

I. Corte Suprema

1. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

DELITO DEL ARTÍCULO 161 A DEL CÓDIGO PENAL

I. MENSAJES APORTADOS POR EL RECEPTOR COMO ANTECEDENTE PROBATORIO PARA DEMOSTRAR LA COMISIÓN O PARTICIPACIÓN EN ALGÚN DELITO POR PARTE DEL EMISOR. IMPROCEDENCIA DE SOLICITAR AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INCORPORARLOS COMO MEDIO DE PRUEBA. MENSAJES RECEPCIONADOS POR SU DESTINATARIO, NO GENERAN UNA RAZONABLE EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD. II. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA SENTENCIA DE CONTENER LA EXPOSICIÓN CLARA, LÓGICA Y COMPLETA DE LOS HECHOS ACREDITADOS Y DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FUNDAMENTAR LA SENTENCIA

HECHOS

Juzgado de Garantía dicta sentencia condenatoria por el delito del artículo 161 A del Código Penal. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte Suprema acoge el recurso deducido, anula la sentencia impugnada y el juicio oral que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *32691-2018, 20 de enero de 2020*

PARTES: *Ministerio Público con Jorge Burgos Keim*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Jorge Dahm O. y Abogados Integrantes Sr. Antonio Barra Rojas y Sra. María Cris-tina Gajardo H.*

DOCTRINA

- Respecto al reclamo de haberse incorporado y valorado como prueba que sustenta la decisión condenatoria, los mensajes enviados supuestamente por el acusado a la víctima por medio de la aplicación Whatsapp, lo que vulneraría su derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin perjuicio que el letrado que representa al acusado de autos desconoce que este haya enviado esos mensajes y, por ende, estaría entonces invocando en su favor la afectación de derechos de terceros, cuestión que*

el Máximo Tribunal reiteradamente ha desestimado como fundamento de la causal de nulidad, cabe señalar que quien envía un mensaje de texto a través de la referida aplicación realizando declaraciones relacionadas con hechos que son materia de una investigación penal en curso dirigida en su contra y dirigidos precisamente a la denunciante de esos hechos –en el fallo se indica que el mensaje sobre la eliminación del material se hizo después “que lo llamaron de la PDI”–, en caso alguno puede mantener respecto del contenido de esos mensajes, una vez recepcionados por su destinatario, una razonable expectativa de privacidad, pues, al igual que respecto de la correspondencia postal o telegráfica que contiene amenazas al destinatario, sabe que el mensaje, que se mantiene escrito, puede eventualmente ser proporcionado por el receptor para respaldar su denuncia, más aún si, como en el caso sub lite, ninguna solicitud para mantenerlos en reserva se señala que se haya efectuado por el acusado –quien, como se dijo, según su apoderado, desconoce haberlos enviado–. De esa manera, cuando los aludidos mensajes se aportan por el receptor como antecedente probatorio para demostrar la comisión o participación en algún delito por parte del emisor, como en este caso, ni el Código Procesal Penal, ni ninguna otra norma, dispone que deba solicitarse autorización judicial para estos efectos (considerando 4° de la sentencia de nulidad)

- II. *El artículo 161 A del Código Penal sanciona, entre otras conductas, al que “grave hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”, imputación que se hizo al acusado y que, por ende, para su sanción se requería tener por acreditado que este realizó el acto de “grabar” hechos de la naturaleza ya dicha. Pero no solo eso, los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal demandan que la fijación de ese obrar se lleve a cabo mediante la exposición “clara, lógica y completa” de la valoración de los medios de prueba, señalando aquellos con los cuales se dio por acreditado, de manera que permita la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar esa conclusión. Pues bien, del examen de la sentencia se advierte que tales exigencias de fundamentación no se satisfacen en el caso sub iudice, desde que no se explicita con los estándares ya reseñados, de qué modo se tiene por demostrado que la grabación existió, es decir, que efectivamente el dispositivo utilizado por el acusado –una cámara Go Pro según indica la testigo– captó imágenes de la denunciante que fueron almacenadas en una memoria, sea del dispositivo señalado, o en el computador a que esta alude en sus dichos, de manera que esos videos pudieran ser reproducidos posteriormente, por cuanto no puede descartarse sin más, que ese registro en la memoria que permita su reproducción posterior no se haya fijado, sea por defecto propio*

de la cámara o del computador utilizado, por errónea manipulación del acusado –todo lo cual es de común ocurrencia–, o por la interrupción del propio acusado efectuada a petición de la denunciante (considerandos 10° y 11° de la sentencia de nulidad).

En este caso, el bien jurídico tutelado, que debe ser afectado mediante la conducta de “grabar” no ha sido establecido como un interés individual necesitado y digno de tutela penal. Luego, la sentencia ha incumplido el deber de fundamentación que imponen las normas ya examinadas, vicio que tiene la influencia en lo dispositivo del fallo que requiere el artículo 375 del Código Procesal Penal, atendido que se relaciona con los hechos que constituyen el verbo rector del delito que se imputa al acusado y sin cuyo correcto establecimiento la sanción no puede ser impuesta (considerandos 12° y 13° de la sentencia de nulidad).

Cita online: CI/JUR/508/2019

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 161 A del Código Penal; 297, 342 letra c) del Código Procesal Penal.

TITULARIDAD DE LA GARANTÍA AFECTADA Y PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA
EN EL RECURSO DE NULIDAD. COMENTARIO A SENTENCIA EXCMA. CORTE
SUPREMA INGRESO N° 32691-2018

CARLOS CORREA ROBLES
Universidad Adolfo Ibáñez

Mediante resolución pronunciada el 29 de enero de 2019, la Segunda Sala de la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado Burgos Keim, ordenando la nulidad del juicio oral y de la condena originalmente impuesta a su respecto, como autor del delito tipificado en el artículo 181 A del Código Penal.

El libelo anulatorio se estructuró en base a 3 causales: aquella contemplada en la letra a) del artículo 373 del CPP, en tanto se esgrime que el tribunal de fondo incorporó y valoró como prueba incriminatoria mensajes supuestamente enviados por el acusado a la víctima vía *Whatsapp*, asunto que vulneraría su derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas; en segundo término, invoca el recurrente una vulneración al debido proceso, al haber supuestamente alterado el Ministerio Público elementos de prueba, en tanto el fiscal habría enumerado con un lápiz las fotografías incluidas en el auto de apertura para luego exhibírselas a la víctima; por último, de modo subsidiario, alega como

vulneración al debido proceso el que la sentencia no reprodujo ningún medio de prueba, haciendo imposible un control de la valoración probatoria allí contenida.

Al respecto, la Corte Suprema desestimó las dos primeras causales de nulidad, acogiendo sin embargo la última de ellas. A este respecto se señala que el razonamiento del Juzgado de Garantía de Valdivia incumple el deber de fundamentación exigido, al no explicitar la sentencia en su razonamiento probatorio la forma en la cual el tribunal llegó a la conclusión de que efectivamente la grabación íntima existió. Dicha conclusión, esperable, se desprende del análisis que la Corte Suprema efectúa respecto del contenido y alcance del tipo penal en cuestión, contrastando este con la –escueta– argumentación probatoria contenida en la sentencia.

Ahora bien, para los efectos de este comentario resulta más interesante analizar los dos primeros motivos de nulidad, correctamente desestimados por la Corte. El primero de estos, trata un aspecto central de la teoría de la prueba ilícita, a saber, si puede la defensa invocar una ilicitud probatoria sustentada en la vulneración de garantías cuya titularidad recae en terceros, y no en el acusado. Por su parte, el segundo motivo de nulidad invocado, se vincula estrechamente con el principio de trascendencia, el cual –de acuerdo a nuestro ordenamiento– requiere ser acreditado para que la declaración de nulidad de una sentencia sea acogida. Analicemos separadamente ambos problemas.

Respecto al primer motivo de nulidad esgrimido, alega la defensa una violación de las garantías referidas al haberse incorporado y valorado en la sentencia mensajes propios de una conversación de *Whatsapp*, a la vez que desconoce el imputado la autoría de dichos mensajes. Al respecto, sostuvo escuetamente la Corte, que la defensa estaría invocando a su favor la afectación de derechos de terceros, lo cual genera como consecuencia un rechazo de dicha causal.

Como ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia alemana, no resulta posible invocar una prohibición de valoración de prueba (el equivalente funcional a nuestra “valoración negativa de la prueba”) a partir de la infracción de garantías cuya titularidad recae en terceros, distintos del imputado.

En efecto, desde que en 1958 el Tribunal Supremo alemán¹ diera origen a lo que actualmente se denomina “teoría del círculo jurídico” (*Rechtskreis*theorie), se ha entendido que la infracción a una regla de producción de prueba solo puede originar la prohibición de producción de la misma en aquellos casos en los cuales la vulneración afecte derechos cuya titularidad recae en el imputado. Así, por ejemplo, la infracción consistente en no informar al testigo del derecho que le asiste a no incriminar a parientes, no puede ser invocada por el imputado como

¹ BGHSt 11, 213. Sentencia de 21 de enero de 1958.

un motivo que justifique la prohibición de valoración de la prueba testimonial, en tanto el derecho infringido afectaría a un tercero distinto del imputado².

La misma posición ha sido mantenida por la Corte Suprema estadounidense, en relación con los alcances de la regla de exclusión de prueba (*exclusionary rule*), vigente en dicho país desde hace más de un siglo. A este respecto, se ha resuelto³ que la regla de exclusión de prueba tendrá aplicación solo en aquellos casos en los cuales el titular de la garantía afectada sea el imputado, impidiendo entonces su procedencia cuando la titularidad de esta recaiga en un tercero.

En todo caso, y aun en el supuesto de que pudiera acreditarse la autoría por parte del imputado de los mensajes de texto enviados, en el supuesto de haber este remitido libre y espontáneamente comunicaciones a un tercero (ya sean fotos, cartas, archivos u otros), el emisor ha renunciado al secreto de los mismos, quedando la información –a partir de la recepción– a disposición del destinatario. En efecto, el envío de un elemento probatorio importa un acto de comunicación y de exteriorización por parte del (hasta entonces) titular de la información, hecho que impide controlar a futuro el uso que se le dará al contenido enviado. Como dice el proverbio, *una vez que el genio sale de la botella, no es posible regresarlo a ella*.

El segundo motivo de nulidad invocado, también correctamente desestimado, se funda en el hecho de haber la fiscalía supuestamente incorporado al juicio elementos no incluidos en el auto de apertura, al enumerar las fotografías exhibidas en juicio. Al respecto, señaló la Corte, no se explica el modo en que dicha actuación afectaría o menoscabaría el derecho al debido proceso.

Ahora bien, en el supuesto de que los hechos invocados por la defensa como sustento de esta causal sean efectivos, cabe señalar que nuestro legislador ha consagrado, en lo referido al recurso de nulidad, el llamado principio de trascendencia, principio transversal que subyace como requisito la declaración de nulidad de actuaciones y resoluciones adoptadas por un tribunal.

Como he señalado en otra oportunidad⁴, para que un recurso de nulidad interpuesto por la causal anteriormente referida prospere, es necesario que concurren copulativamente dos requisitos. En primer término, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 373 letra a) del CPP, el vicio que se denuncia debe consistir en una infracción “sustancial” de derechos o garantías, esto es, una afectación al *núcleo*

² Al respecto, *vid.* CORREA, Carlos, *Die Fernwirkung der Beweisverbote. Ein Rechtsvergleich zwischen deutschem und chilenischem Strafprozessrecht*, (Berlín, 2019), pp. 47 y ss.

³ Al respecto, *vid.*: *U.S. V. Payner*, 477 U.S. 727, 732, (1980).

⁴ CORREA, Carlos, “Relación causal y exclusión de prueba”, en *Política Criminal*, Vol. 14, N° 28, (2019), pp. 186-214 y 208.

de la garantía resguardada⁵. Asimismo, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 375 del citado Código, es necesario igualmente satisfacer el requisito de trascendencia del vicio, lo que implica de acuerdo a dicha disposición, acreditar que el vicio invocado influye en la parte dispositiva del fallo⁶.

En concreto, la pretendida infracción invocada por la defensa consistió en una mera sistematización de las fotografías exhibidas, efectuada (seguramente) para facilitar el registro de audio y el análisis de las mismas en el juicio. Al respecto, no puede argumentarse que dichas anotaciones correspondan a verdaderas alteraciones a la prueba efectuadas por el Ministerio Público. En efecto, lo relevante para determinar el límite de una actuación tolerada de aquella alteración que permitiría configurar una infracción de garantías, dice relación, en último término, con la incidencia de la acción respecto del resultado probatorio esperado. Así, el solo hecho de enumerar fotografías, para de este modo facilitar su análisis en el juicio oral, no altera en caso alguno el resultado probatorio esperado de la exhibición de las fotografías, impidiendo así la configuración de la causal de nulidad invocada.

Así, los motivos esgrimidos por el recurrente como fundamento de la causal esgrimida no permiten configurar una vulneración al núcleo esencial de la garantía invocada (debido proceso), ni tampoco permiten satisfacer el principio de trascendencia exigido por la ley.

⁵ Sobre el concepto de núcleo de la garantía, *vid.* en el derecho alemán, ROGALL, Klaus, “Kernbereichsmystik im Strafverfahren”, en Wesslau, Edda; Wohlers, Wolfgang (Ed.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, Berlin: De Gruyter, 2008, pp. 61-86.

⁶ Al respecto, *vid.* DEL RÍO, 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, N° 25, (2018), pp. 322-349; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal*, (Santiago), pp. 392 y ss.; RIEUTORD, Andrés, *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*, (Santiago, 2007), pp. 42 y ss.

CORTE SUPREMA

Santiago, a veintinueve de enero de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En esta causa RIT N° 1459-2018 y RUC N° 1700968917-6 del Juzgado de Garantía de Valdivia, por sentencia de diez de noviembre de dos mil dieciocho, se condenó a Jorge Cristobal Burgos Keim a la pena de sesenta y

un días de presidio menor en su grado mínimo; suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo que dure la condena; y multa de 25 unidades tributarias mensuales, como autor del delito consumado descrito y sancionado en el artículo 161 A del Código Penal, cometido el 11 de octubre de 2017, en perjuicio de doña Valeria Valesca Farías Carrasco, con costas.

En contra de esa decisión la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada el nueve de los corrientes, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso se funda, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en primer término, por haberse incorporado y valorado como prueba que sustenta la decisión condenatoria, los mensajes enviados supuestamente por el acusado a la víctima por medio de la aplicación *Whatsapp*, lo que vulneraría su derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrado en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En segundo lugar, arguye la vulneración al debido proceso del artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental, por alterar el Ministerio Público la prueba en el juicio oral, adicionando elementos que no estaban presentes en el auto de apertura para después exhibírselos a un testigo, por cuanto el fiscal “con un lápiz numeró las fotografías en el mismo juicio, para posteriormente exhibirse a la víctima”.

En un tercer aspecto, alega la conculcación también al debido proceso, toda vez que la sentenciadora de la instancia no reprodujo ningún medio de prueba en su fallo, haciendo imposible

un control material por el justiciable de la valoración que enuncia en laudo penal.

En virtud de esta causal principal pide que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria, determinando un nuevo juicio oral por juez no inhabilitado del que se excluya la prueba que indica.

Segundo: Que, subsidiariamente, deduce la causal de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo texto, en un primer orden, por haber omitido la sentencia exponer el contenido de los medios de prueba rendidos y establecer los hechos que se dan por probados. Además, el fallo no explica cómo sienta la existencia de la grabación pues ningún medio de prueba permite llegar a esa conclusión.

En una segunda sección de esta causal, esgrime que el valor dado a la declaración de la víctima proviene de la mera impresión de la magistrada, quien no es experta en el área de la psicología como para analizar desde esa óptica un testimonio. También en esta sección, se protesta porque el fallo tampoco explica cómo se determina que los mensajes presentados como prueba fueron enviados por el acusado.

Por esta causal pide anular el juicio oral y la sentencia, procediendo a ordenarse un nuevo juicio oral por juez no inhabilitado.

Tercero: Que los hechos establecidos por la sentencia recurrida son los siguientes: “El día 11 de octubre de 2017, alrededor de las 12:00 horas

el requerido Jorge Cristóbal Burgos Keim, se encontraba en su domicilio ubicado en Carlos Kraemer N° 2277, Departamento N° 133, de la comuna de Valdivia, y en circunstancias que mantenía relaciones sexuales con la víctima Valeria Valesca Farías Carrasco, comenzó a grabarla sin su consentimiento con una cámara de tipo “Gopro”, que mantenía oculta en la habitación de su casa”.

Estos hechos fueron calificados como delito consumado descrito y sancionado en el artículo 161 A del Código Penal.

Cuarto: Que en relación al primer reclamo que funda la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, haberse incorporado y valorado como prueba que sustenta la decisión condenatoria, los mensajes enviados supuestamente por el acusado a la víctima por medio de la aplicación Whatsapp, lo que vulneraría su derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin perjuicio que el letrado que representa al acusado de autos desconoce que este haya enviado esos mensajes y, por ende, estaría entonces invocando en su favor la afectación de derechos de terceros, cuestión que esta Corte reiteradamente ha desestimado como fundamento de la causal de nulidad en estudio, cabe señalar que quien envía un mensaje de texto a través de la referida aplicación realizando declaraciones relacionadas con hechos que son materia de una investigación penal en curso dirigida en su contra y dirigidos precisamente a la denunciante de esos

hechos –en el motivo 6° se indica que el mensaje sobre la eliminación del material se hizo después “que lo llamaron de la PDI”–, en caso alguno puede mantener respecto del contenido de esos mensajes, una vez recepcionados por su destinatario, una razonable expectativa de privacidad, pues, al igual que respecto de la correspondencia postal o telegráfica que contiene amenazas al destinatario, sabe que el mensaje, que se mantiene escrito, puede eventualmente ser proporcionado por el receptor para respaldar su denuncia, más aún si, como en el caso *sub lite*, ninguna solicitud para mantenerlos en reserva se señala que se haya efectuado por el acusado –quien, como se dijo, según su apoderado, desconoce haberlos enviado–.

De esa manera, cuando los aludidos mensajes se aportan por el receptor como antecedente probatorio para demostrar la comisión o participación en algún delito por parte del emisor, como en este caso, ni el Código Procesal Penal, ni ninguna otra norma, dispone que deba solicitarse autorización judicial para estos efectos. Así el artículo 222 solo trata la “intercepción” de “comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación”, situación distinta a la de autos, en que el mensaje no se intercepta, sino que, una vez recibido por el destinatario, este lo aporta a la investigación. Tampoco corresponde a una comunicación “entre personas presentes” de aquellas que regula el artículo 226. Finalmente, si se asimilara, *mutatis mutandi*, a la correspondencia electrónica, si bien

el artículo 218 señala que “A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada ... la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste”, ello desde luego, no excluye que esa información pueda ser obtenida voluntariamente desde el destinatario de la correspondencia, situación reglada de manera general en el artículo 217 que le precede, el que señala que los objetos y documentos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, “cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente”, todo lo cual demuestra que, en casos como el de marras, al no afectarse una expectativa razonable de privacidad por parte del emisor, la ley no demanda autorización judicial para recabar los antecedentes reseñados e incorporarlos al juicio.

Quinto: Que sobre la segunda protesta que sostiene la causal principal, esto es, alterar el Ministerio Público la prueba en el juicio oral al adicionar elementos que no estaban presentes en el auto de apertura por el mero hecho de consignar un número correlativo en las fotografías efectivamente ofrecidas en su oportunidad, tal alegación debe ser desestimada desde luego, ya que no se explica en el recurso en modo alguno de qué manera tal actuación, que tiene por objeto ordenar y facilitar la incorporación de las fotografías, mediante su alusión por el número respectivo tanto por las partes, testigos e incluso por el mismo tribunal en su fallo, afecte

o menoscabe de algún modo el derecho al debido proceso.

Sexto: Que, en un tercer aspecto de la causal principal, se arguye que la sentencia no reprodujo ningún medio de prueba, alegación que por encuadrarse en el motivo absoluto de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, el que también fue invocado en el recurso, será tratada al analizar esta causal adjetiva.

Séptimo: Que, por las razones anteriores, no demostrándose la infracción sustancial de ninguna de las garantías fundamentales en que se basa la causal principal del arbitrio, esta deberá ser desestimada.

Octavo: Que en lo tocante a la causal subsidiaria de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo texto, para su mejor estudio, resulta menester reproducir los considerandos atinentes del fallo.

Cuarto: Prueba de la fiscalía. Que por el Ministerio Público, se rindió las siguientes pruebas: I.- Testimonial: Con las declaraciones de la víctima Valeria Valesca Farías Carrasco, y Yierlina Alejandra Leal Rocha, que no se reproducen, por constar el registro oficial de audio. II.- Otros medios: 1. 04 Fotografías de conversaciones escritas en red social *Whatsapp* sostenidas entre la víctima y el requerido, que dan cuenta de los hechos. 2. 08 conversaciones entre víctima e imputado, una vez que éste toma conocimiento de la denuncia efectuada en su contra”.

Sexto: Valoración de la prueba. Que, las pruebas rendidas, valoradas

con entera libertad, conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, son suficientes para que el tribunal adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de la comisión del delito consumado previsto y sancionado en el artículo 161 A del Código Penal, perpetrado en esta ciudad el 11 de octubre de 2017, habiendo correspondido al requerido participación en calidad de autor, conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal.

En efecto, la víctima expone en síntesis que mantuvo una relación con el imputado de aproximadamente dos meses; que el día 11 de octubre concertaron una cita en su departamento ubicado en calle Krahmer, al cual llegó aproximadamente a las 23:00 horas, comiendo en el dormitorio, para posteriormente comenzar a tener relaciones sexuales, señala que él le solicita por lo menos en tres oportunidades le practique sexo oral ante lo cual ella se negó, y que luego se empezó a sentir incómoda, fatigada y acalamburada pues venía de jugar un partido de baby fútbol, por lo que le pidió parar, y se sentó al lado de la cama, momento en el cual vio en el closet una cámara prendida con una luz roja; que le preguntó si la estaba grabando, lo cual él le reconoce, señalando la víctima lo mal que se sintió en ese momento, como rompe en llanto, y que no sabía qué hacer, vistiéndose y pidiéndole que lo borre, saliendo de la habitación, y que momentos después el imputado llega donde ella con un computador, le dice que lo borró,

mostrándole una carpeta que contenía sólo una fotografía con una toma de la habitación.

Dicho relato es de tal claridad ideológica, que resulta determinante, toda vez que durante la declaración era posible percibir el sentimiento o emoción lógica a la cual va acompañada, incluso desde el momento que entra a la sala, su nerviosismo al ver al requerido, y luego a medida que narra lo ocurrido su tristeza y afectación provocado ante la situación vivenciada. Por otro lado, no se vislumbra que ánimo ganancial podría tener la víctima de exponer una situación tan privada, que daña su honor e intimidad, y que le causa la afectación que pudimos apreciar.

Que además dicho testimonio es absolutamente coherente con el set de fotografías de las conversaciones que con posterioridad a los hechos mantuvo la víctima con el imputado donde luego que él le pide disculpas en reiteradas oportunidades, ella le contesta en lo pertinente ‘Jorge, grabar a una persona teniendo sexo sin su consentimiento, no es una tontera, llevamos dos meses saliendo, perfectamente pudiste preguntarme. Si no tenías la certeza de que accedería, simplemente no debiste hacerlo...’, ante lo cual el imputado se vuelve a disculpar. Más adelante cuando le dice el requerido que lo llamaron de la PDI, le señala ‘borré hasta las fotos que me enviaste por *Whatsapp*’.

Lo anterior es corroborado por la segunda testigo presentada por la fiscalía, amiga de la víctima, quien manifestó que el día de los hechos pa-

sadas las 12:00 de la noche, la víctima la llama, y ella no alcanza a contestar y le devuelve la llamada, que ella lloraba, estaba angustiada, y le cuenta que estaba manteniendo relaciones sexuales con Jorge, que le da un calambre y para, viendo en el closet una cámara, algo que brillaba, y que se da cuenta que era una gopro, que luego le pidió lo borrara, y que cree que lo hizo, pues solo tenía una foto de la cama, como probando el ángulo; insistiendo que la víctima estaba choqueada, y señalándole que denunciara y buscara ayuda.

Finalmente, es coincidente lo señalado por la víctima y lo expresado en el requerimiento, en cuanto a que los hechos ocurrieron el día 11 de octubre de 2017, de la forma expuesta, y en el domicilio del imputado, específicamente en su habitación”.

Séptimo: Análisis del tipo penal. Es preciso aclarar, en atención a la teoría de la defensa de que no es posible condenar sin que exista la grabación, que ello no es efectivo, no sólo porque estaríamos imponiendo una carga imposible en los casos como el que nos convoca donde se señala que aquella fue borrada, sino porque el bien jurídico protegido en el artículo 161 A del Código Penal no es la grabación en sí, es la vida privada del afectado”.

Noveno: Que, cabe aclarar que la ley no demanda en parte alguna transcribir íntegramente en la sentencia los dichos de todos los testigos y peritos que depusieron en el juicio, sino únicamente exponer las razones por las cuales ellos sirvieron para formar la convicción condenatoria, lo cual,

desde luego, puede requerir en algunos casos, reproducir o sintetizar parte de sus declaraciones, pero ello no eleva la transcripción a un requisito *sine qua non* del fallo.

Asimismo, si el Tribunal, de la valoración de la prueba tiene por demostrado el mismo hecho de la acusación o del requerimiento, como en este caso, nada obsta que la sentencia se remita a esos hechos ya expuestos en la parte expositiva, no resultando indispensable volver a reproducirlos para dar por cumplido el extremo de la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal.

Décimo: Que, sin perjuicio de todo lo anterior, cabe reparar en que el artículo 161 A del Código Penal sanciona, entre otras conductas, al que “grave hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”, imputación que se hizo al acusado y que, por ende, para su sanción se requería tener por acreditado que éste realizó el acto de “grabar” hechos de la naturaleza ya dicha, esto es, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, “Captar y almacenar imágenes o sonidos por medio de un disco, una cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir”. Pero no solo eso, los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal demandan que la fijación de ese obrar se lleve a cabo mediante la exposición “clara, lógica y completa” de la valoración de los medios de prueba, señalando aquellos con los cuales se dio por acreditado, de manera que permita la reproduc-

ción del razonamiento utilizado para alcanzar esa conclusión.

Undécimo: Que, pues bien, del examen de la sentencia se advierte que tales exigencias de fundamentación no se satisfacen en el caso sub judice, desde que no se explicita con los estándares ya reseñados, de qué modo se tiene por demostrado que la grabación existió, es decir, que efectivamente el dispositivo utilizado por el acusado –una cámara Go Pro según indica la testigo Leal Rocha– captó imágenes de la denunciante que fueron almacenadas en una memoria, sea del dispositivo señalado, o en el computador a que esta alude en sus dichos, de manera que esos videos pudieran ser reproducidos posteriormente, por cuanto no puede descartarse sin más, que ese registro en la memoria que permita su reproducción posterior no se haya fijado, sea por defecto propio de la cámara o del computador utilizado, por errónea manipulación del acusado –todo lo cual es de común ocurrencia–, o por la interrupción del propio acusado efectuada a petición de la denunciante.

En efecto, si bien la denunciante dice que al ver “en el clóset una cámara prendida con una luz roja”–, le pregunta al acusado si la estaba grabando, a lo que este responde afirmativamente y luego le dice “que lo borró” y, ante los mensajes de *Whatsapp* posteriores en que ella le reprocha esa actuación, este le pide disculpas, ello solo permitiría acreditar, ajustándose a los extremos de las disposiciones adjetivas ya mencionadas, que el acusado tenía la intención de grabar a la denuncia-

te en un acto de carácter privado y dispuso los medios necesarios con ese fin, proceso que se interrumpió ante la solicitud de esta, sin que de dichos elementos probatorios pueda colegirse, sin hacer un salto argumentativo que el citado artículo 297 no permite, que en verdad se obtuvo el producto “grabación” –la víctima refiere solo haber visto una carpeta de un computador que contenía “una fotografía con una toma de la habitación”–, esto es, que se consiguió un registro de la denunciante con las características necesarias para que sea catalogado como tal, lo que no ocurrió.

Duodécimo: Que, las reflexiones anteriores, a diferencia de lo postulado en la sentencia impugnada, no importan exigir que se presente en el juicio como prueba el video que supuestamente habría grabado el acusado, ya que el mismo pudo haber sido borrado con posterioridad, sino únicamente que la sentencia exponga, sujetándose a las exigencias de los artículos 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal, de qué manera establece su existencia.

Que, en consecuencia, el bien jurídico tutelado, que debe ser afectado mediante la conducta de “grabar” no ha sido establecido como un interés individual necesitado y digno de tutela penal.

Decimotercero: Que, con lo expuesto, queda de manifiesto que la sentencia en estudio ha incurrido en el motivo absoluto de invalidación invocado de manera subsidiaria, al incumplir el deber de fundamentación que imponen las normas ya examinadas, vicio que

tiene la influencia en lo dispositivo del fallo que requiere el artículo 375 del Código Procesal Penal, atendido que se relaciona con los hechos que constituyen el verbo rector del delito que se imputa al acusado y sin cuyo correcto establecimiento la sanción no puede ser impuesta, motivo por el cual el juicio y la sentencia deberán ser invalidados, a fin de que se celebre un nuevo juicio y se dicte nueva sentencia que cumpla esta vez con los extremos que ahora se echan en falta.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342, 372, 373, 374 letra e), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se acoge la causal subsidiaria del recurso de nulidad interpuesto en representación del imputado Jorge Cris-

tóbal Burgos Keim y, en consecuencia, se anula la sentencia definitiva dictada por el Juzgado de Garantía de Valdivia el diez de noviembre de dos mil dieciocho, en la causa RIT N° 1459-2018 y RUC N° 1700968917-6, y el juicio oral que le sirvió de antecedente, retrotrayéndose la causa al estado de celebrarse un nuevo juicio oral ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la abogada integrante Sra. Gajardo.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O., y los abogados integrantes Sr. Antonio Barra Rojas y Sra. María Cristina Gajardo H.

Rol N° 32691-2018.

