

4. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

ROBO CON INTIMIDACIÓN

INEXISTENCIA DE REGULACIÓN LEGAL SOBRE LA FORMA DE REALIZAR LOS RECONOCIMIENTOS. RECONOCIMIENTO EFECTUADO EN EL RECINTO POLICIAL Y RECONOCIMIENTO EFECTUADO MEDIANTE EXHIBICIÓN DE KÁRDEX FOTOGRÁFICO. INSUFICIENCIA PROBATORIA PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UN RECONOCIMIENTO INDUCIDO POR LOS FUNCIONARIOS POLICIALES. IMPUTADO CUYAS CARACTERÍSTICAS FUERON ADVERTIDAS CLARAMENTE POR LA VÍCTIMA Y RECORDADAS FIRMEMENTE AL MOMENTO DE SU RECONOCIMIENTO EN EL JUICIO ORAL. EXISTENCIA DE INDICIOS INDEPENDIENTES DE CONFIABILIDAD EN EL RECONOCIMIENTO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de robo con intimidación, en grado consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: 27840-2016, de 21 de julio de 2016

PARTES: *“Ministerio Público con Yanini Vargas Vargas”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.*

DOCTRINA

No existe en nuestro ordenamiento una reglamentación legal de la forma en que han de llevarse a cabo los reconocimientos, de manera que, en la especie, siendo indubitado que efectivamente se realizó uno en la forma prevista por el Fiscal de turno –mediante exhibición de kárdex fotográfico–, la cuestión principal a dilucidar es si el reconocimiento efectuado en el recinto policial y el realizado mediante la exhibición fotográfica fueron o no inducidos por los funcionarios policiales, con total independencia del orden de su realización. Sin embargo, la prueba rendida por la defensa –recurrente de nulidad– ante el tribunal ad quem de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal no aportó indicio alguno que acreditase tal inducción, ni tampoco lo estimó así el tribunal de la

instancia, por lo que afirmar lo contrario vulneraría los principios de inmediatez, oralidad y bilateralidad de la audiencia que se garantizan en el juicio oral. Por el contrario, los hechos establecidos en la instancia en relación con el grado de cercanía con que el ofendido observa al acusado al ser abordado por éste –menos de medio metro–, así como el escaso tiempo transcurrido desde ese momento al del supuesto reconocimiento en persona –aproximadamente 4 horas–, permiten descartar la incidencia de los supuestos defectos con que se llevaría a cabo la diligencia como para entender que de ellos se derivaría un reconocimiento inducido por la policía, de manera tal que dicho reconocimiento no ha podido tener como consecuencia una infracción sustancial al debido proceso. En efecto, el imputado y sus características fueron advertidas con claridad por el ofendido y recordadas firmemente al momento de su reconocimiento en el juicio oral, sin que exista prueba alguna de que la actividad policial tuviera el corolario de posicionar en la mente o recuerdos de la víctima la imagen del imputado antes inexistente, sustituyendo de ese modo ésta a la del verdadero autor (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

En un sentido similar, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha establecido como estándar para resolver la admisibilidad de la prueba relativa a la identificación de testigo, por una eventual vulneración al debido proceso, el que estemos o no ante un proceso de identificación innecesariamente sugestivo o, al contrario, si se presentan indicios independientes de confiabilidad en el reconocimiento que puedan sopesarse contra el probable efecto corruptor de los errores del procedimiento policial, de manera tal que, en ese marco, se debe determinar si, consideradas la totalidad de las circunstancias, la identificación aparece ser confiable y, sólo si la conclusión es desfavorable, esa prueba debe ser excluida. Así, conforme a esta jurisprudencia, los factores relevantes para determinar la confiabilidad incluyen la oportunidad del testigo para ver el criminal en el momento del delito, el grado de atención del testigo, la exactitud de la descripción previa del criminal por el testigo, el nivel de certeza demostrado por el testigo en la confrontación, y el tiempo transcurrido entre el delito y la confrontación, todo lo cual, aplicado a las circunstancias del caso de marras que dio por ciertas la sentencia, refuerza la conclusión de que los supuestos errores del procedimiento de identificación de la víctima respecto del acusado no tuvieron el efecto de volver inútil o ilegítima, por su falta de fiabilidad, esa diligencia, ni tampoco el reconocimiento que la víctima realizó directamente en la audiencia de juicio oral (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

En consecuencia, no resultan acreditadas las circunstancias que fundan el presente recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, tanto la protesta consistente en que los policías desoyen al Fiscal de turno al realizar primero el reconocimiento en persona y después el efectuado mediante set fotográfico –y valiéndose de una foto del imputado

previamente reconocido presencialmente—, infringiendo con ello los artículos 83 y 180 del Código Procesal Penal por realizar diligencias en forma autónoma de las instrucciones del Fiscal fuera de los casos en que es autorizado por la ley; y, segundo, en cuanto se esgrime que el reconocimiento en set fotográfico, por ser precedido por uno presencial, resultó inductivo. Asimismo, lo razonado previamente igualmente permite desestimar la alegada infracción a los deberes de registro establecidas en el artículo 228 del Código Procesal Penal para los policías, al no explicarse en el recurso la trascendencia de ese defecto de no haberse efectuado los reconocimientos en el orden postulado por el recurrente, lo cual también cabe extender a las alegaciones de que en el reconocimiento presencial participan menores de edad. Y todavía sobre lo mismo, la indeterminación ya aludida hace perder trascendencia al hecho de que para la elaboración del set de reconocimiento fotográfico se hubiese utilizado una fotografía del acusado obtenida el día de su detención, pues al no asentarse que previamente hubiese existido un reconocimiento personal, su incorporación al set no puede considerarse inductiva (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/5121/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 83, 180, 228 y 359 del Código Procesal Penal.*

RECONOCIMIENTO DE IMPUTADO EN DELITO FLAGRANTE

MAURICIO REYES LÓPEZ

Doctorando en Derecho en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

La Corte Suprema en causa rol I. Corte N° 27840-2016, resolvió rechazar un recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado en virtud del motivo de nulidad establecido en el art. 373 letra a) del CPP¹, esto es, infracción de garantías fundamentales, confirmando con ello la sentencia dictada por el Séptimo Tribunal del Juicio Oral de Santiago, por medio de la cual se condenó al acusado como autor del delito de robo con intimidación, tipificado en el art. 432 del CP (RIT 369-2015; RUC 1310019403-6).

¹ El recurso esgrimió también como causal subsidiaria del recurso, el motivo absoluto de nulidad contenido en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a la letra c) del 342 y a los artículos 297 incisos 1° y 2° de dicho cuerpo legal. Por razones de espacio y prioridad, trataré únicamente la causal principal del recurso.

Los hechos relevantes del caso son los siguientes: según lo establecido en la sentencia impugnada, dos menores de edad y un mayor de edad (este último, imputado en el procedimiento en comento) cometieron el delito de robo con intimidación, coaccionando a la víctima por medio de una amenaza con arma de fuego, a fin de que esta tolerara la sustracción de su automóvil. Consumado que fue el delito, la víctima dio aviso inmediato a la policía, la que, merced a la descripción del vehículo y sus sustractores, lo encontraron rápidamente y procedieron a detener a sus ocupantes por delito flagrante. Asimismo, la policía encontró al interior del auto un arma a fogeo que coincidía con la descripción efectuada por la víctima inmediatamente después de perpetrado del hecho. Cuatro horas después de la realización del robo, la víctima de dicho delito identificó presencialmente a los detenidos, en el cuartel policial. Al día siguiente, identificó asimismo a los imputados como los autores del robo, mediante un kárdex fotográfico en el que se incluía una fotografía del rostro del imputado, tomada en el cuartel policial el día de su detención. Durante el juicio oral, la víctima prestó declaración como testigo, identificando nuevamente al imputado, y declarando que en el momento de la comisión del delito se encontró a medio metro de distancia de sus atacantes. En base al testimonio prestado por la víctima y los funcionarios que practicaron la detención, el acusado fue condenado a siete años de presidio.

La defensa del acusado interpuso un recurso de nulidad basado en la vulneración al debido proceso, la publicidad del proceso penal y la obligación de dirección del Ministerio Público sobre la actuación policial en la investigación. De acuerdo a la argumentación contenida en el recurso, la vulneración a las antes mencionadas “garantías” habría consistido en la realización de diligencias investigativas (el reconocimiento del imputado) contrarias a las instrucciones impartidas por el fiscal y, a su vez, vulneratorias del derecho a un justo y racional procedimiento e investigación: mientras que la orden había sido efectuar el reconocimiento mediante kárdex fotográfico, este fue realizado primero presencialmente en el cuartel policial, poco tiempo después de la detención, al tiempo que el reconocimiento fotográfico, que tuvo lugar el día siguiente, habría estado inducido por el primer reconocimiento presencial, esto es, la víctima habría realizado el reconocimiento fotográfico estando influenciada o prejuzgada por el reconocimiento efectuado el día anterior en el cuartel policial. Ello constituiría un déficit de imparcialidad y objetividad incompatible con los estándares mínimos del debido proceso. A ello se agrega que del primer reconocimiento no habría habido registro –de ahí la vulneración al principio de publicidad– y que la defensa habría tomado conocimiento de dicha actuación a través del testimonio de la víctima en el juicio oral.

Sin embargo –y conforme a la correcta sentencia de la Corte Suprema– no hay antecedentes suficientes que permitan colegir que el reconocimiento fotográfico haya sido sugestivo: en el primer reconocimiento, la víctima identificó con toda seguridad y sin reserva a los tres autores, de entre cinco imputados que se le pre-

sentaron, habiendo proporcionado a la policía con anterioridad una descripción física coincidente con la de los susodichos imputados. Todo ello fue testificado por la víctima en el juicio oral, quien, declarando en calidad de testigo, identificó al imputado de manera igualmente categórica durante la audiencia, indicando además que durante el atentado observó a los autores a tan solo medio metro de distancia.

A menos que se hubieran formulado cuestionamientos a la imparcialidad del testigo mismo, no parece haber argumentos razonables para dudar de su testimonio. No se advierte, asimismo, cómo es que las posibilidades de defensa del imputado podrían haber sufrido detrimento por el hecho de haberse realizado el reconocimiento presencial, ni tampoco es plausible que el reconocimiento fotográfico haya sido producto de una sugestión originada en el primer reconocimiento². Lo razonado vale incluso en presencia de inobservancia policial de las instrucciones del Ministerio Público, ya que las instrucciones antedichas no establecen garantías ni son impartidas primariamente con la finalidad de protegerlas, sino que son dictadas fundamentalmente en consideración al éxito de la investigación. Y es de suponer que haya sido precisamente en miras a dicho éxito que la policía llevó a cabo el reconocimiento en el cuartel policial: la mayor proximidad temporal entre los hechos y el reconocimiento, así como la ausencia de las habituales distorsiones presentes en las imágenes fotográficas, llevan a que, de hecho, la información recabada en el primer reconocimiento probablemente haya sido de mayor calidad que aquella obtenida al día siguiente. De tal forma, es dudoso que se pueda culpar a la policía de cumplir con una instrucción de la fiscalía de forma incluso mejor y más eficaz que la indicada en la misma. El reconocimiento antedicho, además, se encuadra en la hipótesis del art. 83 letra d): “*identificar a los testigos y consignar las declaraciones que ellos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes (...)*”, pues el reconocimiento no es otra cosa que una declaración testimonial prestada en las primeras etapas de la investigación policial, y como tal, es perfectamente aceptable en el contexto de una investigación iniciada por delito flagrante. Privar a la policía de la posibilidad de realizar dicha gestión significaría dificultar su tarea investigativa innecesariamente, sin que ello repercuta beneficiosamente en el respeto por las garantías procesales del imputado.

La omisión del registro del reconocimiento realizado en el cuartel policial es, por otro lado, insuficiente para configurar una vulneración a la publicidad del

² Cabe precisar que mi argumento no consiste en que se requiera acreditar perjuicio para anular una sentencia basada en actuaciones policiales vulneratorias de garantías fundamentales, sino que se requiere de alguna merma en las posibilidades efectivas de defensa material para configurar una infracción al derecho de defensa material, que es la única garantía fundamental que puede esgrimirse plausiblemente en un caso como este para fundamentar una infracción al debido proceso. Sin embargo, aclaro que el recurrente no esgrimió explícitamente el antedicho derecho de defensa material.

procedimiento de suficiente entidad para viciar el juicio oral y la sentencia. La existencia de un primer reconocimiento no registrado en los antecedentes investigativos tampoco significa un detrimento a las posibilidades de defensa material del acusado, en la medida en que ambos reconocimientos coincidan en su resultado y el segundo no haya sido inducido por el primero (desde luego, ello no obsta a la procedencia de sanciones administrativas internas por la vulneración al deber de registro). Por lo demás, es menester precisar que ni el reconocimiento presencial ni el fotográfico constituyen por sí mismos medios de prueba con anterioridad a su incorporación al juicio oral a través de las declaraciones prestadas por la víctima durante la rendición de la prueba testimonial. Y fue principalmente en base a dicho testimonio y a las declaraciones de los demás testigos (esto es, los funcionarios policiales aprehensores) que el acusado fue declarado culpable de los cargos de la acusación.

CORTE SUPREMA:

Santiago, veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

El Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en procedimiento ordinario seguido en la causa RIT N° 369-2015 y RUC N° 1310019403-6, por sentencia de veintisiete de abril dos mil dieciséis condenó a Yanini Ademir Vargas Vargas, a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de robo con intimidación, en grado consumado, cometido el 3 de julio de 2012 en la comuna de Macul.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el cuatro de los corrientes, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso se afina, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 19 N° 3, “parte quinta” (sic), de la Constitución Política de la República, 8° N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 83, 180, 227 y 228 del Código Procesal Penal, por vulneración de las garantías de debido proceso, publicidad del proceso penal, y obligación de dirección del Ministerio Público sobre la actuación de la policía en las diligencias investigativas.

Explica que con posterioridad a la denuncia del robo del vehículo, se produjo su hallazgo y la detención de sus ocupantes, exhibiéndose éstos a la víctima en el cuartel policial, en circunstancias que lo ordenado por el Fiscal fue realizar primero un reconocimiento mediante kárdex fotográfico, el que en los hechos se efectúa con posterioridad y en el que se incluye una fotografía del imputado tomado al ser detenido. De la primera actuación no quedó registro

y sólo tomó conocimiento de ella la defensa con la declaración de la víctima prestada en el juicio oral.

Apunta que, si bien es cierto, el Código Procesal Penal no establece la forma en que deben hacerse los reconocimientos en rueda de imputados o en kárdex fotográficos, ellos deben cumplir con un estándar mínimo que asegure la imparcialidad, objetividad en los mismos, lográndose un mayor grado de seguridad en la decisión del tribunal, descartándose de esta forma cualquier tipo de inducción o error en la identificación de los autores del hecho. Se trata en la especie de un reconocimiento por parte de una víctima que no se ajustó en absoluto a las normas que invisten tanto nacional como internacionalmente los principios del debido proceso, teniendo presente que en él formaron parte menores de edad, lo que no puede subsanarse con la mera sindicación de la víctima en cuanto a una presunta participación de un sujeto en un delito que reviste las características de un crimen, absolutamente inducido.

Pide, se declare la nulidad del juicio y de la sentencia y que el procedimiento se retrotraiga hasta la realización de una nueva audiencia de Juicio Oral, donde se proceda conforme a derecho, para que posteriormente el Tribunal Oral en lo Penal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, de manera subsidiaria, el arbitrio se sustenta en la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación a la letra c) del artículo 342 y a los artículos 297 incisos 1º y 2º del mismo Código.

Expresa que la decisión del tribunal contradice los principios de la lógica, concretamente el principio de corroboración en relación con el principio de la razón suficiente, y no se hace cargo de toda la prueba al fundamentar su fallo, concluyendo la participación del acusado en base a un razonamiento insuficiente e incompleto.

Precisa que se contravienen las reglas de la lógica, incurriendo en falacia causalista (o de conclusión apresurada) al argumentar el fallo que por el solo hecho de encontrarse el acusado al interior del vehículo al momento de su detención es un motivo suficiente que funda el indicio de su participación en el delito de robo con intimidación, conforme al inciso primero del artículo 297 del Código Procesal Penal. Excluido lo anterior, continúa el recurso, el relato de la víctima se vuelve central para fundamentar y esto resulta problemático en dos puntos: primero, porque no se pronuncia el tribunal acerca de toda la prueba rendida, al ignorar los dichos de la víctima en torno a la forma de reconocimiento llevada a cabo en la Comisaría respecto del acusado y; segundo, dado que se resta valor al testimonio de la víctima al momento de rechazar la circunstancia agravante prevista en el artículo 456 bis, Nº 3, esto es, pluralidad de malhechores, no puede dicho testimonio servir para acreditar su participación.

Refiere que hay una infracción al principio de la razón suficiente, puesto que se están dando como ciertos hechos delictivos que solo se sustentarían en la declaración de la víctima, con las contradicciones ya referidas, no haciéndose

cargo la sentencia de la forma en que se lleva a cabo, además, el reconocimiento del acusado. Apunta que se dieron por verdaderos hechos ilícitos sin que existiera una razón suficiente para ello, dado que la declaración la víctima no puede constituirla, además, sus dichos no fueron corroborados por los otros funcionarios policiales que deponen en estrados, quienes contradicen lo referido por la víctima en relación a la exhibición del kárdex fotográfico el mismo día de ocurrencia de los hechos en dependencias de la Comisaría.

En virtud de esta causal subsidiaria pide declarar la nulidad del juicio y de la sentencia, determinar el estado en que debe quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Tercero: Que, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de las causales esgrimidas, el recurrente incorporó como prueba los audios de parte de las declaraciones prestadas en el juicio por la víctima, Eduardo Galaz Gaete, y del testigo Fidel Lagos Sepúlveda, funcionario de la SIP de Carabineros.

Cuarto: Que, en relación a los puntos fundantes de las causales de nulidad, en la sentencia en estudio se estableció lo siguiente:

En el razonamiento sexto se extraxta la declaración de la víctima de los hechos: “quien dijo que el 3 de julio de 2012, como a las 18:00 horas, en circunstancias que conducía su auto marca BYD, modelo F0, se acababa de

bajar del móvil para ingresar a su casa ubicada en la comuna de Macul y lo había dejado en la platabanda para abrir el portón, para entrar a su casa, cuando se le acercaron tres sujetos por la espalda y se dirigieron a su auto para robárselo. Se les acercó para impedirse, pero el más chico de los individuos lo apuntó con un arma y le dijo que se corriera; un segundo sujeto, también menor, se subió de copiloto, y el tercero se subió como conductor y huyeron. Preciso que este último sujeto era de su edad (21 a esa fecha) y altura, pelo corto y negro, cejas gruesas, vestía ropa oscura y era de contextura normal. Llamó a carabineros y efectuó la denuncia.

Expresó que como a las 22 horas lo llamaron y le avisaron que habían encontrado su auto. A continuación, fue a la Comisaría y le dijeron que en la comuna de La Florida habían detenido a cinco sujetos en su auto y luego identificó a los tres sujetos que lo habían asaltado y el revólver con el cual uno de ellos le apuntó.

Al día siguiente, efectuó un reconocimiento en la fiscalía y los identificó en un kárdex de 26 fotos.

Reconoció al acusado como uno de los sujetos que lo asaltó y que vestía ropa oscura y tenía cejas gruesas. Añadió que lo vio de frente durante el asalto y que tuvo a todos los sujetos a menos de medio metro. Preciso que dicho sujeto prestó cobertura al que le apuntó con el arma, luego se subió de conductor y fue el que tuvo más cerca...

Manifestó que en la Comisaría le mostraron a lo menos a los cinco detenidos y que no recuerda si le exhibieron

a más personas. De los detenidos había sólo un adulto, el que le apuntó tenía unos 14 años y que el otro tenía 16 o 17 años. Dijo no recordar si en la diligencia había un fiscal o algún defensor, pero sí recuerda que había bastante gente”.

En el considerando 9° se señaló que: “la participación del encausado se probó principalmente con los dichos de la víctima, *testigo reservado*, quien lo sindicó como el sujeto que lo asaltó en las circunstancias que se dieron por establecidas.

Dicha sindicación fue persistente a lo largo del procedimiento, pues la efectuó pocas horas después de los hechos en la unidad policial, donde pudo ver al detenido y a sus acompañantes, según afirmó, y también lo reconoció dentro del kárdex de alrededor de veintidós imágenes que le fueron exhibidas, diligencia de la que dio cuenta el funcionario de la Sip que la practicó.

Por su parte, los dos funcionarios aprehensores sindicaron al encausado como uno de los sujetos detenidos a bordo del automóvil robado horas antes al ofendido, vehículo en el cual los carabineros también encontraron el revólver a fogeo con el cual el ofendido dijo haber sido amenazado, hallazgo que refuerza la incriminación efectuada por éste.

En virtud de tales sindicaciones, del hecho de haber sido capturado a bordo del automóvil que había sido robado apenas unas horas antes y en el cual también se encontraba el arma con la cual la víctima fue amenazada, el Tribunal concluyó que Yanini Ademir Vargas Vargas intervino de manera inmediata y

directa en la ejecución del delito, por lo que fue considerado autor del mismo”.

En el basamento 10° se concluye que “así las cosas, se desestiman las alegaciones de la defensora del justiciable en pos de la absolución de su mandante, atendida la contundencia de la prueba de cargo.

Por lo demás, si bien el hecho fue breve, un minuto de duración, estimó el afectado, lo cierto es que en ese lapso tuvo de frente y a escasa distancia al justiciable, lo que justifica la categórica sindicación que efectuó de su persona. De hecho, la víctima sostuvo que fue la persona que tuvo más cerca, lo que aparece lógico si se considera que fue el encausado quien ocupó el lugar de conductor al momento de la sustracción.

En tal sentido, no puede estimarse sugestivo el reconocimiento que el ofendido efectuó en la unidad policial, ya sea que haya identificado en persona al justiciable, como afirmó, o bien que lo haya efectuado en un set de fotografías, como lo sostuvieron los carabineros. Sobre el punto, además, de no haberse esclarecido qué ocurrió primero, cabe agregar que la sindicación fue efectuada a pocas horas de ocurrido el atraco, en circunstancias que el encausado había sido sorprendido a bordo del vehículo robado, móvil en el cual también se encontró el revólver a fogeo empleado en la comisión del delito, todo lo cual refuerza la incriminación efectuada por la víctima y permite desestimar que la efectuara inducido.

Tampoco puede estimarse que el hecho de que el funcionario de la Sip le haya tomado una fotografía al encau-

sado, la que luego incluyó en el kárdek que le exhibió al afectado, implique algún grado de sugestividad, en la medida que al no contar con una fotografía previa del encausado, la única forma de contar con una imagen cuya era tomándole en esos momentos una fotografía. Por lo demás, tampoco se evidenció que la fotografía resultante fuera distinta a las demás contenidas en el kárdex en cuanto a color, resolución o tamaño, en términos que pudiera favorecer la sindicación de algún sujeto por sobre otro, máxime cuando de manera habitual se trata de imágenes en que se incluye el rostro de los individuos, y no parte de sus cuerpos o de sus vestimentas, y en este caso no se pretendió siquiera alguna alteración a dicha práctica.

En cuanto a que la diligencia estaría viciada por el hecho de que también había menores entre los detenidos, tal planteamiento se desestima, por cuanto no se estableció que en dicho kárdex hubieran sido incluido imágenes de los menores que se encontraban detenidos. Nadie lo dijo así. En todo caso, aún en el caso que hubiera ocurrido de esa forma, la diligencia habría estado viciada solo respecto de los adolescentes, no respecto del encausado, ya adulto a la época de los hechos”.

Además, en su motivo 13º refirió que “junto con dar a conocer su decisión de condena, el Tribunal rechazó la agravante de pluralidad de malhechores esgrimida por el fiscal, por cuanto de la prueba rendida no quedó establecido de manera concluyente de qué manera el actuar de los tres agentes disminuyó la defensa privada y favoreció la ejecución

del delito, atendido que sobre dicho aspecto solamente se contó con el relato de la víctima”.

Quinto: Que en relación a la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como ha sido ya expuesto, se construye sobre el supuesto de que los policías, desoyendo las instrucciones del Fiscal de turno, practican una diligencia en que la víctima reconoce presencialmente al acusado junto a los demás detenidos en la unidad policial en forma previa a que aquélla realice la diligencia ordenada de reconocimiento en set fotográfico.

Al respecto, cabe apuntar que no existiendo en nuestro ordenamiento una reglamentación legal de la forma en que han de llevarse a cabo los reconocimientos y, siendo indubitado que efectivamente se realizó uno en la forma prevista por el Fiscal de turno (esto es, mediante exhibición de kárdex fotográfico), la cuestión principal a dilucidar es si el reconocimiento efectuado en el recinto policial y el realizado mediante la exhibición fotográfica fueron o no inducidos por los funcionarios policiales, con total independencia del orden de su realización.

Sexto: Que respecto a dicha cuestión principal, esto es, si el reconocimiento efectuado por la víctima en el recinto policial, a través del kárdex fotográfico y en el juicio oral, puede o no considerarse uno inducido, la prueba rendida por la recurrente ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal no aportó indicio alguno que acreditase tal inducción, ni tampoco lo estimó así el tribunal

de la instancia, por lo que afirmar lo contrario vulneraría los principios de inmediación, oralidad y bilateralidad de la audiencia que se garantizan en el juicio oral.

Al contrario, los hechos establecidos en la instancia en relación con el grado de cercanía con que el ofendido observa al acusado al ser abordado por éste —menos de medio metro—, así como el escaso tiempo transcurrido desde ese momento al del supuesto reconocimiento en persona —aproximadamente 4 horas—, permiten descartar la incidencia de los supuestos defectos con que se llevaría a cabo la diligencia como para entender que de ellos se derivaría un reconocimiento inducido por la policía, de manera tal que dicho reconocimiento no ha podido tener como consecuencia una infracción sustancial al debido proceso.

En efecto, a la luz de las circunstancias antes anotadas, se vislumbra que el imputado y sus características fueron advertidas con claridad por el ofendido y recordadas firmemente al momento de su reconocimiento en el juicio oral, sin que exista prueba alguna de que la actividad policial tuviera el corolario de posicionar en la mente o recuerdos de la víctima la imagen del imputado antes inexistente, sustituyendo de ese modo ésta a la del verdadero autor —un tercero, según postularía el recurso—.

En un sentido similar, la Corte Suprema de EE.UU. ha establecido en *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977), como estándar para resolver la admisibilidad de la prueba relativa a la identificación de testigo, por una eventual vulneración al debido proceso,

el que estemos o no ante un proceso de identificación innecesariamente sugestivo o, al contrario, si se presentan indicios independientes de confiabilidad en el reconocimiento que puedan sopesarse contra el probable efecto corruptor de los errores del procedimiento policial, de manera tal que, en ese marco, se debe determinar si, consideradas la totalidad de las circunstancias, la identificación aparece ser confiable y, sólo si la conclusión es desfavorable, esa prueba debe ser excluida. Así, conforme a esta jurisprudencia, los factores relevantes para determinar la confiabilidad incluyen la oportunidad del testigo para ver el criminal en el momento del delito, el grado de atención del testigo, la exactitud de la descripción previa del criminal por el testigo, el nivel de certeza demostrado por el testigo en la confrontación, y el tiempo transcurrido entre el delito y la confrontación, todo lo cual, aplicado a las circunstancias del caso de marras que dio por ciertas la sentencia, refuerza la conclusión ya alcanzada de que los supuestos errores del procedimiento de identificación de la víctima respecto del acusado no tuvieron el efecto de volver inútil o ilegítima, por su falta de fiabilidad, esa diligencia, ni tampoco el reconocimiento que la víctima realizó directamente en la audiencia de juicio oral.

Séptimo: Que, en consecuencia, no resultan acreditadas las circunstancias que fundan la causal en estudio, tanto la protesta consistente en que los policías desoyen al fiscal de turno al realizar primero el reconocimiento en persona y después el efectuado mediante set

fotográfico —y valiéndose de una foto del imputado previamente reconocido presencialmente—, infringiendo con ello los artículos 83 y 180 del Código Procesal Penal por realizar diligencias en forma autónoma de las instrucciones del fiscal fuera de los casos en que es autorizado por la ley y, segundo, en cuanto se esgrime que el reconocimiento en set fotográfico, por ser precedido por uno presencial, resultó inductivo. Asimismo, lo razonado previamente igualmente permite desestimar la alegada infracción a los deberes de registro establecidas en el artículo 228 del Código Procesal Penal para los policías, al no explicarse en el recurso la trascendencia de ese defecto de no haberse efectuado los reconocimientos en el orden postulado por el recurrente, lo cual también cabe extender a las alegaciones de que en el reconocimiento presencial participan menores de edad. Y todavía sobre lo mismo, la indeterminación ya aludida hace perder trascendencia al hecho de que para la elaboración del set de reconocimiento fotográfico se hubiese utilizado una fotografía del acusado obtenida el día de su detención, pues al no asentarse que previamente hubiese existido un reconocimiento personal, su incorporación al set no puede considerarse inductiva.

Octavo: Que, por otra parte, cabe apuntar que incluso de considerarse que la diligencia de reconocimiento en set fotográfico adolece de los vicios denunciados en el arbitrio y que, por ende, los sentenciadores no debieron fundar su veredicto condenatorio en los dichos de la víctima y de los carabineros

que digan relación con esa diligencia, no resulta concluyente que el tribunal de la instancia no hubiese arribado a igual conclusión con el resto de la prueba rendida en el juicio y, por ende, que la infracción denunciada tenga la sustancialidad que demanda la causal de nulidad esgrimida.

En primer término cabe precisar que en el recurso sólo se ha cuestionado la diligencia de reconocimiento fotográfico —aun cuando no se pide la exclusión de la prueba relativa o derivada de la misma, como se tratará más adelante—, por estimar que fue inducido dada la diligencia presencial previa, pero no se ha postulado de modo alguno que esa deficiencia obste para que la víctima —abstrayéndose de las diligencias de reconocimiento— deponga en el juicio respecto de los hechos presenciados al momento del robo como de sus autores, incluyendo la identificación en la audiencia del juicio del responsable, si fuera el caso.

En ese orden de consideraciones, en el juicio oral la víctima reconoció al imputado, a quien, según relató, “vio de frente durante el asalto y que tuvo a todos los sujetos a menos de medio metro. Precisó que dicho sujeto prestó cobertura al que le apuntó con el arma, luego se subió de conductor y fue el que tuvo más cerca”, ello, sumado a que el acusado fue sorprendido por los policías cuatro horas después del robo en el vehículo sustraído, el que circulaba con luces apagadas y en que se halló el arma utilizada para intimidar al ofendido, conjunto de elementos que no permiten descartar que la decisión

condenatoria igualmente se hubiese mantenido incluso de no valorar los jueces, o de valorar negativamente, todo aquello que diga relación con la o las diligencias de reconocimiento. Es así como los sentenciadores, en su motivo 9º concluyen que “En virtud de tales sindicaciones [las de la víctima y las de los policías aprehensores que depusieron en el juicio], del hecho de haber sido capturado a bordo del automóvil que había sido robado apenas unas horas antes y en el cual también se encontraba el arma con la cual la víctima fue amenazada, el Tribunal concluyó que Yanini Ademir Vargas Vargas intervino de manera inmediata y directa en la ejecución del delito, por lo que fue considerado autor del mismo”, agregando en el razonamiento 10º siguiente que “si bien el hecho fue breve, un minuto de duración, estimó el afectado, lo cierto es que en ese lapso tuvo de frente y a escasa distancia al justiciable, lo que justifica la categórica sindicación que efectuó de su persona. De hecho, la víctima sostuvo que fue la persona que tuvo más cerca, lo que aparece lógico si se considera que fue el encausado quien ocupó el lugar de conductor al momento de la sustracción”.

Noveno: Que, por último, no puede dejar de advertirse que por la causal principal del recurso sólo se solicita a esta Corte declarar la nulidad del juicio y de la sentencia y que otro tribunal no inhabilitado disponga la realización de un nuevo juicio oral, y no la exclusión en ese nuevo juicio de los dichos de la víctima y los carabineros que se refieren a las diligencias de reconocimiento

personal y en set fotográfico, con lo cual incluso de acogerse la causal principal en comento, ello no importaría que en el nuevo juicio se dejara de conocer y valorar la prueba referida a dichas diligencias, sino a lo más se obtendría una segunda valoración de la misma prueba, resultado que no resulta coherente con lo alegado en el arbitrio, esto es, la ilicitud de la prueba derivada de la actuación cuestionada, lo cual refuerza la decisión de rechazar su causal principal.

Décimo: Que en cuanto a la causal subsidiaria del recurso de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en virtud de la cual se acusan diversos cuestionamientos a la fundamentación del recurso, cabe desestimarla por cuanto a través de ella se pretende que esta Corte sustituya la valoración de la prueba rendida en el juicio oral, sin que en la enunciación de los supuestos defectos contra los que se recurre se exprese alguno –diferente a la contradicción entre la valoración del recurrente y de los sentenciadores– que de cuenta que en la sentencia cuya nulidad se pretende se haya efectivamente omitido la exposición clara y lógica de cada uno de los hechos que se tuvieron por probados y de la valoración de los medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, particularmente de las circunstancias de la detención del condenado y de las declaraciones de la víctima y carabineros, respectivamente.

Por otra parte, tampoco es cierta la contradicción denunciada entre el establecimiento de la participación del acusado y la desestimación de la agra-

vante de pluralidad de malhechores, pues el tribunal no afirma que haya denegado ésta por la falta de credibilidad de los dichos de la víctima, sino sólo que ésta no permite establecer de manera concluyente la manera en que el actuar de los tres agentes —entre los que se incluye el acusado— disminuyó la defensa privada y favoreció la ejecución del delito, conclusión que, de constituir un error de derecho o de valoración de la prueba, no perjudicaría al recurrente, sino al contrario, y, por lo tanto, no habilita anular la sentencia que en él incurriría por este arbitrio.

Undécimo: Que de todo lo expuesto se colige entonces que no se han vulnerado los principios que rigen la valoración de la prueba aducidos en la causal subsidiaria del recurso, motivo por el que ésta igualmente deberá ser rechazada y, con ella, todo el arbitrio.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en

los artículos 342, 372, 373 letras a) y b), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, *se rechaza* el recurso de nulidad interpuesto en representación del acusado Yanini Ademir Vargas Vargas, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago en la causa RIT 369-2015 y RUC 1310019403-6, con fecha veintisiete de abril dos mil dieciséis, declarándose que ella no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Matus.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Rol N° 27840-2016.