

COMENTARIO DE LA SCA DE SANTIAGO DE 18 DE ENERO DE 2021
(ROL N° 5993-2020)

CRISTÓBAL BONACIC MIDANE
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN
Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

1. Contexto de la sentencia

La resolución objeto del presente comentario acogió el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y los querellantes, Ministerio del Interior y Metro S.A., en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, dentro del contexto de la causa RUC N° 1901144154-0, RIT N° 112-2020, de fecha 10 de noviembre de 2020, al estimar el Tribunal de Alzada concurrente el motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra e), en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, omitiendo pronunciarse sobre la otra causal invocada exclusivamente por los acusadores particulares, que apunta a definir cuál es el Tribunal competente para pronunciarse sobre la ilicitud de un medio de prueba, respecto de la cual destinaremos algunas líneas al final de este trabajo.

2. Problemática fáctica

Los hechos objeto del juicio que finalizó con la absolución de ambos acusados, quienes, según la acusación fiscal, concurrieron en horas de la tarde del día 18 de octubre de 2019 hasta la Estación de Metro Pedrero, ingresando junto con otros individuos a partir de las 22 horas, realizando en su interior una serie de destrozos, para luego encender fuego al interior de una de las oficinas administrativas, siendo ello presenciado por uno de los acusados, en tanto el segundo contribuyó a aumentar el volumen del fuego arrojando material combustible a las llamas, provocando un incendio que afectó la estructura del edificio de la estación de metro; calificado por los acusadores como constitutivo del delito de incendio regulado en el artículo 475 N° 1 del Código Penal.

Adicionalmente, el persecutor imputó a uno de los acusados el delito de desórdenes públicos, previsto en el artículo 269 N° 1 del Código Penal, ejecutado el día 6 de noviembre de 2019, aproximadamente a las 12:00 horas, provocando el imputado menor de edad graves alteraciones al orden público, consistentes en la interrupción del tránsito vehicular mediante el encendido de materiales combustibles.

Adelantamos que la decisión de absolución pasó por la inexistencia de prueba de cargo, en orden a probar la participación de los acusados, según el estándar impuesto por el artículo 340 del Código Procesal Penal, pues estimaron los sentenciadores que la principal prueba de cargo rendida para ello, esto es, la grabación realizada por las cámaras de seguridad de la estación malograda, adoleció de ilicitud, viéndose, el Tribunal Oral, impedido de valorar la misma, así como toda la prueba derivada de ella, aplicando la denominada “teoría del fruto del árbol envenenado”¹.

La sentencia recurrida concentra sus principales argumentos a partir del considerando duodécimo, refiriendo que la prueba de cargo no fue suficiente para formar convicción de la intervención punible de los imputados, al adolecer de “graves y fuertes errores en la confección de la cadena de custodia, así como de su posterior manipulación, siendo que esta es la única evidencia de lo que realmente ocurrió al interior de la estación del Metro Pedrero”², teniendo dicha grabación un rol central, pues de ella se derivaron importantes diligencias cuyos resultados también oficiaron como prueba de cargo en el respectivo juicio oral, y que fueron claves para individualizar a los acusados.

En concreto, los miembros del tribunal oral advirtieron que la grabación exhibida en las audiencias de juicio correspondió a un video de 30 minutos de duración, obtenido a partir del DVD entregado voluntariamente por Metro S.A. el día 23 de octubre, cuya fecha de elaboración era imprecisa, siendo, además, manipulada por funcionarios policiales cuyos nombres no figuraban en la respectiva cadena de custodia, expresando la sentencia absolutoria que “todos los funcionarios de la Policía de Investigaciones fueron claros, contestes y precisos que ellos no revisaron ningún otro video, salvo aquellos que venían en esa cuestionada y poco fiable N.U.E., y de esa evidencia se obtuvieron ilegalmente

¹ Regla de exclusión que parte sobre la base que el Estado no puede aprovecharse de los hechos ilícitos para construir a partir de ellos una imputación penal. “Es por ello que, cuando se produce un vicio procesal que afecte una garantía constitucional como la defensa en juicio o el debido proceso legal, ese acto es nulo y también los actos posteriores”. LUCIO GODINO, Federico y otro, *Cadena de custodia. Procedimientos para resguardar los elementos probatorios*. Buenos Aires: Hammurabi (2020), p. 79.

² 7° TOP de Santiago, 10.11.2020, RIT N° 112-2020, considerando 12°.

fotogramas”³, a partir de los cuales se logró la individualización de uno de los acusados, junto con su detención e incautación de su teléfono celular, y de las vestimentas utilizadas en la comisión de los delitos indagados.

Así, el considerando décimo tercero del fallo recurrido refiere, a modo de síntesis, que “hubo una grave vulneración a las garantías constitucionales, al no observarse por parte de los investigadores las obligaciones que impone la Ley de procedimiento penal, que impone reglas específicas de cómo se debe llevar a cabo una investigación; y que nuestros Tribunales superiores han refrendado en reiteradas ocasiones, señalando que la vulneración de dichos procedimientos constituyen clara y categóricamente una afectación al debido proceso”⁴, perfilando así los lineamientos sobre los cuales se centró la discusión jurídica-procesal ante el Tribunal de Alzada: competencia de los tribunales orales para pronunciarse sobre la ilicitud de una prueba, y los efectos de una cadena de custodia deficiente respecto a la valoración de las evidencias.

II. EXAMEN DE LA DISCUSIÓN JURÍDICA Y COMENTARIO

1. Cadena de custodia y prueba ilícita

La discusión sobre los aspectos enunciados fueron levantados por el Ministerio Público al invocar como causal de nulidad la prevista en la letra e) del artículo 374, en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, pues el fallo del 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago infringió la exigencia de valoración y fundamentación establecida en el artículo 297 del Código adjetivo, al vulnerar el principio lógico de no contradicción, junto con omitir una exposición clara, lógica y completa de los medios de prueba, al amparo del último artículo citado.

El principio de no contradicción resulta desoído por el fallo impugnado, pues, por un lado, estimó que el video exhibido no podría ser valorado como prueba, al adolecer de graves deficiencias en su creación y manipulación, y por otro, le dio valor para desechar uno de los argumentos esgrimidos por la defensa, en cuanto a que dicha grabación respondería a un montaje urdido por las fuerzas policiales.

Más allá de la infracción al principio de no contradicción, resulta clave comprender cuál es el papel que juega la denomina cadena de custodia dentro del

³ 7° TOP de Santiago, 10.11.2020, RIT N° 112-2020, considerando 12°.

⁴ 7° TOP de Santiago, 10.11.2020, RIT N° 112-2020, considerando 13°.

proceso penal, y cuáles serían sus efectos sobre la prueba de cargo, para el caso que haya sido deficiente.

En otras palabras, debemos: i) definir si el yerro en la cadena de custodia transforma en ilícita la prueba a la cual está asociada, y ii) si dicha ilicitud conlleva derechamente la exclusión del medio de prueba afectado, relevando de paso al sentenciador de la carga impuesta por la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, que obliga a valorar cada elemento probatorio según las directrices previstas en el artículo 297; o, en su defecto, si las impurezas de la custodia solo tienen efectos en el grado de convicción que pueden generar en el tribunal, estando obligado este a realizar una valoración expresa.

En cuanto a lo primero, el 7° Tribunal Oral de Santiago, citando a Hernández Basualto, sostiene que el proceso penal contempla dos momentos para analizar la legitimidad de la prueba, siendo el primero la audiencia de preparación y el segundo el propio juicio oral, pues resulta “indudable que el artículo 276 del Código Procesal Penal cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una prohibición general de valoración que rige también y de modo especial para el tribunal que está llamado a valorar la prueba”⁵, estando obligado el sentenciador a examinarla con tal rigurosidad que no quede duda razonable alguna respecto a su licitud, suficiencia y credibilidad.

Respecto a la cadena de custodia, el Ministerio Público sostuvo que es un acto administrativo de respaldo, no siendo un acto jurídico procesal establecido por la ley, encontrando su anclaje en la práctica del Ministerio Público y las policías, de suerte que cualquier falla en la misma no implica una infracción legal, ni menos conlleva irremediablemente lesionar la garantía fundamental del debido proceso. En el caso en estudio, la defensa tuvo siempre acceso al mentado video, respecto del cual no solicitó su exclusión durante la audiencia de preparación de juicio oral, utilizándolo, además, como base para una prueba pericial privada dirigida a controvertir la presencia de los acusados en el sitio del suceso.

La falta de lesión sustancial a una garantía fundamental permite, como lo explicita el recurrente Ministerio del Interior, discriminar entre prueba ilícita y prueba irregular, encontrando dentro de la doctrina nacional dos criterios para diferenciarlas, uno amplio y otro restringido. El primero apunta a incluir bajo el rótulo de prueba ilícita a aquella contraria a cualquier norma del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, y/o principios generales del Derecho. El segundo, que parece ser el criterio mayoritario, limita el concepto de prueba ilícita exclusivamente a la obtenida con vulneración de derechos

⁵ 7° TOP de Santiago, 10.11.2020, RIT N° 112-2020, considerando 14°.

fundamentales, siendo la irregular a aquella que durante su obtención se han infringido normas jurídicas, pero sin afectación de derechos fundamentales. Así, la prueba irregular o ilegal, “no estaría sometida a la regla de exclusión ni tendría efectos reflejos o derivados, sino que su tratamiento se reconduciría al régimen general de la nulidad de las actuaciones procesales”⁶.

De esta forma, la ilegalidad (irregularidad) de la prueba se traduce en el debilitamiento de su credibilidad y fiabilidad, como sería el hecho que los funcionarios que confeccionaron los fotogramas no estén registrados en la cadena de custodia del video utilizado para ello, o que no se tenga certeza sobre la fecha de su creación; características que no exoneran al juzgador de ponderar la prueba rendida, sea que dicha valoración, como elemento de cargo, fuera positiva o negativa⁷.

No obstante que la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de nulidad intentado por los acusadores, no aborda la problemática planteada, pues anula el fallo recurrido, como argumento principal, por lesionar este el principio de no contradicción, pues la prueba excluida por ilegal sí fue valorada para descartar la teoría del *montaje* levantada por la defensa privada, precisando el Tribunal de Alzada que si se acepta el enfoque de la defensa, en orden a que la evidencia con deficiente cadena de custodia conlleva un desconocimiento “de los principios del derecho probatorio desde el momento de su recolección, principios según los cuales para afectar derechos fundamentales la sentencia debe fundarse en prueba legal, regularmente allegada al proceso y dice rechazarla por tales circunstancias; y tal decisión de desestimar la prueba significa que los sentenciadores no pueden darle a la evidencia otra posibilidad probatoria y, si se divisa esa magnitud positiva, como bien lo denuncia el recurso del Ministerio Público, resulta que la prueba no ha sido eliminada definitivamente; esto es, no es prueba y a la vez llega a serlo, que es lo que realmente está prohibido”⁸.

Como un segundo argumento, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago esgrimió que el 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago “si bien razona

⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, “Regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Concepto, fundamento y tratamiento procesal”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 21 (2015), p. 22.

⁷ Posición restrictiva adoptada por la reciente jurisprudencia española, la cual limita la ineficacia probatoria de las pruebas aportadas al proceso a las que adolezcan de una alteración o manipulación real de la cadena de custodia. MESTRE DELGADO, Esteban, “La cadena de custodia de los elementos probatorios obtenidos de dispositivos informáticos y electrónicos”, en Figueroa Navarro, Carmen (ed.), *La Cadena de Custodia en el Proceso Penal*, Madrid: Edisofer S.L. (2015), p. 79.

⁸ SCA de Santiago, 18.01.2021, rol N° 5993, considerando 17°.

respecto a la ilicitud de dichos medios probatorios e indica que afectan el derecho a defensa y al debido proceso, mencionando en general el contenido de dichas garantías, no fundamenta con la precisión debida, cuál de todas esas garantías que refiere es la vulnerada y de qué forma habría ocurrido aquello”⁹; omisión que implica, también, la infracción del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal.

Con la finalidad entregar una postura en torno al papel que cumple dentro del proceso penal la cadena de custodia, debemos precisar cuál es su fuente normativa, para luego concluir si dicha infracción torna en ilícita o solo en ilegal la prueba a la cual se encuentra asociada.

Respecto al primer punto, debemos hacer alusión al artículo 187 del Código Procesal Penal, norma que dispone que los objetos, documentos e instrumentos vinculados con el hecho investigado, sea que hayan servido para su comisión, sea que provengan de él, o que pudieran servir como medio de prueba, deben ser recogidos, identificados y conservados bajo sello, siendo el último responsable de ello el Ministerio Público, quien, según lo previsto por el artículo 188, debe tomar todas las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma las especies conservadas bajo custodia, pudiendo reclamarse la inobservancia del persecutor ante el juez de garantía, como también dispone dicha norma, ahora en su inciso segundo. Esta carga que no es más que el correlato de la función que tanto la Constitución Política de Chile como el Código Procesal Penal le encomiendan al Ministerio Público, en orden a dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, siendo este el único responsable frente al éxito o fracaso de una investigación¹⁰.

Es dentro de este marco legal que nace el Reglamento sobre Custodia de Especies Incautadas por el Ministerio Público¹¹ que regula el ingreso, custodia y salida de las especies corporales muebles cuya conservación le corresponda al persecutor, definiendo en su artículo 2° letra j) la cadena de custodia como el documento “que individualiza inequívocamente la especie

⁹ SCA de Santiago, 18.01.2021, rol N° 5993, considerando 18°.

¹⁰ La dependencia funcional de las policías al Ministerio Público, como consecuencia de ser este el encargado de dirigir la investigación, se plasma en la obligación que tienen las primeras de cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les imparten los fiscales, no pudiendo cuestionar su procedencia y oportunidad, sin perjuicio de exigir la respectiva autorización judicial si la diligencia encomendada restrinja o perturbe el ejercicio de algún derecho que la Constitución asegura, como prescribe el artículo 80 inciso 3° del Código Procesal Penal, en relación con su artículo 9°.

¹¹ Nuevo Reglamento aprobado por Resolución FN/MP N° 1.063 de 2 de julio de 2014 que sustituye el Reglamento sobre Administración de Especies por el Ministerio Público.

y registra en forma completa e ininterrumpida a las personas que estuvieron o están a cargo de la custodia de la misma”¹²; formalidad no satisfecha por la cadena de custodia asociada a la grabación utilizada para individualizar a los imputados, cuyas implicancias procesales dependen necesariamente de la magnitud de su ruptura.

Antes de aventurar una respuesta a la interrogante planteada, es menester precisar algunos aspectos conceptuales de la cadena de custodia, la cual suele ser definida por la doctrina desde dos puntos de vistas: como un procedimiento o como una garantía procesal.

Desde una perspectiva formal, la cadena de custodia corresponde al procedimiento que busca asegurar mediante un seguimiento trazable que la evidencia exhibida en el juicio oral no ha sido alterada, cambiada o sustituida, garantizando que las sentencias dictadas por los tribunales se dicten sobre la veracidad de las pruebas obtenidas durante el curso de la investigación. En otras palabras, “la cadena de custodia es un procedimiento porque es la suma de actos consecutivos que tienen a un fin común: mantener la veracidad de la prueba para que sean valoradas por el órgano judicial”¹³, permitiendo, finalmente, satisfacer la denominada garantía de la *mismidad de la prueba*.

El resguardo de la prueba está conformado por varias etapas que están informadas por normas jurídicas¹⁴ o administrativas¹⁵ que determinan los pasos a seguir por los agentes policiales, los peritos y el propio Ministerio Público, constituyendo un garantía que se inserta dentro del debido proceso penal, descansando los efectos de su ruptura [custodia] en cuál es la norma incumplida, en orden a si son reflejo de un derecho fundamental, o, por el contrario, solo están vinculadas a la búsqueda, recolección y análisis de los elementos de prueba.

¹² Luego, el Reglamento define en la letra k) del artículo 2° al Formulario Único de Cadena de Custodia como el documento que “permite uniformar el proceso de cadena de custodia entre diversas instituciones involucradas en el levantamiento, conservación y peritaje de especies incautadas, mediante el cual se les asigna un Número Único de Evidencia (N.U.E.)”.

¹³ LAM PEÑA, Reynaldo Jorge, *La Cadena de custodia. De los elementos de prueba y las ilicitudes probatorias en el proceso penal*. 1ª ed. Bogotá: Leyer Editores (2017), pp. 26-27.

¹⁴ Corresponde a los artículos 187 y 188 del Código Procesal Penal, regulando el último la conservación de las especies, disponiendo que las “especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del Ministerio Público, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma”, para luego agregar en el inciso segundo que podrá “reclamarse ante el juez de garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas”.

¹⁵ Corresponde al Reglamento sobre Custodia de Especies Incautadas por el Ministerio Público, de fecha 30 de agosto de 2014.

Corresponde entonces abordar la segunda cuestión. Los efectos procesales de la ruptura de la cadena de custodia dependerán de la norma que se quebranta: provocará la exclusión de la prueba cuando la infracción atente contra derechos fundamentales como el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa e igualdad entre las partes¹⁶, pero cuando la cadena de custodia se ve afectada por un mal procedimiento formal, a consecuencia de la infracción de normas vinculadas a la búsqueda y recolección de los elementos de prueba, la prueba sería irregular, mas no ilícita, pudiendo afectar su eficacia probatoria, dependiendo de la naturaleza, gravedad y acumulación de irregularidades, pues no toda infracción a los protocolos establecidos para la cadena de custodia ocasiona la nulidad¹⁷, como, por ejemplo, la no mención de alguno de los datos que se deben consignar, la ausencia de documentación exacta, o la omisión de algunos de los pasos realizados; infracciones todas que pueden, por cierto, generar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente probatoria, pero ello no equivale a su ilicitud, y como consecuencia, su necesaria exclusión¹⁸.

Es dentro de este marco teórico que parecen tener razón los acusadores particulares y recurrentes de nulidad, en el sentido que no toda infracción al Reglamento sobre la Custodia ocasiona la ilicitud del medio probatorio afectado,

¹⁶ La ruptura de la cadena de custodia puede lesionar también la presunción de inocencia, reconocida positivamente en el artículo 4º del Código Procesal Penal, siendo esta un presupuesto indestructible hasta que se corrompe lícitamente por los medios de prueba ofrecidos dentro del contexto del juicio oral, de suerte “que si las pruebas son alteradas o contaminadas se vulnera este principio porque lo valorado por el juez no recopila la mismidad de la prueba y puede desequilibrar el grado de responsabilidad penal del presunto acusado”. LAM PEÑA, ob. cit., p. 156.

¹⁷ Según Hinojosa Segovia la nulidad es la consecuencia de la infracción de normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, siendo estas imperativas y, por lo tanto, de cumplimiento obligatorio, o de orden público, o garantías del proceso, situando a alguno de los intervinientes en una efectiva indefensión cuando son omitidas totalmente. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas Madrid (1996), p. 174.

¹⁸ Posición compartida por la Corte Suprema al rechazar el recurso de nulidad intentado por la defensa, pues estimó que “si bien la cadena de custodia de los indicios materiales encuentra su fundamento en el debido [sic], para que se genere alguna duda sobre la certeza y seguridad de este procedimiento de control, no basta el mero retardo en el traspaso de la droga, que regula el artículo 41 de la Ley N° 20.000, sino que se requiere generar algún cuestionamiento directo que afecte la identidad e integridad de la evidencia, asunto que no ha ocurrido en la especie, pues la alegación de la defensa en torno a la manipulación de la sustancia incautada resulta ser meramente hipotética y eventual, sin que se haya planteado alguna duda sobre el gramaje ni sobre la naturaleza de la misma, ni que haya sido alterada o sustituida, manteniéndose, entonces, indemne”. SCS, 23.08.2010, rol N° 3657-2010.

como ocurre en el caso *sub lite*, pues la no inclusión del nombre de todos los funcionarios policiales que manipularon la grabación en el Formulario Único de Cadena, así como la duda respecto a la fecha de creación de la grabación impugnada, no conllevan *per se* afectar el debido proceso, la presunción de inocencia o el derecho a defensa, reflexión advertida por el Tribunal Revisor al indicar expresamente que el fallo anulado no fundamentó, con la precisión debida, cuál de todas las garantías aludidas de manera genérica fue infringida, ni menos de qué forma ocurrió; todo sin considerar, además, que la defensa de los imputados jamás cuestionó, ni durante la etapa de investigación, ni en la audiencia de preparación de juicio oral, la ilicitud de la grabación ya tantas veces mencionada.

2. Tribunal competente para pronunciarse sobre la ilicitud de un medio de prueba

Un aspecto que no fue zanjado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, al ser planteado como una causal subsidiaria por el Ministerio del Interior en su recurso de nulidad, corresponde a definir cuál de los distintos tribunales que intervienen dentro del proceso penal están llamados a pronunciarse sobre la ilicitud de un medio probatorio.

Este punto es levantado por el acusador particular a través de la causal regulada en el artículo 374 letra g) del Código Procesal Penal, la cual erige como motivo de nulidad cuando la sentencia recurrida ha sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada, hipótesis que se verificaría en la especie, según el recurrente institucional, en atención a que el fallo impugnado ha “realizado un nuevo examen de licitud de la prueba rendida por los acusadores en audiencia de juicio oral, no obstante que dicho examen –por mandato legal– le correspondió ya al 13^{er} Juzgado de Garantía de Santiago en la respectiva audiencia de preparación de juicio oral en la que el medio probatorio (identificado con la NUE 5982735 y que contenía el video de dinámica de los hechos dentro del Metro Pedrero) no fue excluido y respecto del que no se discutió tampoco su licitud, infringiendo el tribunal colegiado la autoridad de cosa juzgada que reviste el auto de apertura, al declarar ilícito tal medio de prueba”¹⁹.

A partir de esta posición, les compete a los tribunales de juicio oral exclusivamente la valoración de la prueba, estándoles vedado calificar la licitud de las actuaciones de investigación, cuestión que sería de competencia exclusiva de

¹⁹ SCA de Santiago, 18.01.2021, rol N° 5993-2020.

los jueces de garantías, cuyas resoluciones estarían revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Si bien un sector de la doctrina comparte este razonamiento al ser “atribución del juez de garantía la exclusión de prueba en el auto de apertura de juicio oral, y que el tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia”²⁰, debiendo, el interviniente perjudicado por la admisión errónea de una prueba ilícita por parte del juez de garantía, interponer el recurso de nulidad por la causal prevista en el artículo 373 letra a)²¹; posición más que discutible, pues se caería en el absurdo que todo juicio oral con prueba erróneamente admitida estaría indefectiblemente destinado a ser anulado, sea por la causal precitada, sea por la infracción del artículo 342 letra c), al no valorar toda la prueba rendida, ocasionando el innecesario desgaste del aparato judicial.

Posición última respaldada por Excelentísima Corte Suprema²² la cual anuló el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada por el 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago que condenó al imputado por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil, siendo este acreditado a partir de la prueba material recolectada por la denunciante con infracción a la garantía prevista en el artículo 19 N° 5 de nuestra Carta Fundamental, al haber ingresado sin autorización a la oficina y al computador del imputado para extraer el material almacenado, para luego entregarlo a la policía. De primar la tesis restrictiva levantada por el Ministerio del Interior y algún sector de la doctrina nacional, la decisión de anular la sentencia condenatoria en este caso no podría haber sido posible, pues el Juez de Garantía, quien tendría competencia exclusiva, ya se pronunció a favor de la licitud de la prueba de cargo, de manera que al 6° Tribunal Oral no le cabía otra alternativa que valorarla²³.

En síntesis, siempre el Tribunal Oral en lo Penal podrá prescindir de una prueba ilícita, no mediante su exclusión, pero sí a través de una valoración negativa, bastando para ello cumplir con lo dispuesto en el artículo 342 del Código Procesal Penal.

²⁰ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, citado en MATURANA MIQUEL, Miguel y otro, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 3ª ed. Santiago: Librotecnia (2017), p. 939.

²¹ MIRANDA ESTRAMPES, ob. cit., p. 48.

²² SCS, 11.06.2007, rol N° 1836-2007.

²³ También SCA de San Miguel, 18.11.2008, rol N° 1428-2008.

7. CORTE DE APELACIONES DERECHO PROCESAL PENAL

Delitos de incendio y desórdenes públicos. Incendio de estación del Metro Pedrero, estallido social de octubre de 2019. I. Concepto de cadena de custodia. Tribunal rechaza la prueba al concluir que la cadena de custodia de la misma ha desconocido los principios del derecho probatorio desde el momento de su recolección. Si sentenciadores rechazan la prueba no pueden darle a la evidencia otra posibilidad probatoria. II. Sentencia que carece de fundamentación respecto a la declaración de ilegalidad del medio probatorio consistente en el video y de toda la prueba derivada de él. Sentencia que no señala las garantías constitucionales vulneradas

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia absolutoria por los delitos de incendio –estación de metro pedrero– y desórdenes públicos cometidos a raíz del estallido social de octubre de 2019. Ministerio Público y querellantes interponen recursos de nulidad. La Corte de Apelaciones acoge los recursos deducidos, invalida el fallo impugnado y el juicio que le antecedió, retrotrayéndose la causa al estado de practicarse un nuevo juicio oral por jueces no inhabilitados.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *5993-2020, de 18 de enero de 2021*

PARTES: *Ministerio Público y otros con Daniel Morales Muñoz y otro*

MINISTROS: *Sr. Sergio Padilla Farías y Sr. Carlos Cosma Inojosa*

DOCTRINA

- Los sentenciadores concluyeron que la copia del video de la cadena de custodia de la prueba NUE 5982735, no da fe de lo que exhibe por haber sido obtenida con infracción de derechos fundamentales, lo que la elimina como evidencia, aseverando entre otros argumentos al respecto que “...no da fe que lo que realmente se exhibió haya sido tal cual ocurrió...”, “...que hubo una grave vulneración a las garantías constitucionales, al observarse por parte de los investigadores las obligaciones que impone la*

ley de procedimiento penal, que impone reglas específicas de cómo llevar a cabo una investigación...”, que “...desestima al delito de desórdenes públicos debido a que la prueba incorporada para acreditar, tanto el delito como la participación, se encontraba viciada, por emanar de una prueba determinada como ilegal...”, y otros párrafos similares del fallo. El recurso del Ministerio Público enfatiza que tal conclusión de la sentencia se contradice con lo aseverado en ella, a partir del rechazo que hace de la afirmación de la defensa de que la evidencia contenida en la cadena de custodia de la prueba NUE 5982735, sea un montaje, y además al aceptar el fallo la declaración de testigos, peritos y otros antecedentes probatorios, en especial, los relacionados con los discos de video cadena de custodia de la prueba NUE 5982726 y NUE 5982736, este último acompañado como prueba (original y de respaldo), que asientan sus opiniones y conclusiones precisamente en el elemento probatorio cuestionado por la Defensa. Por consiguiente, el recurso del ministerio público hace necesario referirse a la cadena de custodia de la prueba NUE 5982735, que consiste en la copia de un video obtenido de la empresa querellante Metro S.A., el que es captado y grabado desde la oficina central, en el que se observa al adolescente al interior de la Estación Metro Pedrero, el que “...arrojó algo combustible al fuego...”, quien es acompañado por el acusado mayor de edad. Los sentenciadores respecto a esa evidencia aseveran que “...contiene graves y fuertes errores en la confección de la cadena de custodia...”, “...así como su posterior manipulación, siendo que esta es la única evidencia de lo que realmente ocurrió al interior de la estación Metro Pedrero...” (considerandos 11° a 13° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

La cadena de custodia de la prueba es el procedimiento que permite demostrar la forma en la que la evidencia fue recolectada, analizada y preservada, antes de ser presentada al juicio oral en lo penal y que solo de una cadena de custodia de la prueba adecuada y del cumplimiento de sus pasos depende la aceptación, por parte del tribunal, de la prueba dentro del proceso penal. Por consiguiente, si el tribunal de juicio oral en lo penal acepta el enfoque de la defensa y llegó a la conclusión de que la evidencia cadena de custodia de la prueba NUE 5982735 ha desconocido los principios del derecho probatorio desde el momento de su recolección, principios según los cuales para afectar derechos fundamentales la sentencia debe fundarse en prueba legal, regularmente allegada al proceso y dice rechazarla por tales circunstancias; y tal decisión de desestimar la prueba significa que los sentenciadores no pueden darle a la evidencia otra posibilidad probatoria y, si se divisa esa magnitud positiva, como bien lo denuncia el recurso del ministerio público, resulta que la prueba

no ha sido eliminada definitivamente; esto es, no es prueba y a la vez llega a serlo, que es lo que realmente está prohibido (considerandos 16° y 17° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

- II. Además, el fallo recurrido también carece de fundamentación o razón suficiente en su propia declaración de ilegalidad del medio probatorio consistente en el mencionado video y, como consecuencia, de toda la prueba derivada de él, por cuanto, si bien razona respecto de la ilicitud de dichos medios probatorios e indica que afectan el derecho a defensa y al debido proceso, mencionando en general el contenido de dichas garantías, no fundamenta con la precisión debida, cuál de todas esas garantías que refiere es la vulnerada y de qué forma habría ocurrido aquello, limitándose a consignar los problemas de que adolece la cadena de custodia del video, pero sin argumentar cómo los mismos vulnerarían las garantías constitucionales a que se hace referencia en el fallo. Aquello, reviste especial importancia al tenor de lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, en fallo del 7 de enero de 2014, rol N° 10910-2013, donde concluye que “como es bien sabido, no toda infracción de la ley procesal ordinaria supone violación del derecho o garantía genérica constitucionalizada, en este caso, el debido proceso y el derecho de defensa, pues si así se pretendiera se estarían elevando a rango constitucional todas las normas del Código Procesal Penal, lo que resulta claramente inadmisibles”. Luego, de estimarse que se vulnera el debido proceso o el derecho a defensa, por la transgresión de las normas relativas a la custodia de una evidencia, debió expresarse con claridad y precisión cómo se arriba a dicha conclusión y no meramente enumerar los fallos detectados al respecto, única forma que permitiría determinar si una prueba puede ser o no considerada ilícita por infracción de garantías constitucionales, para luego efectuar una valoración negativa de la misma o estimarla insuficiente para acreditar el hecho o la participación, motivo por el cual los jueces también incurrieron en la causal denunciada por los recurrentes, del artículo 374 letra e) con relación al artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal, relativa a la falta de fundamentación necesaria (considerando 18° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/3816/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 187, 227, 228, 276, 297, 342 letra c), 374 letra e) del Código Procesal Penal.*