del Código Penal, en particular del apremio contenido en el inciso 2° de dicho precepto, consistente en la sustitución de la pena de multa impuesta –en caso de no pago de la misma- por la pena de reclusión, en razón de un día por cada tercio de Unidad Tributaria Mensual, es preciso señalar que el inciso final del artículo en cuestión expresamente dispone que queda exento de dicho apremio, el sentenciado al que se le imponga una sanción de reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave, que deba ser cumplida efectivamente.*

**DÉCIMO TERCERO:** *Que en la especie consta que el acusado S.Q, fue condenado a una pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y que la referida sanción corporal deberá ser cumplida de manera efectiva.*

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

**DÉCIMO CUARTO:** *Que, conforme lo antes expuesto y razonado, y habiéndose configurado en la especie el motivo de nulidad subsidiario contemplado en el artículo 373 letra b), del Código Procesal Penal, se acogerá parcialmente el arbitrio interpuesto por la defensa del acusado, sólo en lo tocante a la eliminación del apremio contenido en el artículo 49, inciso 2°, del Código Penal.”*