



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

Contenido

I. 4

Declara admisible amparo en contra de sala de Corte de Apelaciones. Dispone que sala no inhabilitada de Corte de Apelaciones deberá conocer sobre el fondo del asunto. 4

Acoge amparo declarando que decisión de suspender cumplimiento de remisión condicional de la pena producto de contingencia sanitaria afecta la libertad personal del amparado. Ordena que se tenga por cumplida remisión condicional. 4

Acoge amparo dejando sin efecto orden de detención decretada por incomparecencia a audiencia de procedimiento simplificado. Considera que, según contexto, medida no aparece como imprescindible. Disidencia está por confirmar sentencia apelada. 6

Considera improcedente amparo deducido en contra de decisión de TOP de efectuar audiencia de juicio oral íntegramente de manera remota. No obstante, ordena que se realice audiencia para discutir a la brevedad la factibilidad de realizar el juicio oral bajo esa vía 6

Confirma sentencia que rechaza amparo por estimar que no hay infracción al derecho de defensa al no dar lugar a reclamación de procedimiento monitorio formulada por defensor público, por no constar voluntad de imputado de ser representado por DPP. Disidencia estima que hay errónea aplicación de derecho que produce afectación de derecho a la defensa. 7

Rechaza amparo contra resolución de Juez de Garantía, que decretó orden de detención por incomparecencia a juicio oral simplificado. La disidencia estuvo por revocar la decisión de Corte de Apelaciones en consideración al contexto social actual 8

Confirma sentencia que rechaza amparo interpuesto en contra de decisión de tribunal que “amplía tácitamente” plazo de investigación respecto de imputado en prisión preventiva. No obstante, ordena que se cite audiencia donde se proceda al cierre de la investigación. 9

II. 10

Corte Suprema rechaza nulidad. El olor a marihuana en conjunto con el porte de un cigarrillo artesanal pueden constituir indicios objetivos. Disidencia estima que dichos indicios no eran objetivos y no habilitan para la realización de un control de identidad 10

Corte Suprema acoge nulidad por errónea aplicación del derecho del artículo 318 CP. Caminar por despoblado en toque de queda no es conducta idónea para poner en riesgo la salud pública 13

Corte Suprema acoge nulidad. Acción de entregar dos envoltorios de papel a un tercero, quien saca de su bolsillo un billete, no constituye indicio delictivo, por lo que concurren los presupuestos para realizar control de identidad del artículo 85 CP 15

Corte Suprema rechaza nulidad. Sostiene que la omisión del registro de un testimonio carece de sustancialidad para infringir la garantía al debido proceso, producto de que hay otros antecedentes que permiten al tribunal alcanzar la convicción 17

Corte Suprema acoge nulidad por errónea aplicación del derecho del artículo 318 CP. Deambular de madrugada no representa por sí sola ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública. 18

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducida por la defensa. La revisión del teléfono celular del imputado por parte de su conviviente no conduce a la producción de prueba ilícita, ya que no existía una expectativa razonable de privacidad al no haber sido privadas sus claves de acceso 20

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Un cambio en la dirección al caminar junto con el avistamiento de porte de un arma de fuego habilitan a los funcionarios para realizar control del artículo 85 CP. La disidencia sostiene que sólo se percibió el porte de arma de fuego producto del control injustificado 23

Corte suprema acoge nulidad deducida por la defensa. Considera que el tribunal debió valorar negativamente el testimonio prestado por la víctima mediante videoconferencia ya que se encontraba en compañía y con apoyo de terceros, situación que afecta el principio de contradicción, y al principio de igualdad de las partes, elementos que informan el debido proceso 24

INDICES 29

I. Acción Constitucional de Amparo

Declara admisible amparo en contra de sala de Corte de Apelaciones. Dispone que sala no inhabilitada de Corte de Apelaciones deberá conocer sobre el fondo del asunto.

1.-Corte Suprema declara admisible acción de amparo deducida por la defensa en contra de una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que decretó la prisión preventiva de los amparados por el presunto delito de violación. Ordena que una sala no inhabilitada de la Corte de Apelaciones de Santiago deberá conocer sobre el fondo ([CS 01.04.2021 rol 22.274-2021](#))

Corte Suprema revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando admisible acción de amparo deducida por la defensa en contra de una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que decretó la prisión preventiva de los amparados por el presunto delito de violación. Ordena que una sala no inhabilitada de la Corte deberá conocer sobre el fondo. Ministro Llanos previene que la acción debe ser conocida por la Corte que Subroga legalmente a la de Santiago.

Considerandos relevantes:

1º) *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, en cuanto se alude a una presunta afectación a la libertad personal del amparado, basada en la falta de fundamentación de la resolución que decretó su prisión preventiva, por lo que su mérito deberá decidirse al conocer del fondo de la acción deducida, se revoca la sentencia apelada de veintitrés de marzo de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso Corte N° 495-2021, por la cual se declaró inadmisibles las acciones de amparo interpuestas, 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.*

2º) *Acordada luego de rechazada la indicación previa del Ministro señor Llanos, quien fue de parecer que, actuando de oficio, se anule lo obrado y se determine que la Corte de Apelaciones es incompetente conocer del recurso, en razón de que si de acuerdo al inciso segundo del artículo 66 del Código Orgánico de Tribunales, cada Sala representa a la Corte, el recurso debe ser conocido por la Corte de Apelaciones que subroga legalmente, por encontrarse aquella implicada conforme al artículo 195 N°8, operando en tal caso la regla de subrogación prevista en el artículo 216, ambos del citado cuerpo legal.*

Acoge amparo declarando que decisión de suspender cumplimiento de remisión condicional de la pena producto de contingencia sanitaria afecta la libertad personal del amparado. Ordena que se tenga por cumplida remisión condicional.

2.-Corte Suprema acoge amparo y ordena que se tenga por cumplida la pena sustitutiva de remisión condicional. Se sostiene que decisión de tribunal de suspender cumplimiento de penas sustitutivas de remisión condicional de la pena y de reclusión parcial, por cierre temporal de Centro de Reinserción Social

producto de contingencia sanitaria, constituye una vulneración a la libertad personal del amparado [\(CS Rol N°30285-2021 29.04.2021\)](#).

Corte Suprema revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, y acoge acción de amparo deducida en contra de resolución que deniega solicitud de tener cumplida la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena. Se sostiene por la Corte que decisión de Juzgado de Garantía de suspender el cumplimiento de penas sustitutivas de remisión condicional y de reclusión parcial debido al cierre temporal de Centro de Reinserción Social por razones sanitarias, imposibilitando el cumplimiento de las firmas mensuales en dicho establecimiento, sumado a la ausencia de mecanismos alternativos para verificar dicha obligación, constituyen una vulneración a la libertad personal. Agrega además que resulta improcedente que presidente del tribunal de garantía, mediante una resolución administrativa y, consecuentemente, sin seguir procedimiento jurisdiccional correspondiente, haya suspendido genéricamente el cumplimiento de la totalidad de las penas sustitutivas en cumplimiento ante dicho juzgado de ejecución. Por último, en virtud de lo anteriormente expuesto, Corte ordena que se tenga por cumplida remisión condicional de la pena.

Considerandos relevantes:

1°) Que según se desprende del mérito de autos, el amparado fue condenado con fecha 30 de julio de 2018 por el Juzgado de Garantía de Tal, a sufrir una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, concediéndosele la pena sustitutiva de la remisión condicional por el lapso de la condena, principiando el cumplimiento de la misma en el mes de marzo de 2019.

2°) Que no se encuentra controvertido en autos que el Centro de Reinserción Social de Tal Tal se mantuvo cerrado, entre los meses de marzo a octubre del año 2020 por razones de salubridad (Covid 19), lo que motivó el juzgado de garantía de dicha comuna suspendiera el cumplimiento de las penas sustitutivas de remisión condicional de la pena y de reclusión parcial en dicho establecimiento, afectando con ello al amparado, quien no pudo cumplir con sus firmas mensuales por razones que no le son atribuibles, sin que se le hubieren otorgado ni por la autoridad administrativa –siendo de su cargo la obligación de mantener los registros necesarios para el control del cumplimiento de la sanción- ni por parte del tribunal a cargo de la ejecución, mecanismos alternativos para verificar tal obligación, lo que evidentemente constituye una vulneración a su libertad personal que debe ser subsanada por esta vía cautelar.

Por lo demás, resulta relevante señalar que resulta improcedente que el Juez Presidente del tribunal de ejecución, mediante una resolución administrativa y, consecuentemente, sin seguir el procedimiento jurisdiccional correspondiente, haya suspendido genéricamente el cumplimiento de la totalidad de las penas sustitutivas en cumplimiento ante dicho juzgado.

Y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de veinte de abril de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el Ingreso Corte N° 58-20 y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor del amparado J.C.A.H., y que se tiene por cumplida la pena sustitutiva de remisión condicional decretada a su respecto por el Juzgado de Garantía de Tal Tal en los autos RIT N° 423-2018.

Acoge amparo dejando sin efecto orden de detención decretada por incomparecencia a audiencia de procedimiento simplificado. Considera que, según contexto, medida no aparece como imprescindible. Disidencia está por confirmar sentencia apelada.

3.-Corte Suprema acoge acción de amparo, dejando sin efecto una orden de detención decretada por juez de garantía ante incomparecencia de imputado a audiencia de procedimiento simplificado. Corte considera que, a la luz de regulación vigente y producto de contingencia sanitaria, medida cautelar no aparece como imprescindible ni urgente. En contra Valderrama y Dahm, que están por confirmar sentencia recurrida ([CS 15.04.2021 rol 27.094-2021](#)).

Corte Suprema acoge acción de amparo, y por tanto, revoca sentencia recurrida de Corte de Apelaciones, el cual fue deducido en contra de decisión de juez de garantía de decretar orden de detención por incomparecencia de imputado a audiencia de procedimiento simplificado. El recurrente sostiene por un lado que, por expresa disposición del artículo 7 de la Ley N°21.226, el procedimiento se encontraría suspendido producto de la contingencia sanitaria, y que, por otro lado, dicha la medida cautelar carecería de proporcionalidad. La Corte señala que decisión de autoridad sería desproporcionada debido a que sólo atiende a razones de eficacia en la persecución penal, lo que atendidas las circunstancias actuales no presenta la misma relevancia que en tiempos normales, omitiendo ponderar igualmente que el principio de celeridad, enmarcado dentro del derecho a un juzgamiento del imputado dentro de un plazo razonable, debe ser interpretado en función de sus intereses y no en su contra. En dicho sentido, se afirma por la Corte que tal medida cautelar de detención no aparecería como imprescindible ni urgente, en los términos de los artículos 122 y 127 del CPP, dentro del actual contexto social, ordenando entonces que se reestablezca la vigencia del derecho amenazado. En contra Ministros Dahm y Valderrama, que están por confirmar sentencia recurrida.

Considerandos relevantes:

3°) Que, de este modo, la decisión de autoridad recurrida resulta desproporcionada, desde que solo atiende a razones de eficacia de la persecución penal, sin poner sobre la balanza, por una parte, que la celeridad, como principio, es un componente del derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable y prudente, prerrogativa que debe ser analizada a la luz de sus específicos intereses y no en su contra. Por otra parte, la mera eficacia del sistema de persecución, atendidas las circunstancias actuales, no presenta la relevancia que se le asigna en tiempos normales.

4°) Que el exceso consiste, entonces, en disponer una medida cautelar personal privativa de libertad, en circunstancias que no aparece como imprescindible ni urgente, en los términos que se indican en los artículos 122 y 127 del Código Procesal Penal, a la luz del contexto social que debe ser considerado. Luego, por excesiva deviene en carente de razonabilidad y debe ser enmendada para restituir la vigencia del derecho a la libertad personal amenazado.

Considera improcedente amparo deducido en contra de decisión de TOP de efectuar audiencia de juicio oral íntegramente de manera remota. No obstante, ordena que se realice audiencia para discutir a la brevedad la factibilidad de realizar el juicio oral bajo esa vía.

4.-Corte Suprema confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que rechazó el amparo interpuesto por la defensa en contra de resolución del TOP

de Viña del Mar que dispuso la realización de la audiencia de juicio oral íntegramente por vía remota. La defensa sustenta el recurso en que lo anterior transgrede su derecho al debido proceso, debido a la imposibilidad de confrontar a los testigos de cargo. Sin perjuicio de lo anterior, la CS ordena que se fije una audiencia a la brevedad para debatir sobre la factibilidad de realizar el juicio oral en formar remota, considerando como elemento el evitar una futura nulidad procesal. ([CS 20.04.2021 rol 28651-2021](#)).

Corte Suprema confirma sentencia de la CA de Valparaíso que rechazó el amparo interpuesto por la defensa en contra de la resolución del TOP de Viña del Mar, que dispuso la realización de la audiencia de juicio oral íntegramente por vía remota. La defensa sustenta el recurso en que lo anterior transgrede su derecho al debido proceso, debido a la imposibilidad de confrontar a los testigos de cargo. La Corte sostiene es improcedente en este caso la acción constitucional de amparo, debido a que no se observa acto ilegal u arbitrario en la decisión del TOP. Argumenta que la decisión de realizar el juicio íntegramente de forma remota, se sustenta en el contexto actual de pandemia. Sin perjuicio de confirmar el rechazo de la acción, la Corte dispone que se deberá fijar una audiencia a la brevedad para debatir sobre la factibilidad de realizar el juicio oral en formar remota, en especial considerando las medidas que deben adoptarse para evitar vicios que pudieran servir de fundamento para una nulidad procesal.

Considerandos relevantes:

Se confirma la sentencia apelada de ocho de abril de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en el Ingreso Corte N° 311- 2021.

Sin perjuicio de lo anterior, el señor Presidente del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar deberá fijar una audiencia a la brevedad para debatir sobre la factibilidad de realizar el juicio oral en formar remota, en especial las medidas que deben adoptarse para evitar vicios que pudieran servir de fundamento para una nulidad procesal.

Confirma sentencia que rechaza amparo por estimar que no hay infracción al derecho de defensa al no dar lugar a reclamación de procedimiento monitorio formulada por defensor público, por no constar voluntad de imputado de ser representado por DPP. Disidencia estima que hay errónea aplicación de derecho que produce afectación de derecho a la defensa.

5.-Corte Suprema confirma resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que rechazó un recurso amparo interpuesto por la defensa. El tribunal a quo estimó que no se produce infracción al derecho a la defensa ya que no habiendo constancia en la causa de la voluntad del imputado de ser representado por la Defensoría Penal Pública, no es posible estimar que exista ilegalidad en el actuar del tribunal recurrido en cuanto a no dar lugar al reclamo de un procedimiento monitorio formulada por el defensor público. En contra el Ministro Llanos, quien estima que se ha producido errónea aplicación del derecho lo que produce vulneración al derecho a la defensa del imputado ([CS 06.04.2021 rol 22.407-2021](#)).

Defensa recurre de amparo en contra de la resolución del Juzgado de Garantía, que rechazó reclamo formulado respecto del requerimiento monitorio presentado por el Ministerio Público y sobre fijar audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo por dicho requerimiento, por considerar el tribunal, que no constaba la designación de abogado defensor por parte del amparado, ni por el Tribunal impidiéndole el ejercicio del derecho a la defensa en la causa. La CA de Puerto Montt sostiene que la designación de defensor penal público es subsidiaria de la designación de defensor de su confianza

por parte del imputado y por ello, la resolución impugnada se encuentra apegada a derecho, ya que no existiendo manifestación del imputado respecto a ser representado por la DPP, no es posible estimar que exista arbitrariedad ni ilegalidad en el actuar del tribunal recurrido. Acordado con VEC del Ministro Llanos quien estimó que se produjo errónea aplicación del derecho de los artículos 8, 93 letra b) y 102 del CPP, que disponen que el imputado tiene derecho, desde el inicio del procedimiento, a designar a un defensor, por lo que conforme a los artículos 2 y 54 de la Ley N° 19.718, que crea la DPP, y ante la ausencia de tal designación, el tribunal estaba obligado a nombrar a un abogado de esa institución para que asuma la defensa del requerido, no pudiendo ampararse en disposiciones sobre representación judicial propias del procedimiento civil, al existir norma expresa penal

Considerandos relevantes del voto de minoría:

Acordado con el voto en contra del Ministro señor Llanos, quien fue del parecer de revocar la resolución recurrida y acoger el recurso de amparo, teniendo para ello presente:

1°) Que la decisión de rechazar el reclamo deducido por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada en procedimiento monitorio, se produce por una errónea interpretación de los artículos 8, 93 letra b) y 102 del Código Procesal Penal, que disponen que el imputado tiene derecho, desde el inicio del procedimiento, a designar a un defensor, lo que sin embargo no aconteció en la especie; por lo que conforme a los artículos 2 y 54 de la Ley N° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública, y ante la ausencia de tal designación, el tribunal estaba obligado a nombrar a un abogado de esa institución para que asuma la defensa del requerido; deber que no fue cumplido por el órgano jurisdiccional, vulnerando gravemente el derecho a defensa que consagra el artículo 19 N° 3 incisos segundo y tercero de la Carta Fundamental;

2°) Que el defensor penal público, por el solo Ministerio de la ley, consta de patrocinio y poder suficientes, de tal modo que aun cuando la magistratura aludida hubiese estimado que al no haberse efectuado tal designación, el defensor que obró en autos carecía de personería, debió subsanar la omisión en que incurrió el propio tribunal, procediendo a aquella y dando curso a la solicitud de reclamación de la multa impuesta, fijando audiencia para los efectos del artículo 395 del Código Procesal Penal; no pudiendo ampararse en disposiciones sobre representación judicial propias del procedimiento civil, al existir norma expresa sobre la materia en el citado código.

Rechaza amparo contra resolución de Juez de Garantía, que decretó orden de detención por incomparecencia a juicio oral simplificado. La disidencia estuvo por revocar la decisión de Corte de Apelaciones en consideración al contexto social actual

6.-Corte Suprema confirma sentencia de la Corte de Apelaciones que rechazó el amparo interpuesto por la defensa en contra del juez de garantía que decretó orden de detención ante la incomparecencia del imputado a la audiencia de juicio oral simplificado. Acordado en contra del Ministro Brito y Zepeda, que sostuvieron que el tribunal debió proponer formas alternativas a la realización del juicio de forma presencial y que ante la ausencia de ello, en el contexto social que nos encontramos, la orden resulta desproporcionada y carente de razonabilidad ([CS 10.03.2021 rol 17327-2021](#)).

La acción de amparo interpuesta por la defensa reclamaba la privación de libertad arbitraria e ilegal que sufre el amparado, en virtud de un orden de detención despachada por el juzgado de garantía ante la incomparecencia del imputado a la audiencia de juicio oral simplificado, seguido en su contra por el delito del 318 del código penal. El fallo confirmatorio fue acordado en contra del Ministro Brito y Zepeda, que consideraron que debido a que el tribunal no propuso una forma alternativa a la realización del juicio de forma presencial, la decisión resulta desproporcionada desde que sólo atiende a razones de eficacia de persecución penal, sin considerar que la celeridad en virtud de los cual se aplica dicha norma, supone el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, lo cual no puede ser interpretado en su contra. Por otra parte, la mera eficacia del sistema de persecución, atendidas las circunstancias actuales, no presenta la relevancia que se le asigna en tiempos normales, por lo que no aparece como imprescindible ni urgente la medida cautelar impuesta.

Considerandos relevantes:

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito y del Ministro (S) Zepeda, quienes estuvieron por revocar la sentencia en alzada y en consecuencia dejar sin efecto la orden de detención, teniendo en consideración:

1º) Que según se desprende del mérito de los antecedentes, el tribunal recurrido debió necesariamente proponer opciones distintas al imputado para llevar a cabo de la audiencia de juicio oral simplificado como por ejemplo la realización de la misma mediante videoconferencia, lo que no aconteció en la especie.

2º) Que, la decisión de autoridad recurrida resulta desproporcionada, desde que solo atiende a razones de eficacia de la persecución penal, sin poner sobre la balanza, por una parte, que la celeridad, como principio, es un componente del derecho de todo imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable y prudente, prerrogativa que debe ser analizada a la luz de sus específicos intereses y no en su contra. Por otra parte, la mera eficacia del sistema de persecución, atendidas las circunstancias actuales, no presenta la relevancia que se le asigna en tiempos normales.

3º) Que el exceso consiste, entonces, en disponer una medida cautelar personal privativa de libertad, en circunstancias que no aparece como imprescindible ni urgente, en los términos que se indican en los artículos 122 y 127 del Código Procesal Penal, a la luz del contexto social que debe ser considerado. Luego, por excesiva deviene en carente de razonabilidad y debe ser enmendada para restituir la vigencia del derecho a la libertad personal amenazado.

Confirma sentencia que rechaza amparo interpuesto en contra de decisión de tribunal que “amplía tácitamente” plazo de investigación respecto de imputado en prisión preventiva. No obstante, ordena que se cite audiencia donde se proceda al cierre de la investigación.

7.-Corte Suprema confirma sentencia de Corte de Apelaciones que rechaza recurso de amparo interpuesto en contra de decisión de Juez de Garantía que amplía tácitamente el plazo para el cierre de investigación respecto de imputado en prisión preventiva. Sin perjuicio de ello, se deberá fijar audiencia dentro de tercero día, con el objeto de proceder, formalmente, al cierre de investigación. ([CS 21.04.2021 rol 27264-2021](#)).

Corte Suprema confirmar sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago que rechaza el recurso de amparo interpuesto por la DPP. Se deduce este amparo en contra de

decisión de Juez de Garantía que se da en audiencia citada a solicitud de la defensa con objeto de aperebir al cierre de la investigación, en la cual el Ministerio Público solicita un aumento del plazo, solicitud que es rechazada por el tribunal, citando este último a una nueva audiencia para discutir el cierre de la investigación a realizarse dentro de tres meses, considerándose por la defensa que, estando el plazo para el cierre de la investigación vencido, se produciría una ampliación tácita de dicho plazo, lo cual deviene en aplicación incorrecta del artículo 257 del CPP, constituyendo entonces un acto arbitrario e ilegal que atentaría contra la libertad personal del imputado, al encontrarse en prisión preventiva. Se considera que tribunal actúa dentro de sus atribuciones, no pudiendo atribuirse ilegalidad o arbitrariedad a la resolución que cita a nueva audiencia dentro de tres meses. No obstante, la Corte exige que se deba fijar por el tribunal de garantía, dentro de tres días, audiencia con el objeto para proceder, formalmente al cierre de la investigación. Previene la abogada integrante Sra. Coppo, que está por confirmar fallo en mismos términos que la sentencia recurrida.

Considerandos relevantes:

Vistos y teniendo únicamente presente que, conforme lo dispuesto por el tribunal a quo, la investigación quedó definitivamente concluida, lo cual se ha verificado como una consecuencia de lo obrado en autos, se confirma la sentencia apelada de ocho de abril de dos mil veintiuno, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el ingreso N° 590-2021.

Sin perjuicio de lo anterior, el Segundo Juzgado de Garantía de Santiago deberá fijar audiencia, dentro del plazo de tercero día, con el objeto de proceder, formalmente, al cierre de la investigación.

Se previene que la Abogada Integrante Sra. Coppo concurre a la confirmatoria, en los mismos términos de la sentencia en alzada.

II. Recurso de Nulidad

Corte Suprema rechaza nulidad. El olor a marihuana en conjunto con el porte de un cigarrillo artesanal pueden constituir indicios objetivos. Disidencia estima que dichos indicios no eran objetivos y no habilitan para la realización de un control de identidad

8.-Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. El control de identidad cuestionado se ajustó a derecho, ya que fue realizado basándose en un cúmulo de indicios que se consideraron objetivos, consistentes en percibir olor a marihuana y observar que la imputada portaba un cigarrillo artesanal, en el contexto de un control vehicular en virtud de la Ley de Tránsito, que mutó en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal. En contra, los Ministros Brito y Llanos, quienes sostienen que no existían indicios objetivos que permitiesen la realización del control de identidad. [\(CS 28.04.2021, Rol N° 138.337-2020.\)](#)

Corte Suprema rechaza nulidad deducida por la defensa. Señala que el control de identidad se ajustó a derecho, ya que se realizó basándose en que en el contexto de un control vehicular en virtud de la Ley de Tránsito, vieron que la imputada conducía portando un cigarrillo artesanal y que al momento de la fiscalización emanó desde su vehículo olor a marihuana, lo que en su conjunto satisface el requisito de indicio objetivo, que habilita a los funcionarios policiales a efectuar un control de identidad del artículo

85 CPP. El fallo sostiene que el artículo 4 de la Ley del Tránsito N° 18.290 faculta al personal policial a supervigilar el cumplimiento de las disposiciones que dicha normativa establece, y que por ende, resulta legítimo que aquel control vehicular inicial derivara en un control de identidad amparado por el 85 CPP, al presentarse el indicio de olor a marihuana (considerandos relevantes 12-13-14). En contra de la decisión, los Ministros Brito y Llanos quienes estuvieron por acoger el recurso por considerar que no existían indicios objetivos que permitiesen la realización del control de identidad. Lo anterior porque el supuesto cigarrillo artesanal fue observado por solo un funcionario policial, lo que además carece de toda relevancia, en cuanto únicamente importa una infracción de tránsito que no puede ser considerada como constitutiva de un indicio. Agregan además que el olor a marihuana no constituye indicio objetivo.

Considerandos relevantes:

DUODÉCIMO: *Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, cabe recordar que el artículo 4 de la Ley del Tránsito N° 18.290 faculta a Carabineros para supervigilar el cumplimiento de las disposiciones que dicha normativa establece, resultando claro que dicha Institución policial se encuentra facultada para efectuar controles vehiculares aleatorios con dicho fin.*

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo que el control vehicular inicial del automóvil conducido por la acusada, derivara en un control de identidad amparado por el artículo 85 del Código Procesal Penal -en el cual se faculta a los funcionarios policiales a proceder al registro de las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona cuya identidad se controla, cuando según las circunstancias se estimare que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o se dispusiere a su comisión, entre otras hipótesis-, toda vez que, como ya se señaló circunstanciadamente en el fundamento décimo del presente fallo, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales, al acercarse al vehículo en que se desplazaba la acusada fumando un cigarrillo artesanal, percibieron un fuerte olor a marihuana que provenía de su interior, lo que permitió que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que ésta incurrió en una infracción a la Ley N° 20.000, quedando habilitados para registrar sus pertenencias, resultando de dicho registro el hallazgo del arma y de las municiones incautadas.

De lo expuesto, resulta evidente que el “olor a marihuana” no fue el único indicio que tuvieron en vista los agentes policiales para presumir que la imputada había cometido un delito o se aprestaba a cometerlo.

DÉCIMO TERCERO: *Que, por lo demás, y al contrario de lo argüido por el recurso, el hedor de una sustancia, es un elemento objetivo tanto como cualquier otro rasgo definitorio e individualizador de un objeto que puede ser probado en juicio por cualquier medio de prueba pertinente, conforme a la libertad probatoria que consagra el artículo 295 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, puede formar parte de las circunstancias objetivas que constituyen un indicio habilitante para el control de identidad de una persona.*

Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte, entre otros, en los pronunciamientos Rol N° 26.171-2018, de 5 de diciembre de 2018; Rol N° 25-2019 de 12 de diciembre de 2019 y Rol N° 75-2021, de 10 de marzo de 2021, al declarar que el “fuerte olor a marihuana” percibido por los policías junto a otras circunstancias, puede constituir un cúmulo de ellas que, fundadamente, den lugar a un indicio de que el imputado había cometido un delito o se aprestaba a cometerlo.

DÉCIMO CUARTO: *Que, de este modo, y como reiteradamente se ha dicho, más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que la situación*

de autos ameritaba controlar la identidad de la imputada, lo relevante y capital aquí es que el fallo en revisión, da por ciertas circunstancias que objetivamente y de manera plausible permitían construir un indicio de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de esa sospecha para llevar a cabo el control de identidad.

Lo anteriormente expuesto, lleva necesariamente a desestimar el arbitrio deducido en estos autos.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra a) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada P.M.P.J, contra la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil veinte, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 7-2020 y RUC N° 1600425026-9, los que, por consiguientes, no son nulos.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Brito y Llanos, quienes estuvieron por acoger el recurso y, consecuencialmente, por anular el juicio oral y la sentencia, disponiéndose la realización de un nuevo juicio ante tribunal inhabilitado, teniendo para ello presente:

1.- Que, según asienta el fallo en estudio, el indicio que se tuvo en vista para controlar la identidad de la acusada, consistió en la percepción de un “olor a marihuana” por parte de los dos funcionarios policiales -quienes realizaban un control vehicular-, al abrir aquella la ventana del móvil en que se desplazaba (sólo uno de ellos refiere haberla visto con un cigarrillo artesanal en la boca antes de realizar el control vehicular). Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que la acusada intentaba o se disponía a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hacen los policías de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito. En este orden de ideas, el indicio requerido por el artículo 85 del Código Procesal Penal debe poseer la fuerza y coherencia necesaria para sustituir a la pluralidad de indicios exigidos con anterioridad, por la ley.

Por lo demás, es preciso señalar que la restante circunstancia argumentada por los juzgadores del grado como indiciaria de la comisión de un delito, a saber, la de haberse encontrada la acusada fumando un cigarrillo artesanal al interior del vehículo en el que transitaba, carece de toda relevancia, en cuanto únicamente importa una infracción de tránsito, por lo que mal puede ser considerada como constitutiva de un indicio, entendido éste como una conducta determinada y concreta que se comunica con la comisión del hecho punible, de aquellos que habilitan para efectuar un control de identidad en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Por lo anterior es que, a juicio de estos disidentes, el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales en el caso de marras se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya citada, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial. Como ya ha resuelto esta Corte, el solo hecho de percibir olor a marihuana no satisface la exigencia de un signo ostensible del tráfico de drogas (SCS Rol 21.413-2014, de 22 de septiembre de 2014 y Rol N° 30.159-2020, de 27 de mayo de 2020).

2.- Que, así las cosas, por haberse sometido a la encartada a un control de identidad y posterior registro del vehículo en el que circulaba, 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 referido móvil, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho de la imputada 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, la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de P. M.P.J 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.

3.- 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 sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió.

Corte Suprema acoge nulidad por errónea aplicación del derecho del artículo 318 CP. Caminar por despoblado en toque de queda no es conducta idónea para poner en riesgo la salud pública

9.-Corte suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa por errónea aplicación de derecho del artículo 318 del Código Penal. Sostiene el fallo que caminar en un despoblado durante el toque de queda no es una conducta idónea para satisfacer la descripción del tipo poner en riesgo la salud pública, más aún si la normativa sanitaria se encuentra establecida con la finalidad de evitar aglomeraciones de gente. Para arribar a la conclusión, señala que el delito es uno de peligro hipotético o de idoneidad, no bastando la mera infracción a reglamentos sanitarios para realizar el tipo. [\(CS 23.04.2021 Rol 131.966-2020\)](#)

Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa. Se acoge por la causal subsidiaria en que se reclamaba una errónea aplicación del derecho. La Corte para resolver analiza el tipo penal, señalando que se discute si se trata de un delito de peligro concreto u abstracto, en atención a ello interpreta la norma e indica que no basta con la infracción formal a las normas de salubridad publicadas por la autoridad, sino que se debe poner en riesgo con la conducta la salud pública, distingue que si se tratara de un delito de peligro abstracto propiamente tal bastaría con la mera infracción. Analiza el artículo 318 bis arribando a la conclusión de que se trata de un delito de peligro concreto por referirse al supuesto de riesgo generado a sabiendas, y en base a lo anterior expone que el delito del 318 refiere más bien a uno de peligro hipotético u abstracto-concreto, no exigiendo un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios. Ahora, sobre el caso concreto refiere que la conducta caminar en un despoblado infringiendo el toque de queda sin salvo conducto

que lo autorizara no tiene la idoneidad necesaria para poner en peligro el bien jurídico, para ello argumenta que la normativa tiene por finalidad evitar las aglomeraciones de gente, y que inclusive esa conducta podría tener relevancia típica si ocurriera durante el día cuando hay mayor afluencia de personas, así las cosas, solo es constitutiva de una falta administrativa, ya que no representa ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, como si ocurriría si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de muchas personas. **(Considerandos relevantes: 5, 6 y 7).**

Considerandos relevantes:

Quinto: Que, respecto del segundo motivo subsidiario de invalidación, en cuanto a la naturaleza del peligro de la figura prevista en el artículo 318 del Código Penal, la norma en su parte pertinente reza: “El que pusiere en peligro la salud por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...”. Se advierte que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico; no sancionando simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto.

Cuestión distinta es lo que dispone el artículo 318 bis del mismo cuerpo legal, que sí contiene una exigencia de peligro concreto, pues el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico y, concreto; que no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318, de manera que la comparación de los dos tipos penales, conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como es el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.

Sexto: Que, los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético para la salud pública, por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y, la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia por cuanto, el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que —ellas sí— son, a lo menos, hipotéticamente peligrosas e idóneas para generar el riesgo. Pero el estar, o deambular, incluso dos sujetos en calles desiertas, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho, esa conducta sanitariamente hablando es más peligrosa por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora —y sancionable— en sede no penal y, solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría, por ejemplo, si la infractora se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso.

Séptimo: Que, por consiguiente, la falta de antijuridicidad material y tipicidad de la misma, atendida la exigencia prevista en el artículo 318 del Código Penal, obliga a acoger el recurso por la causal esgrimida, únicamente en lo que guarda relación con dicha norma pues, por en este acápite no hubo reproche en relación al otro tipo penal propuesto en el requerimiento de autos.

Corte Suprema acoge nulidad. Acción de entregar dos envoltorios de papel a un tercero, quien saca de su bolsillo un billete, no constituye indicio delictivo, por lo que concurren los presupuestos para realizar control de identidad del artículo 85 CP

10.- Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa. La acción del imputado consistente en entregar dos envoltorios de papel a un tercero, quien sacó desde su bolsillo un billete de veinte mil pesos, no constituye indicio de actividad delictiva alguna, pues nada se sabe o avizora de la naturaleza de aquello que se transa o intercambia, por lo que no concurren los supuestos para controlar la identidad en virtud del artículo 85 del Código Procesal Penal. En contra de la decisión, el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Abuauad quienes estuvieron por rechazar el recurso, pues consideran que los elementos, evaluados en su conjunto, sí constituyen indicio ([CS 21.04.2021, Rol N° 127.243-2020.](#))

Corte Suprema acoge nulidad interpuesta por la defensa. Estima que el actuar de los funcionarios policiales se extralimitó de sus facultades, vulnerando el artículo 85 del Código Procesal Penal, puesto que la acción del imputado de haber entregado dos envoltorios de papel a un tercero, quien sacó desde su bolsillo un billete de veinte mil pesos, no constituye indicio de actividad delictiva. Esto se sustenta en que nada se sabe o avizora de la naturaleza de aquello que se transa o intercambia, sin que el que se haya efectuado esta operación en la vía pública valide afirmar sin más que recae sobre un objeto ilícito, lo que conllevaría sostener que todo emprendimiento realizado fuera de un local comercial establecido o todo intercambio de objetos por particulares en la vía pública daría lugar a sospechar que obedece a la comisión o preparación de un delito. (Considerandos relevantes 11, 12, 13, y 14). En contra, Ministro Sr. Valderrama y del Abogado Integrante Sr. Abuauad quienes estuvieron por rechazar el recurso, pues consideran que los elementos, evaluados en su conjunto, sí constituyen indicio

Considerandos relevantes:

UNDÉCIMO: *Que, como lo ya ha señalado anteriormente esta Corte, entre otros, en el pronunciamiento Rol N° 15.472-2017, de fecha 15 de junio de 2017, 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.*

Al analizar los hechos que se dieron por establecidos en autos, se observa que la conducta atribuida al imputado y que motivó su control por parte de los policías, la constituye únicamente el haber entregado dos envoltorios de papel a un tercero, quien sacó desde su bolsillo un billete de veinte mil pesos. Esta acción, así desnuda, no es señal o signo de actividad delictiva alguna, ni presente, ni pasada ni futura, pues nada se sabe o avizora de la naturaleza de aquello que se transa o intercambia, sin que el que se haya efectuado esta operación en la vía pública valide afirmar sin más que recae sobre un objeto ilícito, lo que conllevaría sostener que todo emprendimiento realizado fuera de un local comercial establecido o todo intercambio de objetos por particulares en la vía pública daría lugar a sospechar que obedece a la comisión o preparación de un delito.

Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte en el pronunciamiento Rol N° 27.400-2020, de 14 de mayo de 2020.

DUODÉCIMO: *Que, en consecuencia, no se ha justificado que la conducta del imputado constituya un indicio de la comisión de un delito ni tampoco que se ha verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, de lo que deriva que ésta se desempeñó 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 los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el ordenamiento jurídico, de modo que la evidencia recogida en el procedimiento incoado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida al margen de la ley.*

DÉCIMO TERCERO: *Que, cuando los jueces del fondo valoraron en la sentencia antecedentes revestidos de ilegalidad, se materializó la infracción a las garantías constitucionales que aseguran el 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.*

DÉCIMO CUARTO: *Que, habiéndose acogido la causal principal del arbitrio en revisión, resulta innecesario pronunciarse respecto de aquellas que fueron interpuestas en carácter de subsidiarias, por así disponerlo expresamente el inciso 2° del artículo 384 del Código Procesal Penal.*

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en favor de O.G.T.C y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veintiséis de septiembre de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 7-2020, RUC N° 1801200541-1, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talagante, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Valderrama y del Abogado Integrante Sr. Abuaud, quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad en todas sus partes, teniendo presente para ello los siguientes argumentos:

1.- Que en lo concerniente a la causal principal, el fallo da por establecido que el control de identidad obedece a un intercambio en la vía pública de dinero por dos envoltorios de papel de color blanco, a lo que debe sumarse que, ante la cercanía de los policías, uno de los partícipes en este intercambio intentó huir del lugar, siendo estos elementos objetivos suficientes -apreciados en su conjunto-, para afirmar razonablemente que conforman un indicio de una transacción o suministro de droga, indicio que debe desde luego ser confirmado o descartado mediante la diligencia de control de identidad, dado que tal es el fin de la misma, todo lo cual excluye un actuar arbitrario o antojadizo de parte de los policías, observándose en cambio una apropiada ejecución de la labor de prevención que le es propia.

2.- Que, en lo tocante a la causal subsidiaria de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, basta con señalar, para desestimarla, que de la sola lectura de sus fundamentos, es posible colegir que a través de su reclamo lo que se pretende es revertir una valoración no compartida por la defensa respecto de las probanzas rendidas en autos, más no la inexistencia o la contraposición de la mismas a las reglas de la lógica como contempla la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal.

3.- Que, así las cosas, no habiéndose configurado ninguno de los dos motivos de nulidad hechos valer por la recurrente, en parecer de estos disidentes, el arbitrio en examen debe ser rechazado.

Corte Suprema rechaza nulidad. Sostiene que la omisión del registro de un testimonio carece de sustancialidad para infringir la garantía al debido proceso, producto de que hay otros antecedentes que permiten al tribunal alcanzar la convicción

11.-Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa fundado en infracción de garantías fundamentales, específicamente el debido proceso producto de la falta de registro, durante la etapa de investigación, del testimonio de la víctima. La Corte sostiene que la omisión del registro del testimonio carece de sustancialidad para infringir la garantía al debido proceso, producto que existen otros antecedentes que permiten al tribunal alcanzar la convicción. Previene la abogada integrante Sra. Tavorari, que no hay perjuicio derivado del supuesto vicio invocado, sumado a que la discusión de la prueba admitida por el Juez de Garantía prueba no puede reabrirse ([CS 2021.04.20 rol 14.490-2021](#)).

Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa que sostiene la infracción sustancial de garantías fundamentales, particularmente la garantía al debido proceso, producto de la falta de registro del testimonio de la víctima en la carpeta investigativa, afectando entonces el derecho de defensa, en su dimensión de controlar la prueba de cargo. La Corte afirma que, pese a tener por establecido que el testimonio no consta en la carpeta investigativa, y por tanto, que se infringe el deber de registro y que el acusado conozca el contenido de los antecedentes acumulados en la etapa de investigación, al existir otros antecedentes que llevan a formar convicción al tribunal la contravención denunciada carece de la sustancialidad que la hipótesis de nulidad alegada exige para producir los efectos que le son propios, esto es, que sea insalvable ante el derecho al debido proceso. Se previene por la abogada integrante Sra. Tavorari que no hay perjuicio para la defensa a partir del supuesto vicio invocado, es decir, que la circunstancia de no haberse declarado el testigo durante la etapa de investigación y su consiguiente falta de registro no constituyen vicio que atente en contra del debido proceso del imputado, sumado a que no puede volver a discutirse en el juicio la licitud de la prueba admitida por el juez de garantía. (**considerandos: octavo y noveno**).

Considerandos relevantes:

OCTAVO: Que, conforme lo indicado en el apartado duodécimo de la sentencia que se revisa aparece efectivo el reclamo de la defensa en el sentido que la declaración del testigo P.F. no constaba en la carpeta de investigación, infringiéndose a juicio de esta Corte el deber de registro y que el acusado conozca el contenido de los antecedentes acumulados en la etapa de la investigación conforme a lo previsto en los artículos 7°, 93, 181, 227, 228 y 260 del Código Procesal Penal, pero no obstante este inconveniente y aún excluyéndose el relato del referido testigo, existen otros antecedentes que llevaron a formar convicción al tribunal, esto es, lo declarado por los funcionarios aprehensores señores P.M.L. y D.A.A., quienes sorprendieron al acusado al interior del inmueble con

una especie en su poder, dando cuenta del acopio de otras especies en el lugar y de los signos de fuerza utilizados para el ingreso y salida -vidrios quebrados y una escalera; asimismo, lo dicho por doña M.S.G., quien vio entrar a una persona al domicilio después de sentir ruidos, alertando a carabineros y al cuidador del lugar, el señor J.P.P., quien relató en el juicio que los dueños del inmueble son D.D.F., su hijo y hermanos, los que visitan el lugar cada quince o diez días, por lo que generalmente el inmueble está habitado y esto le consta porque es el encargado de dar alimento al perro y cuidar la propiedad diariamente.

NOVENO: Que, en consecuencia y por las razones antes desarrolladas, la contravención denunciada carece de la sustancialidad que la hipótesis de nulidad en estudio exige para producir los efectos que le son propios, esto es, que sea insalvable ante el derecho al debido proceso, conforme se explicitó, razones por las cuales el recurso será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA EL RECURSO DE NULIDAD** deducido por la Defensoría Penal Pública, por el sentenciado A.A.G.S., en contra de la sentencia de tres de febrero de dos mil veintiuno, dictada en estos antecedentes RIT 194-2020 RUC 2000288609-0, del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, y el juicio oral que le antecedió, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Corte Suprema acoge nulidad por errónea aplicación del derecho del artículo 318 CP. Deambular de madrugada no representa por sí sola ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública.

12.-Corte Suprema acoge el recurso de nulidad deducido por la defensa por errónea aplicación de derecho, específicamente del artículo 318 del CP, por faltar la antijuridicidad material y la tipicidad de la conducta. La Corte afirma que el ente persecutor no logró acreditar exigencia de generación de riesgo, en el entendido que la sola acción de deambular de madrugada, pese a significar una infracción de normas reglamentarias, no representa por sí sola ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública ([CS 20.04.2021 rol 149.239-2020](#))

Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa por errónea aplicación del derecho, a condenar al imputado como autor del delito contemplado en el artículo 318 del CP sin satisfacer los elementos descritos en el tipo penal, debido a que la conducta del sujeto carecería de la idoneidad suficiente para poner el peligro el bien jurídico protegido, infringiendo de esa manera el principio de tipicidad. La Corte sostiene que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico, no lográndose en el caso en comento por parte del ente persecutor acreditar la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético. Para ello realiza un análisis del artículo 318 bis, concluyendo que se trata de un delito de peligro concreto por referirse al supuesto de riesgo generado a sabiendas, y en ese sentido, de delito del 318 se referiría más a uno de peligro hipotético u abstracto-concreto, no exigiendo un riesgo específico sobre el bien jurídico, pero sí que haya idoneidad para producirlo. La sola acción de deambular de madrugada durante la vigencia del toque de queda, pese a implicar la transgresión de normativa reglamentaria, no tiene la idoneidad suficiente para generar un riesgo a la salud pública, cuestión que resulta en una falta de antijuridicidad material y tipicidad de la conducta en cuestión (**considerados: cuarto, quinto y sexto**).

Considerandos relevantes:

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

QUINTO: Que los hechos probados por el tribunal no satisfacen la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública por cuanto el Ministerio Público no acreditó la exigencia de una generación de riesgo y la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia, ya que, por cuanto el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir aglomeraciones que –ellas sí- son a lo menos hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo. Pero el estar, o deambular, incluso dos sujetos en calles desiertas, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho esa conducta sanitariamente hablando es más peligrosa, por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora –y sancionable- en sede no penal y solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría por ejemplo si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso.

SEXTO: Que, por consiguiente, la falta de antijuridicidad material y, tipicidad de la misma, atendida la exigencia prevista en el artículo 318 del Código Penal, obliga a acoger el recurso por la causal principal esgrimida, lo que hace que innecesario abordar la causal subsidiaria.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado por la defensa de G.E.M.M., y en consecuencia se invalida la sentencia del Juzgado de Garantía de Talca de fecha nueve de diciembre de dos mil veinte, recaída en sus autos de juicio simplificado RUC 2000443733-1 RIT 5392-2020, la que se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducida por la defensa. La revisión del teléfono celular del imputado por parte de su conviviente no conduce a la producción de prueba ilícita, ya que no existía una expectativa razonable de privacidad al no haber sido privadas sus claves de acceso

13.-Corte suprema rechaza nulidad deducida por la defensa. La revisión del teléfono del imputado por la conviviente no puede conducir a la producción de prueba ilícita, ya que no existía una expectativa razonable de privacidad al no haber sido privadas sus claves de acceso. Agrega además que la expectativa razonable de privacidad se debe analizar en el contexto actual de movilidad reducida, en circunstancias en que esta se termina aplicando para impedir el acceso a terceros ajenos al entorno del propietario del móvil, mas no en aquellos que componen su ámbito familiar ([CS 08.04.2021 rol 14.317-2021](#))

Corte Suprema rechaza nulidad deducida por la DPP, en la cual se sostenía que la prueba fue obtenida con infracción de garantías del acusado al haberse vulnerado su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, mediante una revisión de su teléfono celular practicada por su conviviente, en la cual se encontró material de índole sexual que este compartía con la hija de ella. La Corte señala que en este caso no existía una expectativa razonable de privacidad, ya que, con anterioridad al descubrimiento de las imágenes, la conviviente ya conocía las claves del imputado. Agrega además que la expectativa razonable de privacidad se debe analizar en el contexto de pandemia y movilidad reducida, en circunstancias en que esta se termina aplicando para impedir el acceso a terceros ajenos al entorno del propietario del móvil, mas no en aquellos que componen su ámbito cercano o familiar. Respecto a la revisión efectuada en el computador de la niña, en donde también se halló material de índole sexual, la Corte señala que este hallazgo se hubiese realizado de todas formas debido a las sospechas de la madre y que además, ella se encuentra debidamente autorizada a efectuar este tipo de revisiones ya que tiene patria potestad sobre los bienes de su hija (**Considerandos: 7, 8, 9,10,11,12 y 13**).

Considerandos relevantes:

7°) Que este marco factual debe ser complementado. Tratándose de teléfonos celulares “inteligentes”, así como de computadores, en que sus usuarios restringen su acceso a terceros con algún tipo de clave o contraseña, esta circunstancia, en principio, permitiría afirmar que aquéllos pueden guardar una expectativa razonable de que el contenido de esos aparatos no será conocido por terceros, es decir, que se mantendrá en el ámbito de su privacidad.

Sin embargo, se exceptúan de lo anterior situaciones cada vez más comunes, sobre todo en tiempos de restricciones de movilidad como las que hoy vivimos, en las que los miembros de un grupo familiar que convive en un mismo domicilio, habitualmente unos utilizan los teléfonos y computadores de los otros, los hijos los de los padres o viceversa, o un cónyuge los del otro, tanto así que para hacer expedito dicho intercambio y uso, es que las claves, en los casos en que fueren implementadas, suelen ser de baja complejidad justamente para ser recordadas por todos, cumpliendo más bien la finalidad de evitar el uso y conocimiento del contenido de esos dispositivos por terceros ajenos al grupo familiar o de confianza. De ese modo, en la coyuntura descrita, la expectativa de privacidad sólo puede razonablemente atesorarse respecto de terceros o extraños, en relación a quienes la clave utilizada sí constituirá una barrera efectiva para acceder a la información guardada en un teléfono celular o en un computador.

Lo discurrido no importa descartar in limine que pueda erigirse una expectativa de privacidad entre miembros de un grupo familiar que cohabita, respecto del contenido de

los teléfonos y computadores que cada uno de ellos posea y utiliza, sino que para que esa expectativa pueda considerarse razonable, deben adoptarse las medidas de seguridad conducentes y efectivas, de otro modo, podrá tenerse una expectativa de privacidad, pero la misma no será amparada por el derecho.

En esa línea argumentativa, si los demás miembros de la familia que pueden acceder al aparato en el hogar común, conocen la clave implementada por uno de ellos y esta circunstancia es sabida por éste y, no obstante lo último, la mantiene sin modificaciones, debe inferirse que acepta tácitamente la posibilidad de que ese otro miembro llegue a conocer lo almacenado en el dispositivo o, al menos, puede sostenerse que su expectativa de privacidad, en ese escenario, no tiene asidero razonable.

8°) Que todo lo reflexionado se aviene al caso en estudio. En efecto, en primer término, el intercambio de los dispositivos arriba comentado es evidente en el caso de los computadores, pues según relata en el juicio la madre de la víctima, se trata de “un computador cuya compra la realizó ella para fines de estudio de la niña y que raramente quedó a cargo de Raúl, por decisión de familia, ya que él tuvo que ceder su computador a su hija Fernanda, él se quedó con el computador por tema de trabajo”. Esta descripción del uso por distintas personas del mismo computador, como ya fue tratado, puede explicar el conocimiento de las claves de unos por otros.

Y, en el caso del teléfono celular, la misma deponente expresó que “todo lo que veía como mamá y esposa hicieron que le descubriera la clave en el teléfono”, lo que, engarzado con lo arriba dicho, importa que el acusado no ocultaba la clave usada a su cónyuge y que, por ende, el obstáculo de acceso que con ella se buscaba estaba dirigido a terceros y no a ella.

Si bien es cierto estas conclusiones se construyen en base a los dichos de quien es cuestionada por acceder a los aparatos, concordantemente con los de la víctima de autos, lo cierto es que la defensa no rindió prueba que contradiga la dinámica familiar arriba descrita, tampoco desconociéndola en sus alegatos vertidos en el juicio y en estos estrados.

De ese modo, el conjunto de circunstancias reseñadas permiten concluir que las claves del teléfono celular y del computador creadas por el acusado no se mantuvieron por éste en secreto u ocultas de su cónyuge, de manera que las mismas se alzaran como un obstáculo real para que ésta conociera del contenido de los dispositivos y, en definitiva para que éste se preservara como privado.

9°) Que hay un antecedente que refuerza lo que se viene planteando en lo tocante al teléfono celular.

Como explica la víctima, la develación se produce “por un mensaje que él [el acusado] no alcanzó a borrar, porque él borraba los mensajes” -a diferencia de la víctima que los conservó-. El que el acusado eliminara de su teléfono celular los mensajes intercambiados con la víctima en la aplicación Whatsapp a medida que éstos se realizaban -también el material audiovisual-, refleja con claridad que la clave con que contaba ese dispositivo no resultaba suficiente para evitar su conocimiento por terceros, lo que precisamente hacía menester borrarlos. En otras palabras, no obstante la referida clave, el acusado ni siquiera veía como probable que dicho material permaneciera ajeno al saber de otros, de otra manera no se explica su supresión.

10°) Que, todavía más, no debe olvidarse que, conforme expresa la madre de la víctima en el juicio, el computador fue adquirido por ella para el uso de su hija menor de edad, afirmación que se conforma con el resto de las probanzas, incluso el defensor del acusado en el juicio expresa, como consigna el fallo, que el dispositivo “pertenece a la víctima” y, en definitiva, el tribunal así lo asienta en el acápite c) de la sección II del motivo 20° (“el computador pertenecía a la menor”), lo que, por ende, constituye un hecho que no puede ser desconocido por esta Corte, como ha sido su jurisprudencia

uniforme, si no se ha denunciado y demostrado por el recurrente un error en su establecimiento, lo que no ha ocurrido en este caso.

Lo comentado no es baladí, primero, por cuanto esta Corte ha señalado en el Rol N° 29.652-19 de 19 de diciembre de 2019, que no puede violarse el derecho de propiedad del acusado, si no es controvertido que el objeto revisado por los agentes pertenece a un tercero (también Rol N° 18.683-19 de 27 de agosto de 2019). Pero muy por sobre lo anterior, debe repararse en que la madre de la víctima menor de edad, tiene la patria y potestad sobre los bienes de ésta y, por ende, la administración y goce de los mismos, asimismo, tiene a su cargo el cuidado y educación de la menor, derechos-deberes legalmente establecidos que, en lo que aquí interesa, conllevan que la progenitora podía hacer uso del dispositivo y, es más, en cumplimiento de sus deberes de cuidado y educación, podía (incluso debía) acceder al contenido del aparato para supervisar el destino que se da al mismo, impedir un mal uso por la menor, o evitar que sea víctima de un delito como el de marras, todo lo cual reafirma que la expectativa de privacidad del acusado respecto del contenido de orden sexual y pornográfico que guardó en el computador de un tercero menor de edad, no resulta legítima ni razonable.

11°) Que por lo recién explicado, lo que se ha declarado en los basamentos anteriores en nada se contrapone a lo resuelto por esta Corte en el Rol N° 1.836- 07 de 11 de junio de 2007 -fallo invocado por el recurrente en sus alegatos en apoyo de su reclamo-, porque en dicho proceso la madre de la víctima accede al computador de propiedad del imputado, que se encontraba en las oficinas también de su dominio, cuando el aparato se halla accidentalmente sin clave, para grabar parte de su contenido y entregarlo al Ministerio Público. En el presente caso, en cambio, el computador pertenece a una menor de edad, hija de quien accede a él, encontrándose el aparato en el domicilio de éstas.

12°) Que una última idea. Como se desprende de las declaraciones de la madre de la menor, ésta tenía fundadas sospechas de una relación anormal entre su hija y el imputado (según refiere en el juicio, entre otras situaciones, “ Cuando la niña viajó a Colombia comenzó a notar una actitud fuera de lo normal, sospechosa de parte de Raúl, porque entraba al baño con el teléfono sabiendo que iban a estar dos meses solos sin la niña, el estar conectado hasta altas horas de la noche en el computador de la niña ... durante las vacaciones de la niña, R.F.R.N estaba mucho tiempo en la casa ya que él tiene oficio de eléctrico, instala alarmas y al ser independiente maneja su tiempo por lo tanto cuando la niña estaba de vacaciones en Colombia, ella- la testigo- vio en el rostro de R.F.R.N una obsesión”), motivo por el que precisamente procede a revisar su teléfono celular, es decir, no se trata de un descubrimiento accidental, sino que la madre deliberadamente buscaba confirmar o descartar una sospecha ya forjada. En ese escenario, de abstraernos de la revisión cuestionada del teléfono celular del acusado, igualmente cabía prever, fundadamente, que al regreso de Colombia, la madre de la víctima revisaría el teléfono de ésta para el mismo efecto, pues si ejecutó ese registro respecto del dispositivo de su cónyuge para el que, según la defensa, no se encontraba autorizada, a fortiori, realizaría igual inspección al teléfono de su hija menor de edad, para lo cual se encuentra legalmente autorizada dados los derechos-deberes ya mencionados at supra como madre de una menor de edad, más aún si lo que impulsa ese registro no es la mera curiosidad o fisgoneo, sino el temor de que la menor esté siendo víctima de delitos que afecten su indemnidad sexual.

13°) Que, en ese orden, cabía esperar que incluso de no haber accedido la madre de la víctima al celular del acusado, igual y necesariamente se produciría al poco tiempo -al volver la menor de sus vacaciones en Colombia- el descubrimiento del mensaje en cuestión entre el acusado y la víctima, y no sólo éste, sino de todo el resto de las comunicaciones y material intercambiado -la víctima no borraba los mensajes, a diferencia del acusado- y, en definitiva, el conocimiento de los hechos por los que fue

condenado, lo que permite afirmar con seguridad que la afectación de la privacidad por la que se protesta en relación a este mensaje en particular, carece de sustancialidad, extremo sin el cual el recurso de nulidad por la causal deducida no puede prosperar, ya que aun de no haberse incurrido en la conducta cuestionada, si bien se alteraría tangencialmente la forma en que ocurre la develación, se habrían igualmente descubierto los delitos y obtenido el material para acreditarlo en el juicio.

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Un cambio en la dirección al caminar junto con el avistamiento de porte de un arma de fuego habilitan a los funcionarios para realizar control del artículo 85 CP. La disidencia sostiene que sólo se percibió el porte de arma de fuego producto del control injustificado

14.-Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por la defensa. Dicho recurso denuncia la vulneración de garantía fundamentales por haberse efectuado control de identidad del artículo 85 del CPP fuera de los casos legalmente admitidos, esto es, por cambio de dirección al caminar. La Corte sostiene que funcionarios actúan habilitados por control de identidad preventivo, circunstancia que permite a un funcionario policial avistar el porte de arma de fuego, mutando a un control de identidad investigativo, constituyendo situación de flagrancia. En contra Brito y Llanos, señalan que circunstancias que permiten avistar el porte del arma por medio de control de identidad sólo fueron percibidas producto de un control injustificado ([CS 09.04.2021 rol 14.313-2021](#)).

Corte Suprema rechaza recurso de nulidad deducido por defensa, el cual aduce infracción de garantías fundamentales al efectuarse un registro de vestimenta al imputado por parte de funcionarios policiales en virtud del control de identidad del artículo 85 del CPP, debido a que el cambiar de dirección al caminar no constituye indicio objetivo previsto por la ley. La Corte sostiene que, independiente del cambio de dirección al caminar, los funcionarios están autorizados para efectuar el control de identidad del artículo 12 de la Ley 20.931. Se estableció que en dichas circunstancias uno de los funcionarios avistó en el pantalón del imputado un arma de fuego, cuestión que habilita para mutar al control de identidad investigativo por presentarse un indicio objetivo, por tanto, permitiendo el registro y posterior detención del sujeto, al constituir una situación de flagrancia por el delito de porte ilegal de armas, no existiendo infracción de garantías alguna. En contra Ministros Brito y Llanos, consideraron que las circunstancias que motivaron el control en modo alguno pudieron ser idóneas para revelar el porte del arma de fuego, pues se trató de un hecho que logró ser percibido solo a resultas de un control injustificado (**Considerandos: cuarto, quinto, sexto y séptimo**).

Considerandos relevantes:

Cuarto: *Que, según asentó el tribunal, conforme a la prueba rendida, la decisión de fiscalizar el acusado obedeció, efectivamente, a la circunstancia que, al advertir la presencia de los funcionarios policiales, intentó evadirlos cambiando de dirección. De esa manera el hecho descrito precedentemente, en tanto el acusado se ubicaba en la vía pública, habilitaba a los efectivos policiales para, a lo menos, efectuar un control de identidad preventivo conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley 20.931. En ese entendido, al intentar evadir el control preventivo, una funcionaria policial advirtió, en uno de los bolsillos del acusado, la empuñadura de un arma de fuego, hecho que fue comunicado a otro funcionario, verificándose en ese momento el hallazgo del arma y, con eso, establecer la comisión de un delito, en flagrancia.*

Quinto: Que, por tanto, la sentencia da por cierto un hecho —la presencia en el lugar del acusado, su intento por evadir a los funcionarios policiales— que, conforme al artículo 12 de la Ley 20.931, por encontrarse en la vía pública, autorizaba a los agentes policiales para realizarle un control de identidad preventivo y, al verificarse un indicio del todo objetivo de la presunta comisión de un ilícito —advertir la empuñadura de un arma de fuego en su bolsillo—, permitió a los agentes transformar el control preventivo en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad del imputado, lo relevante es que el fallo da por cierto el control de identidad preventivo al cual debía someterse el acusado y, al intentar su evasión se evidenció la circunstancia objetiva que admite ser calificada como indicio de aquel al que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de dicho indicio para llevar a cabo el control de identidad.

Sexto: Que, de lo anterior cabe concluir que los funcionarios policiales se encontraban entonces facultados para el registro de las vestimentas del acusado, labor en la cual hallan el arma de fuego objeto del delito materia de la acusación, lo que configura la causal de flagrancia de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, esto es, “El que actualmente se encontrare cometiendo el delito”, lo que en definitiva justificaba su detención.

Séptimo: Que, corolario de todo lo que se ha venido razonando, es que no se han vulnerado los derechos al debido proceso y a la libertad personal del imputado F.A.R.T como se acusa por el recurrente, motivo por el cual no se configura la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal invocada en el arbitrio, el cual no podrá prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado F.A.R.T, contra la sentencia dictada con fecha veintinueve de enero de dos mil veintiuno, por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa RUC 1.700.350.007-1 y RIT 456-2019, y el juicio oral que le antecedió, los que, por ende, **no son nulos**.

Corte suprema acoge nulidad deducida por la defensa. Considera que el tribunal debió valorar negativamente el testimonio prestado por la víctima mediante videoconferencia ya que se encontraba en compañía y con apoyo de terceros, situación que afecta el principio de contradicción, y al principio de igualdad de las partes, elementos que informan el debido proceso

15.-Corte Suprema acoge recurso de nulidad de la defensa por infracción al debido proceso en el contexto de un juicio oral realizado mediante videoconferencia, vulnerándose las normas relativas a la rendición de prueba testimonial. La Corte considera que el tribunal debió valorar negativamente el testimonio prestado por la víctima mediante videoconferencia ya que se encontraba en compañía y con apoyo de terceros, situación que afecta el principio de contradicción, y al principio de igualdad de las partes, elementos que informan el debido proceso ([CS 2021.04.14 Rol 122.148-2020](#)).

Corte Suprema acoge recurso de nulidad deducido por la defensa que sostiene una infracción al debido proceso, producto de rendirse prueba testimonial en juicio oral

realizado mediante plataforma de video conferencia en contradicción a la normativa consagrada en el CPP, específicamente por haberse prestado el atestado de la víctima en compañía de tercero quien además le facilita información precisa para su declaración, vulneración que se expresa en que testimonio no fue anulado, sino que valorado por el tribunal a quo. La Corte considera que dicha circunstancia atenta contra el principio de contradicción y el principio de igualdad de las partes, que forman parte del debido proceso, debido principalmente a que afecta la facultad de la defensa para controlar la calidad de la prueba de cargo del adversario poniéndolo en una situación de desventaja frente al ente persecutor, en el sentido que las disposiciones relativas a la prueba testimonial son materialización de tales principios. Señala que según el régimen jurídico de excepción establecido en el contexto de la pandemia del Covid-19, específicamente el artículo 10 de la Ley N°21.226, le corresponde al tribunal que proceda de forma remota tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso, contempladas en la CPR y en los Tratados Internacionales, por lo que al no sólo rechazar el incidente de nulidad promovido por la defensa sino que valorar el testimonio prestado bajo dichas condiciones contrarias a la ley, el tribunal vulneró la garantía constitucional del imputado de ser juzgado bajo un debido proceso (**Considerandos: séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo**).

Considerandos relevantes:

SÉPTIMO: *Que, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal en los pronunciamientos Roles N° 4.954-2008, de 12 de noviembre de 2008; N° 5.851-2015, de 16 de junio de 2015 y; N° 112.393-2020, de 23 de octubre de 2020, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y el artículo 19, N° 3, inciso sexto de la Carta Fundamental confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los tópicos que contempla el derecho al debido proceso no hay discrepancias en aceptar que lo constituye, a lo menos, un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y las leyes entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que se dicten sentencias motivadas, etcétera.*

Así, la necesidad de resguardar la igualdad de las partes, garantía fundamental al interior del proceso penal, se traduce en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, infringiéndose este derecho cuando una de las partes queda situada en una posición de desigualdad o impedida del ejercicio efectivo de sus prerrogativas, siendo deber del juzgador velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el imputado y la parte acusadora, representada por el fiscal o el querellante particular, durante las fases de desarrollo del juicio oral.

OCTAVO: *Que, por otra parte, en el proceso penal instruido conforme los parámetros definidos por el legislador constitucional, el sentenciador debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio por los acusadores, sean estos el Ministerio Público y/o el querellante particular, asistiendo a la defensa el derecho a aportar sus pruebas y, en especial, a controlar la de cargo de sus adversarios, a la vez que la facultad otorgada para impugnar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que se es objeto, o aminorar sus consecuencias. Sin embargo, esas facultades se explican mejor en función del ideal de equiparar las posibilidades del imputado respecto de las del acusador, máxima que también integra la garantía de la*

defensa y que se denomina “Igualdad de posiciones” (Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 577 y ss.).

*En este contexto, resulta también relevante tener en consideración que en el modelo acusatorio que sigue el Código Procesal Penal se persigue la verdad relativa o formal que se adquiere, como cualquier investigación empírica, a través del procedimiento de “ensayo y error”. La principal garantía de su obtención se confía al principio de contradicción, que consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias. En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos. La defensa es el instrumento más importante de impulso y control del método de prueba acusatorio –como garantía de una verdad mínima pero lo más cierta posible- consistente en la contradicción de hipótesis de acusación y de defensa y de las pruebas y contrapruebas correspondientes (María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, p. 253).*

NOVENO: *Que, como corolario de lo que se ha ido señalando, es posible concluir que, dentro de la garantía del debido proceso, el derecho a ser escuchado tiene un rol fundamental puesto que tiene una estrecha ligazón con la igualdad en el acceso a la justicia. En el ámbito del proceso penal, y desde la perspectiva del sujeto de la imputación, este derecho se materializa a través del principio de contradicción, que le permite no sólo producir las evidencias que estime convenientes, a fin de desvirtuar la acusación, sino también controlar la calidad de la prueba de cargo.*

Las directrices antes anotadas subyacen en la legislación, desde que las prescripciones del Código Procesal Penal que se refieren a la prueba testimonial, que es el caso que nos ocupa, dejan en evidencia que los deponentes deben dar “razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas” (artículo 309); que “los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en la audiencia” (art. 329, inciso 6°); que, en el caso de ser autorizados a declarar por video conferencia deberán “comparecer ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar donde se encuentren”.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley N° 21.226, que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile, dispone expresamente que “En los casos en que, conforme a las disposiciones de esta ley, un tribunal disponga proceder en forma remota, deberá tomar todas las medidas necesarias que aseguren las condiciones para el cumplimiento de las garantías judiciales del proceso, contempladas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De lo expuesto es posible colegir que el atestado de los testigos mediante la modalidad de la video conferencia, debe necesariamente ceñirse a la formalidades aludidas en las normas precitadas, por lo que en su rendición el deponente no puede estar acompañado –a menos que exista una causal legal que habilite para ello- ni mucho menos recibir información de parte de terceros para complementar su relato.

En ese contexto, surge que los juzgadores del grado, al haber constatado no solo que la deponente Isolina De Las Nieves Jerez Tamayo se encontraba en compañía de más personas en el lugar en que declaraba, sino que ésta recibió apoyo de terceros para precisar algunos aspectos de su relato, debieron necesariamente pronunciarse sobre la validez de su relato -máxime si la defensa levantó un incidente de nulidad en tal sentido-

, toda vez que ello no se encuentra vinculado a la valoración probatoria de su deposición, como erradamente sostuvieron dichos jueces, sino que más bien a la existencia de vicios procesales en su producción y a los efectos que los mismos tendrían en la secuela del juicio.

De este modo, no puede sino concluirse que al no haber anulado el testimonio de la víctima y de paso, no haber dispuesto la realización de un nuevo juicio oral –por haberse prestado dicha declaración en contravención a las normas relativas a su correcta rendición-, los juzgadores de la instancia vulneraron la garantía constitucional del acusado de ser juzgado en un debido proceso, en cuanto no solo rechazaron la incidencia de nulidad promovida por su defensa en tal sentido, sino que, además, le otorgaron validez, en su fallo, a un atestado que fue producido irregularmente durante el juicio.

DÉCIMO: *Que, como lo ha manifestado esta Corte, el mecanismo promovido por la defensa se rige por los mismos dogmas y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal; por consiguiente, para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de ésta, entre los cuales destaca el llamado principio de trascendencia, que por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, cuando exige que la trasgresión que se delata, debe constituir un atentado de entidad tal, que importe un perjuicio al contendor involucrado y que se traduzca en un resultado lesivo para sus intereses en la decisión del asunto, desde que requiere que la anomalía tenga influencia en la sección resolutive del fallo (Sentencias Corte Suprema Roles N° 12.885-2015, de 13 de octubre de 2015, y N° 21.413-19, de 28 de octubre de 2019).*

En esta línea se ha resuelto también, que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de los contendientes, esto es, que entorpezca, restrinja o elimine su derecho constitucional al debido proceso (Sentencias Corte Suprema Roles N°s. 2.866-2013, de 17 de junio de 2013; N° 4.909-2013, de 17 de septiembre de 2013; N° 4.554-2014, de 10 de abril de 2014; N° 6.298-2015, de 23 de junio de 2015 y; N° 3689-2019, de 20 de marzo de 2019).

UNDÉCIMO: *Que, asentado lo anterior, corresponde determinar si la valoración por parte de los sentenciadores del grado, de un testimonio producido en juicio con infracción a la normativa procesal vigente, ha vulnerado de manera sustancial la garantía fundamental del debido proceso.*

En ese contexto, no cabe duda en torno a que, en el presente caso, la afectación detectada tiene la trascendencia necesaria para acoger el recurso, ya que al haber declarado la ofendida en un recinto en el que se pudo constatar que se encontraba acompañada –y no debidamente segregada como exige el ordenamiento jurídico- y que, además, fue asistida por su hija para efectos de complementar y precisar su relato, resulta indubitado que su testimonio debió ser valorado negativamente en la sentencia por encontrarse contaminado, por lo que al no haber ocurrido ello, y haberse dictado sentencia condenatoria respecto del acusado -teniendo como principal fundamento la deposición de la víctima-, se ha infringido sustancialmente el derecho al debido proceso de que goza el acusado, garantizado en la Carta Fundamental y en los tratados internacionales, atendido el alcance del artículo 5º, inciso 2º de la Constitución Política de la República, de lo que se sigue que el juicio y la sentencia carecen de validez, por lo que el recurso de nulidad será acogido.

DUODÉCIMO: *Que, habiéndose acogido la causal principal del arbitrio en revisión, resulta innecesario pronunciarse respecto de aquellas que fueron interpuestas en carácter de subsidiarias, por así disponerlo expresamente el inciso 2º del artículo 384 del Código Procesal Penal.*

*Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido en favor de F.J.P.J. y en consecuencia, se invalidan tanto la sentencia de diecisiete de septiembre de dos mil veinte, como el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 5-2020, RUC N° 1900777385-7, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado.*

INDICES

<i>Tema/Descriptor</i>	<i>Ubicación</i>
Acciones constitucionales	p.4-6 ; p.6 ; p.9-10
Actuaciones del procedimiento	p.17-18
Admisibilidad	p.4
Antijuridicidad	p.13-14
Apercibimiento de cierre	p.9-10
Audiencias por videoconferencia	p.6-7 ; p.7-8 ; p.8-9 ; p.24-28
Cierre de la investigación	p.9-10
Comparecencia	p.6-7 ; p.8-9
Control de identidad	p.10-13 ; p.15-17 ; p.23-24
Cumplimiento de condena	p.4-6
Debido proceso	p.7-8 ; p.10-13 ; p.15-17 ; p.17-18 ; p.20-23 ; p.24-28
Delitos contra bienes jurídicos colectivos	p.13-14 ; p.18-19
Delitos contra la indemnidad sexual	p.20-23
Delitos contra la salud pública	p.18-19
Delitos sexuales	p.20-23
Derecho a la inviolabilidad del hogar y de la comunicación privada	p.20-23
Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual	p.4 ; p.6
Derecho de defensa	p.7-8
Desacato	p.24-28
Detención	p.6 ; p.8-9
Errónea aplicación del derecho	p.13-14 ; p.18-19
Etapas investigación	p.9-10 ; p.10-13 ; p.15-17 ; p.20-23 ; p.23-24
Flagrancia	p.23-24
Fundamentación	p.4
Garantías constitucionales	p.4 ; p.4-6 ; p.6 ; p.6-7 ; p.8-9 ; p.9-10 ; p.24-28
Infracción sustancial de derechos y garantías	p.10-13 ; p.15-17 ; p.20-23
Juicio oral	p.6-7
Legalidad	p.23-24
Ley de control de armas	p.10-13
Ley de medidas alternativas a la privación/restricción de libertad	p.4-6
Ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	p.15-17
Ley de tránsito	p.10-13

Medidas cautelares	p.6 ; p.6-7 ; p.8-9
Nulidad de la sentencia	p.13-14
Peligro abstracto	p.18-19
Peligrosidad	p.18-19
Plazo de investigación	p.9-10
Policía	p.23-24
Porte de armas	p.10-13 ; p.23-24
Principio de inocencia	p.15-17
Principio de legalidad	p.13-14
Principio de proporcionalidad	p.6 ; p.6-7 ;
Principios y garantías del sistema procesal en el cpp	p.4 ; p.7-8 ; p.10-13 ; p.15-17 ; p.17-18 ; p.20-23 ; p.23-24 ; p.24-28
Prisión preventiva	p.4 ; p.9-10
Privacidad	p.20-23
Procedimiento monitorio	p.7-8
Procedimiento simplificado	p.6
Procedimientos especiales	p.6 ; p.6-7 ; p.8-9
Prueba	p.17-18 ; p.23-24 ; p.24-28
Prueba ilícita	p.20-23
Prueba testimonial	p.17-18 ; p.24-28
Recursos	p.4-6 ; p.7-8 ; p.20-23
Recursos - Recurso de amparo	p.4 ; p.4-6 ; p.6 ; p.7-8 ; p.9-10
Recursos - Recurso de nulidad	p.10-13 ; p.13-14 ; p.15-17 ; p.17-18 ; p.18-19 ; p.20-23 ; p.23-24
Registro de actuaciones	p.17-18
Remisión condicional de la pena	p.4-6
Robo con fuerza en las cosas	p.17-18
Tipicidad	p.13-14 ; p.18-19
Violencia intrafamiliar	p.24-28

Norma

Ubicación

CP art. 318	p.6 ; p.7-8 ; p.13-14 ; p.18-19
CP art. 318 bis	p.18-19
CP art. 366 quarter	p.20-23
CP art. 440 N° 1	p.17-18
CPP art. 102	p.7-8
CPP art. 122	p.6 ; p.8-9
CPP art. 127	p.6 ; p.8-9
CPP art. 130	p.23-24
CPP art. 160	p.20-23

CPP art. 225	p.20-23
CPP art. 227	p.17-18
CPP art. 228	p.17-18
CPP art. 257	p.9-10
CPP art. 273	p.20-23
CPP art. 276	p.10-13 ; p.15-17
CPP art. 290	p.24-28
CPP art. 298	p.24-28
CPP art. 308	p.24-28
CPP art. 309	p.24-28
CPP art. 325	p.24-28
CPP art. 329	p.6-7 ; p.24-28
CPP art. 373	p.17-18 ; p.18-19 ; p.23-24 ; p.24-28
CPP art. 373 letra a	p.10-13 ; p.15-17 ; p.20-23
CPP art. 373 letra b	p.13-14
CPP art. 376	p.15-17
CPP art. 384	p.10-13 ; p.15-17
CPP art. 393	p.6
CPP art. 395	p.7-8
CPP art. 83	p.10-13 ; p.15-17 ; p.23-24
CPP art. 85	p.10-13 ; p.15-17 ; p.23-24
CPP art. 89	p.10-13
CPP art. 9	p.20-23
CPP art. 93 letra b	p.7-8
CPR art. 19 N° 3	p.6-7 ; p.7-8 ; p.10-13 ; p.15-17 ; p.17-18 ; p.18-19 ; p.20-23 ; p.24-28
CPR art. 19 N° 7	p.4-6 ; p.9-10
CPR art. 21	p.4 ; p.4-6 ; p.6-7 ; p.7-8 ; p.8-9
CPR art. 4	p.20-23
CPR art. 5	p.20-23
CPR art. 7 letra b	p.20-23
L17798	p.10-13
L18216	p.4-6
L18290 art. 4	p.10-13
L19718 art. 2	p.7-8
L19718 art. 54	p.7-8
L20931 art. 12	p.23-24
L21226 art. 10	p.24-28
L21226 art. 7	p.6

