

4. CORTE SUPREMA - DERECHO PROCESAL PENAL

Abuso sexual infantil. I. Falta de los registros de video no impidieron la materialización de una metapericia. Vicio denunciado carece de trascendencia para arribar a la decisión de condena. II. Recurrente que no señala cómo el solo hecho de incorporar ciertas probanzas en una modalidad telemática o semipresencial vulnera el debido proceso. III. Nueva valoración de la prueba excede el ámbito del recurso de nulidad. Causal de nulidad de infracción a las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, rechazada. IV. Causal de nulidad de errada calificación jurídica, rechazada. Delito continuado no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación positiva. Requisitos de procedencia del delito continuado. Aplicación del delito continuado como política morigeradora de penas. V. Improcedencia de sostener que por el mero hecho de repetir, durante cierto lapso de tiempo, acciones de significación sexual y de relevancia, el agente tuvo un mismo designio criminoso. Afectación de la indemnidad sexual a través de acciones separadas en el tiempo

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito reiterado de abuso sexual infantil. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte Suprema.*

ROL: *6738-2021, de 30 de julio de 2021.*

PARTES: *Ministerio Público con Víctor Lara Garrido.*

MINISTROS: *Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Leopoldo Llanos S., Sra. María Teresa Letelier R., Sr. Jorge Zepeda A. y Abogada Integrante Sra. Carolina Coppo D.*

DOCTRINA

- 1. La falta de los registros de video de manera alguna impidieron a la defensa la materialización de una metapericia con la finalidad de evidenciar potenciales fallos metodológicos en la conclusiones desarrolladas por el*

perito del Servicio Médico Legal, respecto al relato de la víctima. El metaperitaje incorporado por la defensa, precisamente, cuestionó la carencia del registro de audio o de material audiovisual de la entrevista en comento, de forma tal que no logra advertirse la forma en que pudo afectarse el derecho a defensa cuando, precisamente, la estrategia de la defensa fue el desvirtuar metodológicamente la pericia practicada a la niña. A mayor abundamiento, aparece que el vicio denunciado carece de trascendencia para arribar a la decisión de condena, toda vez que, la pericia practicada a la víctima sirvió de corroboración al testimonio otorgado por ella en estrado, lo cual resultó coherente con la restante prueba de cargo. Por tal razón, no es posible sostener que en la especie se haya privado a la defensa de algún derecho, puesto que logró preparar su defensa, sobre la base –precisamente– de la carencia reprochada (considerando 10° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *En relación al reproche efectuado por la Defensa, es del caso subrayar, que tal como recientemente ha dicho la Corte Suprema, las argumentaciones formuladas por la asesoría letrada, tienen el carácter de genéricas, esto es, dicen relación con criterios predicables a todos los juicios de esta clase, y por ello este planteamiento que se hace a este tribunal, claramente, no deriva de la realidad del juicio que nos ocupa. En este aspecto, lo único concreto que alega la defensa es que el solo hecho de incorporar ciertas probanzas en una modalidad telemática o semipresencial, vulnera el debido proceso, sin precisar acabadamente como aquello habría determinado la decisión de condenar a ..., atendida su trascendencia y entidad. Como se evidencia, en esta fundamentación no se sostiene alguna vulneración de derechos o garantías constitucionales claramente identificables que hayan incidido causalmente en el resultado del juicio, de manera sustancial como lo previene la causal de nulidad empleada por la defensa. Con todo, valga reiterar que el reclamante no explica a esta Corte –de la manera concreta y específica exigible en un recurso de derecho estricto– cuál es la precisa garantía constitucional personal que le fue desconocida con directa influencia en la sentencia condenatoria dictada en su contra (considerando 13° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *Es necesario recordar que en un recurso como el de la especie, no ha sido dada a la Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. Por el contrario, la argumentación del impugnante se dirige en este sentido, a cuestionar la prueba producida por el Ministerio Público, mediante el análisis parcial de ella, sin atacar –como supone la causal de nulidad*

en examen— el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados. Por ello, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la fundamentación, es decir, la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, en donde se ha denunciado un análisis erróneo de la prueba rendida, que según el impugnante contradice el principio de la razón suficiente, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, extremo que no concurre pues quedó demostrado que las pruebas fueron efectivamente consideradas y valoradas, sin contradecir aquellos parámetros, lo que permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto e impide configurar el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta, que contempla el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, de manera que, el recurso propuesto por la presente causal, también será rechazado (considerando 18° de la sentencia de la Corte Suprema).

- IV. *En torno al delito continuado alegado por la defensa, resulta pertinente recordar que su existencia no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación positiva y que es el fruto de la doctrina y la jurisprudencia. Se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie; no obstante, lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas —Enrique Cury—. En el mismo sentido: “Con arreglo a ella, (teoría de la alternación) la reunión de los diversos actos aisladamente considerados delitos objetivamente autónomos en una unidad de acción presupone subjetivamente que el autor renueve la misma resolución delictiva o una similar, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalente o esencialmente equivalentes”. En relación con este tópico, suele señalarse que, para estar en presencia de un delito continuado, deben concurrir una serie de requisitos, tanto objetivos como subjetivos. Del primer orden son: la pluralidad de acciones u omisiones, la unidad de ley violada y, para algunos, la identidad del sujeto pasivo. De índole subjetiva es el requisito de unidad de designio, propósito, intención o dolo. También se incluyen en la doctrina ciertos elementos de carácter secundario que, fundamentalmente, permiten dar por establecido alguno de los requisitos mencionados. Aquí se ubican la unidad o identidad de*

ocasión, la conexión espacial y temporal, y el empleo de medios semejantes. Si bien en nuestro país, la figura del delito continuado no tiene reconocimiento legal, se acepta su aplicación, como política morigeradora de penas, para casos como los delitos contra la propiedad o en que no existen pruebas para distinguir y separar en el tiempo las diferentes acciones. El delito continuado, sin perjuicio de carecer de consagración legal en Chile, ha significado hondas discrepancias en la doctrina, lo que, como dice el Profesor Eduardo Novoa, hace imposible al intérprete apoyarse en ella con cierta consistencia, de manera que, de acuerdo a este autor en doctrina debe aplicarse el texto desnudo de la ley positiva vigente y, “para la ley chilena, el que realiza varias acciones distintas que están legalmente tipificadas, comete varios delitos, a no ser que el propio tipo dé a entender claramente que la pluralidad de acciones integra una sola infracción penal”, lo que no acontece en la especie (considerandos 20° y 22° de la sentencia de la Corte Suprema).

- V. *Aun aceptándose la posibilidad de entender continuada una determinada conducta prolongada del sujeto activo, en el caso que nos ocupa no puede concluirse que por el mero hecho de repetir entre enero de 2017 hasta el mes de septiembre de 2018 acciones de significación sexual y de relevancia, mediante contacto corporal, con la niña, el agente tuvo un mismo designio criminoso: simplemente se trata de un sujeto que, aprovechándose de estar al cuidado de su hija le efectuó tocaciones en diversas partes de su cuerpo, principalmente, en su vagina, conducta que fue en escalada, llegando al final del periodo a frotar su miembro con el cuerpo y la vagina de la niña, excluyendo por ello la unidad del dolo, lo implica, desde luego, la reiteración de una conducta delictual, aun cuando no se pueda saber exactamente el número de veces que ello ocurrió. En consecuencia, en el caso en estudio, se descarta la aplicación del carácter de continuado del delito que se estableció, pues de los hechos que el fallo ha tenido por comprobados, se colige que el agresor afectó la indemnidad sexual a través de acciones separadas en el tiempo, en un distinto contexto situacional y sin unidad de dolo (considerandos 23° y 24° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/64154/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 297, 315 342 letra c), 351, 373 letra a), 374 letra e) del Código Procesal Penal; 13, 366 bis, 366 ter del Código Penal.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 6738-2021,
DE 30 DE JULIO DE 2021, SOBRE RECURSO DE NULIDAD EN DELITO
DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

CLAUDIA CASTELLETTI FONT
Universidad de Chile

A pesar de los ya casi 20 años de instalado el modelo acusatorio en la justicia criminal en Chile, la discusión sobre la naturaleza del recurso de nulidad y, por tanto, de sus requisitos de procedencia y de su relación con la nulidad procesal regresa a estrados cada cierto tiempo, así como también lo hace la configuración de algunos derechos y garantías constitucionales. Seguramente los desafíos que implicó para la administración de justicia la adaptación de la “nueva realidad” que provocó la pandemia de COVID-19, y los mecanismos telemáticos de comparecencia y juzgamiento que nos vimos obligados a utilizar para no suspender el derecho al acceso a la justicia y a tutela judicial efectiva, sumado a algunas nuevas regulaciones procesales, como la Ley N° 20.057, sobre entrevista videograbada, han hecho que la Sala Penal de la Corte Suprema haya reconsiderado algunos de sus planteamientos anteriores.

El caso que nos convoca es uno de ellos. Se trata de un recurso de nulidad planteado por la causal principal de la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal (“CPP”), basado en que parte de la prueba había sido incorporada con infracción a garantías y derechos constitucionales. El recurrente alegaba tres puntos respecto a esta infracción, que fueron rechazados. En primer lugar, que la defensa no había accedido a la videograbación de la entrevista pericial sobre el testimonio de la víctima, pues había sido destruida, y que tan solo conoció una transcripción parcial de la declaración, lo que le había impedido metapericiar tanto los dichos como los gestos y el lenguaje no verbal, vulnerando con ello los derechos a la defensa, al debido proceso y a un tribunal imparcial. En segundo lugar, alegó la incorporación de prueba testimonial y pericial producida fuera de la sala de audiencias, al haberse obtenido mediante declaración por videollamada, cuestión que habría sido justificada por la situación sanitaria en el país, pero que le imposibilitó corroborar la identificación de sus identidades, la existencia o inexistencia de contaminación de las declaraciones con elementos exógenos y, en definitiva, sustentar su teoría del caso de insuficiencia probatoria. El tercer capítulo de nulidad por infracción sustancial de garantías se habría configurado porque el tribunal acogió unas objeciones hechas al contraexamen de un testigo.

Si bien no nos referiremos a ellas, se plantearon también causales subsidiarias, todas rechazadas. La primera causal subsidiaria invocada fue la del art. 374 letra e) del CPP en relación con los arts. 297 y 315 del mismo cuerpo legal, por cuanto se habría valorado una prueba pericial no íntegra e incoherente con otras aportadas en el juicio, sin explicación fundada de las razones que llevaron al tribunal a hacerlo. La segunda causal subsidiaria fue la del 374 letra e) en relación con el art. 342 letra d) del CPP, por no haberse señalado los argumentos para configurar la circunstancia mixta del art. 13 Código Penal (“CP”) como agravante, no obstante la inherencia de la conducta sancionada con la agravante impuesta en la determinación de pena. Finalmente, sustentó su recurso en una última causal subsidiaria, la del art. 373 letra b) del CPP en relación con el art. 351 del mismo Código, al haberse estimado los hechos como reiterados.

I. ¿EXISTE UNA ÚNICA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ROL DEL PERJUICIO EN EL RECURSO DE NULIDAD PENAL?

En la sentencia de nulidad, la Corte Suprema desechó la causal principal por considerar que, para la procedencia del recurso de nulidad, el agravio alegado debía ser real, es decir, que “perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso”¹, y además la infracción requería ser “sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”². Agregó que la declaración de nulidad exigía una vinculación entre la declaración formal de las actuaciones reclamadas como defectuosas y la causal de nulidad invocada, dado que es de esta declaración de la que se derivan “las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal”³.

En particular, la Corte entendió que los hechos en los que sustentó la causal eran genéricos, sin que se hubiera alegado con precisión cómo la falta de acceso

¹ Corte Suprema, 30.07.2021, rol N° 6738-2021, considerando 12°.

² *Ibidem*.

³ *Ídem*.

al registro videograbado de la entrevista había impedido realizar un metaperitaje⁴; ni cómo la incorporación de probanzas por vía telemática o semipresencial habrían vulnerado el debido proceso⁵, ni cómo, al haberse acogido las objeciones planteadas al contraexamen de una sola testigo⁶, habían “determinado la decisión de condenar a V.M.L.G., atendida su trascendencia y entidad”⁷, por lo cual procedía el rechazo del recurso al no haberse cumplido con el requisito de la trascendencia, entendida como vicios que inciden “causalmente en el resultado del juicio, de manera sustancial”⁸.

En definitiva, y aunque la sentencia no lo señale expresamente ni lo cite, esta línea jurisprudencial sustenta su exigencia de trascendencia en la aplicación del art. 375 a la causal del art. 373 letra a); esto es, que “[n]o causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva”.

Pareciera que esta concepción es la que ha primado en las distintas sentencias dictadas en el año 2021, puesto que con argumentos similares se manifestó la Segunda Sala en sentencia de 28 de octubre, en la que señaló, en primer lugar, que “la causal de nulidad impetrada de manera principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal no se consuma por la mera infracción de una garantía fundamental, sino que dicho precepto demanda además que esa infracción sea sustancial, esto es, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso”⁹ y, en segundo lugar, que era carga del recurrente “precisar cuáles fueron estas consultas y de qué modo el formularse de la primera forma impidió arribar a la respuesta pretendida, y qué relevancia habría tenido ésta para el establecimiento de los hechos y la participación”¹⁰.

Sin embargo, esta doctrina sobre el principio de trascendencia del recurso de nulidad penal fundado en la letra a) del art. 373 CPP, la concepción sobre la naturaleza del recurso de nulidad penal, y de paso el rol de la magistratura en el sistema de control de garantías y derechos constitucionales no ha sido unánime en la Sala Penal de la Corte Suprema, que también ha manifestado una posición contraria. Para este grupo de sentencias, la literalidad de la causal solo exigiría

⁴ Ídem, considerando 10°.

⁵ Ídem, considerando 13°.

⁶ Ídem, considerando 16°.

⁷ Ídem, considerando 13°.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Corte Suprema, 28.10.2021, considerando 6°.

¹⁰ Ídem, considerando 7°.

una infracción sustancial de derechos o garantías o, dicho de otro modo, la trascendencia se debe ponderar en relación con la infracción a la garantía o derecho, y no respecto a su influencia en lo resolutivo del fallo.

En esta línea jurisprudencial destaca la resolución de 16 de julio de 2015, rol N° 5851-2015, en la que la Corte Suprema señaló que la trascendencia del vicio de nulidad debía consistir en infracciones sustanciales de derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales, de forma tal que, como debía cumplirse con el criterio de conservación de los actos procesales, solo se entienden como sustanciales aquellos “de significación, relevancia o trascendencia”, lo que obligaba a ponderar su carácter sustancial porque al no existir una regla o mandato “debe atenderse a las singularidades del caso”¹¹. Pero agregaba que la sustancialidad no guardaba “relación con lo resolutivo del fallo, ya que en la especie obligaría a ponderar prueba para verificar una diversa conclusión fáctica, sino con la entidad o dimensión de la vulneración de que se trate”¹². Añadió que la situación era similar en los recursos de nulidad basados en motivos absolutos del art. 374 del CPP, por cuanto no se requería demostrar perjuicio (ya que se presumía) ni incidencia en lo resolutivo, sino solo “constatarse que se trata de una infracción relevante de los derechos o garantías”¹³. Con idénticos fundamentos podemos citar las sentencias de la Corte Suprema dictadas el 9 de enero de 2019 en causa rol N° 28305-2018¹⁴ y el 23 de octubre de 2020 en causa rol N° 112393-2020¹⁵.

Entonces, podemos ver que la Sala Penal ha transitado entre dos concepciones antagónicas: por un lado, aquella que exige la existencia de un “vicio sustancial” que afecte lo resolutivo o parte dispositiva del fallo, estableciendo que la declaración de nulidad tiene como límite lo dispuesto en el art. 375 CPP y, por otra, aquella en la que el “vicio sustancial” debe afectar la garantía o derecho alegado, esto es, la trascendencia es parte de la causal misma y guarda relación con una ponderación que el tribunal debe hacer de la afectación en la garantía o derecho alegado como vulnerado.

Esta misma discrepancia en las sentencias de la Sala Penal se ha dado en la doctrina: por un lado, por ejemplo, Del Río Ferretti ha manifestado que el vicio sustancial debe afectar lo dispositivo del fallo, ya que el legislador había previsto la aplicación del art. 375 “para el único motivo que no rechaza explícitamente

¹¹ Corte Suprema, 16.06.2015, rol N° 5851-2015, considerando 8°.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Corte Suprema, 9.01.2019, rol N° 28305-2018, considerando 8°.

¹⁵ Corte Suprema, 23.10.2020, rol N° 112393-2020, considerando 7°.

su aplicación, cual es el caso de la letra a) del 373”¹⁶, y por otro, López Masle, para quien la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo debe resolverse conforme lo establece el art. 159 CPP, esto es, que se ocasione “un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”, lo que se produciría “cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”¹⁷.

Ahora, más allá de los argumentos ya dados desde la academia en uno y otro sentido, en nuestro concepto una correcta concepción de la trascendencia en materia recursiva penal solo debiera ponderarse en relación con el derecho o garantía afectados, en atención a lo que se ha llamado principio de integridad judicial. Tal como lo ha dicho Bustos Leiva, si bien se trata de una doctrina nacida en el ámbito probatorio en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica *Elkins v. United States* de 1960¹⁸, sus fundamentos hacen que deba “ser comprendida como aquel mandato que obliga a todos y cada uno de los miembros de la judicatura a velar por el respeto y la persecución del Estado de Derecho, toda vez que, si no es el propio órgano aplicador del Derecho, el que más estrictamente se ciñe a su mandato, difícilmente puede hacer exigibles dichas conductas a sus ciudadanos”¹⁹, de ahí que “supone necesariamente hacerse cargo de todos los efectos perniciosos que se siguen de la vulneración de la norma, de la transgresión de garantías y, de los actos arbitrarios o ilegales que realicen los agentes del Estado”²⁰.

¹⁶ DEL RÍO FERRETTI, Carlos, “El principio de trascendencia en relación con el motivo de recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal chileno”, en *Política Criminal*, 13(25), 2018, pp. 322-349.

¹⁷ HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), t. II, pp. 415 y 416.

¹⁸ Efectivamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha referido expresamente en los últimos años a este principio a propósito de la prueba ilícita, como puede verse en el considerando 5° de la sentencia de 3.08.2017, rol N° 37972-2017, en la que expresó: “el deber de repeler la prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido, el Estado está obligado a velar por el respeto de las garantías fundamentales y a evitar los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, a fin de resguardar la legitimidad del sistema penal y la integridad judicial”. Este mismo texto se incluyó en el considerando 5° de la sentencia de 30.01.2018, rol N° 45014-17.

¹⁹ BUSTOS LEIVA, Marcela, “Doctrina de la integridad judicial”, en *Enestrado*, 8 de julio de 2020.

²⁰ *Ibíd.* Un antecedente de la aplicación fuera del ámbito probatorio lo encontramos en la sentencia del 13^{er} Juzgado de Garantía de Santiago, de 6.06.2006, en la que, a propósito de una orden de detención, el magistrado dejó constancia en el considerando 3° de que “[t]odo lo anterior permite, en este estado, a este juez afirmar que cuando el señor fiscal llamó para pedir

Entonces, si el principio de integridad judicial se configura como el fundamento mismo del ejercicio de la judicatura cuya función es restablecer el imperio del derecho cuando ha existido una infracción a derechos y garantías de las personas, no debiéramos sino entender que la trascendencia del vicio de nulidad que permite un recurso basado en el art. 373 letra a) del CPP no puede relacionarse con su influencia en lo dispositivo del fallo, sino con la vulneración misma del derecho o garantía, dada también la estrecha relación entre la nulidad procesal y el recurso de nulidad.

II. LA CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA GARANTÍA DE CONOCER A CABALIDAD LA ACUSACIÓN Y LOS REQUISITOS PARA QUE UNA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DADA POR VIDEOCONFERENCIA NO AFECTE EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A DEFENSA

Si bien la Sala Penal no se refirió al contenido de los derechos constitucionales supuestamente vulnerados por la falta de trascendencia ya comentada, creemos que es útil reseñar algunas cuestiones que la misma sala ha resuelto sobre algunas garantías y que hubiera sido interesante leer en este caso. Así, la pregunta que surge es si la falta en el acceso o control por la defensa a una parte de la prueba sobre la que se sustenta la acusación y posterior fallo puede configurar una infracción a algún derecho o garantía constitucionales. Primeramente, nos detendremos en la falta de acceso de la persona imputada al registro videograbado de la entrevista pericial por haber sido destruido. Para la Corte, “la falta de los registros de video de manera alguna impidieron [sic] a la defensa la materialización de una metapericia con la finalidad de evidenciar potenciales fallos metodológicos en la conclusiones desarrolladas por el perito del Servicio Médico Legal, respecto al relato de la víctima. El metaperitaje incorporado por la defensa, precisamente, cuestionó la carencia del registro de audio o de material audiovisual de la entrevista en comento, de forma tal que no logra advertirse la forma en que pudo afectarse el derecho a defensa cuando,

la orden, en el fondo, el imputado estaba ya ilegal e injustificadamente privado de libertad en un cuartel policial y de haber accedido a lo que se pedía este juez habría hecho caso omiso del principio de integridad judicial, conforme al cual la jurisdicción –especialmente la cautelar– no puede amparar actos estatales contrarios a la ley y vulneratorios de los derechos fundamentales con sus resoluciones. En definitiva, el procedimiento policial expuesto ante este juez, con los antecedentes referidos en ese momento, obedecen más bien a prácticas propias de una forma de Estado poco feliz y por entero ajena al baremo de un Estado Democrático de Derecho”. Vid. 13^{er} Juzgado de Garantía de Santiago, 6.06.2006, *Revista de Estudios de la Justicia* (2006), N° 7, pp. 259-262.

precisamente, la estrategia de la defensa fue el desvirtuar metodológicamente la pericia practicada a la niña”²¹.

Llama poderosamente la atención que la Corte Suprema no haya revisado siquiera un elemento muy propio y fundamental del derecho al debido proceso como es el derecho de la persona imputada a conocer a plenitud la acción penal ejercida, que implica poner en su conocimiento todos los extremos de la acusación, de manera tal que pueda defenderse adecuadamente en todas y cada una de las etapas del proceso penal. En palabras de Asencio Mellado: “[el] derecho de toda persona a ser informada de la acusación que contra ella pesa aparece, por tanto, configurado como el primero de los elementos o presupuestos que va a venir a condicionar ya no sólo la existencia misma de un real proceso de partes, sino también, y más en concreto, la propia vigencia del derecho de defensa”²². De hecho, este conocimiento no se satisface con la mera exposición de los cargos que se le formulan, sino que se exige conocer de manera clara y completa todo lo que esté determinado a establecer el objeto sobre el que versará el enjuiciamiento criminal²³, esto es, abarca el conocimiento pleno, completo y cabal de todo el material probatorio en que se sustenta la acusación, ya que se trata de la única forma en que el acusado puede defenderse en igualdad de armas que el acusador²⁴.

Este derecho de la persona imputada al conocimiento cabal de la investigación hecha por el órgano persecutor tiene como fundamento un aspecto destacado del debido proceso y el derecho a la defensa: la igualdad entre las partes, pues repetidamente la jurisprudencia de la Segunda Sala ha recordado que es un “deber del juzgador velar porque se establezca un real equilibrio, sin ningún tipo de discriminaciones entre el imputado y la parte acusadora”²⁵, en atención a que la principal garantía del método para buscar la verdad relativa o formal del sistema acusatorio “se confía al principio de contradicción, que consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación

²¹ Corte Suprema, 30.07.2021, rol N° 6738-2021, considerando 10°.

²² ASENCIO MELLADO, José María, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium (1989), p. 95.

²³ En este sentido, CAROCCA PÉREZ, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: José María Bosch (1998), pp. 261.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Corte Suprema, 16.06.2015, rol N° 5851-2015, considerando 6°. En este mismo sentido pueden verse las sentencias de la Corte Suprema de 24.03.21, rol N° 154765-2020, considerando 6°, y de 14.04.2021, rol N° 122148-2020, considerando 7°.

de las hipótesis acusatorias”²⁶. Así las cosas, si la parte acusadora accedió a la videograbación completa y pudo evaluar lo que la sicología del testimonio denomina indicios no verbales, extralingüísticos y fisiológicos que pueden o no estar asociados a predictores de engaño o veracidad, ¿por qué a la defensa le está vedado si justamente forma parte de su teoría del caso?

Por otro lado, se trataba de un caso en que la Corte Suprema podría haber confirmado cuáles son las condiciones en que un testimonio hecho en forma telemática no vulnera derechos y garantías fundamentales. Ello porque en lo resuelto por una antigua sentencia de 11.08.2003, rol N° 2662-2003, se establecieron, en un contexto de normalidad sanitaria, los requisitos para que una declaración pericial fuera legítima:

c) En consideración a lo expuesto, la declaración de un perito durante el curso de un juicio oral, así como su interrogatorio y contrainterrogatorio sirviéndose de una videoconferencia ha de considerarse equivalente a la que se realiza contando con su presencia física en el lugar en que se desarrolla el proceso y, por lo tanto, idónea para interrogarlos personalmente, en el sentido del inciso primero del artículo 329 del Código Procesal Penal. Para que ello sea así es necesario, obviamente, adoptar las precauciones que se tomaron en el caso *sub-lite*, esto es, cuidar que el deponente declare desde la sede del Tribunal Oral en lo Penal más próximo al lugar en que se encuentra, debiendo sus jueces comprobar su identidad, tomarle juramento y prestando su testimonio o evacuando su pericia ante los ministros de fe y de un representante de la o las contrapartes, en día y hora previamente determinados, y en consideración a que fue acordada en una situación especial y extraordinaria, previamente justificada ante el tribunal competente.

En definitiva, y aunque aún hay controversia sobre si los juicios telemáticos generan o no infracciones a garantías y derechos a las personas imputadas, especialmente por la forma en que se prestan las declaraciones testimoniales²⁷, de todas formas la Corte Suprema ya se ha pronunciado sobre algunas infracciones a derechos y garantías cometidas durante la vigencia de la Ley N° 21.226, que

²⁶ Corte Suprema, 16.06.2015, rol N° 5851-2015, considerando 6°, y sentencia de 14.04.2021, rol N° 122148-2020, considerando 8°.

²⁷ Han destacado la existencia de diversas infracciones constitucionales PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “La compatibilidad de los principios e imperativos constitucionales del debido proceso y la realización de juicios orales a través de mecanismos telemáticos”, en Defensoría Penal Pública (ed.), *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2020-2021*. Santiago: Defensoría Penal Pública (2021), pp. 155 y ss.; y OLIVER CALDERÓN, Guillermo y VERA VEGA, Jaime, “Sobre la procedencia o improcedencia de realizar juicios orales penales mediante videoconferencia en la actual situación de pandemia”, en Defensoría Penal Pública (ed.), *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2020-2021*. Santiago: Defensoría Penal Pública (2021), pp. 191 y ss.

estableció un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales durante la pandemia de COVID-19. Por tanto, este caso habría sido un buen momento para fijar su posición sobre cómo deben efectuarse.

De hecho, ya en otra causa la Sala Penal, en sentencia dada el 14.04.2021, rol N° 122148-2020, recordó que “el atestado de los testigos mediante la modalidad de la video conferencia, debe necesariamente ceñirse a la formalidades [...] 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”²⁸, de manera tal que, no acogiéndose un incidente de nulidad de la defensa y no ordenándose un nuevo juicio, al “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”²⁹.

En conclusión, el fallo comentado nos muestra que la concepción y requisitos del recurso de nulidad penal aún generan discrepancias al interior de la Segunda Sala de la Corte Suprema, y que, a pesar de que esta tiene una concepción bastante explícita sobre la configuración de algunos derechos constitucionales y sobre cuál es el rol de la judicatura como protectora de estos, no siempre ha sido posible conocer la opinión de la Corte sobre casos concretos por esta discrepancia fundamental sobre el sistema recursivo.

²⁸ Corte Suprema, 14.04.2021, rol N° 122148-2020, considerando 9°.

²⁹ *Ibíd.*