

3. CORTE SUPREMA - DERECHO PROCESAL PENAL

Tráfico ilícito de estupefacientes. I. Sentencia de nulidad. Actuación de la policía sin orden previa que vulnera garantías constitucionales del debido proceso y libertad ambulatoria. Prueba del proceso es ilícita. Policía actúa sin indicios de la comisión de delito o situación de flagrancia. II. Voto disidente: Existencia de indicios válidos y suficientes que habilitan llevar a cabo un control de identidad. Ministerio Público debe probar indicios en el juicio.

HECHOS

Defensa del acusado interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, dictada por Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, lo condenó como autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes. Analizado lo expuesto, la Corte Suprema acoge el recurso de nulidad deducido, con voto en contra.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

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

TRIBUNAL: *Corte Suprema.*

ROL: *31701-2021, de 9 de agosto de 2021.*

PARTES: *Ministerio Público con Ricardo Ara Parada.*

MINISTROS: *Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Raúl Mera M., y las Abogadas Integrantes Sra. Pía Tavorari G., y Sra. Carolina Coppo D.*

DOCTRINA

- I. En la especie, por no haberse constatado indicios de la comisión de un delito ni verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que dicho procedimiento se practicó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del acusado a un procedimiento y una investigación racionales y justos que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto del –imputado– resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la*

ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el contenido de las pesquisas, los documentos y pericias que hayan derivado de tal indagación. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación. Debido a tal comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, es que esta problemática es recibida y resuelta por el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el juez debe excluir las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales (considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. (Voto disidente) *En lo concerniente a la causal principal de nulidad, en el caso en estudio la policía actuó, según se estableció en la sentencia, en virtud de múltiples indicios válidos y suficientes que la habilitaban para llevar a cabo un control de identidad, antecedentes que fueron obtenidos de interceptaciones telefónicas autorizadas judicialmente, de donde surgió información precisa que el imputado realizaría un traslado de drogas, circunstancias que se vieron refrendadas con la conducta desplegada por el acusado. Por consiguiente, la misma norma los habilitaba para proceder a su registro, sin necesidad de contar con nuevos antecedentes o solicitar una orden de detención judicial, produciéndose el hallazgo de aproximadamente tres kilos de droga, lo que habilitaba a la detención inmediata del imputado en virtud de la situación de flagrancia constatada. Son precisamente los indicios constituidos por aquella información recabada en el marco de una investigación de la Ley N° 20.000, los elementos que facultaron a los funcionarios para proceder autónomamente, sin necesidad de orden judicial previa y detener al imputado después de practicarle el registro de rigor. En verdad, el problema aquí, en concepto de estos disidentes, no se refiere propiamente a la inexistencia de indicios que justificaran el registro y detención, sino a la prueba de los mismos en el juicio, porque el Ministerio Público no acompañó como pruebas las escuchas telefónicas ni la autorización judicial para acceder a ellas; pero, con ser ello lamentable, se desplaza así el reclamo, si bien se mira,*

a la credibilidad de los testimonios policiales al respecto y, entonces, ya salimos de lo que se refiera a garantías constitucionales y entramos a un problema de valoración de prueba, en este caso la testimonial de cargo, asunto que es propio de una causal distinta (considerandos 1° y 2° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/69150/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 83, 85, 130, 276, 373 letra a) del Código Procesal Penal; artículos 1°, 3° de la Ley N° 20.000.*

EL PESO DE DEMOSTRAR LA LICITUD DE LA OBTENCIÓN
DE LA PRUEBA DE CARGO. CUÁNDO, CÓMO Y ANTE QUIÉN

MANUEL RODRÍGUEZ VEGA
Pontificia Universidad Católica de Chile

La sentencia de la Excma. Corte Suprema –en adelante, la Corte– pronunciada el 9 de agosto de 2021 en el rol N° 31701-21, objeto de este comentario, en síntesis acoge la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– del recurso de nulidad presentado por la defensa del acusado y anula el juicio celebrado y el fallo dictado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe en la causa RUC N° 1901111849-9 y RIT N° 7-2021, que lo condena como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 1° en relación con el 3° de la Ley N° 20.000, a sufrir la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo más multa y accesorias legales. La Corte esgrimió como razón principal para esa decisión, que es lo que aquí nos interesa examinar, que el Ministerio Público, dado que “no acompañó al juicio oral la resolución”, no acreditó la existencia de la autorización judicial indispensable para llevar a cabo las interceptaciones telefónicas a través de las cuales se habría obtenido la información que se adujo como indicio para controlar la identidad del imputado de conformidad con el artículo 85 del CPP, procedimiento policial durante el cual los agentes registran el vehículo en que aquel se desplazaba y descubren el porte de tres paquetes de cocaína.

Tras la aparente simplicidad de este pronunciamiento se hallan diversas problemáticas adjetivas generalmente no advertidas por las partes y, por ende, no discutidas por estas durante los procesos ni abordadas por los sentenciadores en sus pronunciamientos, ni tampoco recogidas por la doctrina en sus estudios, lo que justifica su revisión con ocasión de este comentario.

Dichas problemáticas se compendian en las siguientes interrogantes: en primer término, cuándo y cómo se activa la carga del Ministerio Público de demostrar en el juicio oral la existencia de la autorización judicial necesaria para la validez de una actuación policial; en segundo lugar, cómo se acredita la realidad de esa autorización en el juicio; y, tercero, cómo se impugna la sentencia que desestima la ilicitud de una actuación policial al no tener por probados los hechos –acción u omisión– de los que se deriva o generan esa ilicitud.

Intentaremos esbozar las mejores respuestas a cada una de ellas, para finalizar con nuestras conclusiones y propuestas.

I. CUÁNDO Y CÓMO SE ACTIVA LA CARGA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE DEMOSTRAR EN EL JUICIO ORAL LA EXISTENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA LA VALIDEZ DE UNA ACTUACIÓN POLICIAL

El peso de demostrar en el juicio oral¹ la licitud de las actuaciones que constituyen la fuente de las pruebas que allí se presentan es del acusador², aunque

¹ La Corte ha aceptado la audiencia de juicio oral como instancia oportuna para discutir y probar la licitud del modo en que se obtuvo la prueba incluida en el auto de apertura, no obstante el pronunciamiento anterior del Juzgado de Garantía sobre la materia. Véase Corte Suprema, 30 de enero de 2018, rol N° 44.457-2017; Corte Suprema, 19 de diciembre de 2019, rol N° 20397-2019; Corte Suprema, 19 de diciembre de 2019, rol N° 20424-2019, y Corte Suprema, 8 de abril de 2021, rol N° 14317-2020 (aisladamente y en sentido opuesto, Corte Suprema, 16 de junio de 2021, rol N° 17299-2021). Tal jurisprudencia es concordante con lo postulado por HERNÁNDEZ, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado (2005), p. 90; ROMERO, Rubén, *Control de identidad y detención*, 2ª ed. Santiago: Librotecnia (2007), p. 25; y AWAD, Alejandro y SCHÜRMAN, Miguel, “Procesal Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 3 (2013), p. 416. En sentido opuesto, TAVOLARI, Raúl, “Informe en derecho: del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”, en *Boletín del Ministerio Público*, N° 14 (2003), pp. 151-160; HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2008), t. II, pp. 197-204, y CORTÉS-MONROY, Jorge, “La ‘valoración negativa’ como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, N° 1 (2018), pp. 661-692. Es más, alegar tal ilicitud en aquel estadio del proceso parece ser una exigencia de admisibilidad del recurso de nulidad conforme al artículo 377 del CPP, que requiere haber “reclamado oportunamente del vicio o defecto”, según se decidió en Corte Suprema, 9 de junio de 2020, rol N° 62816-2020.

² En Corte Suprema, 2 de junio de 2016, rol N° 21427-2016, se declaró que “resulta lógico que si la defensa del imputado sustenta su impugnación en la inexistencia de la respectiva autorización [para actuar como agente revelador], corresponde que el órgano que dispone del registro de aquella –Ministerio Público– proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia, lo que no ocurrió durante toda la tramitación de la presente causa. Exigir lo contrario supondría pedir la prueba de un hecho negativo, lo que

debe definirse cuándo y cómo se activa esta carga procesal, pues dependiendo de ello serán las posibilidades efectivas de darle cumplimiento.

Desde luego, no parece razonable ni factible que el Ministerio Público, junto con ofrecer en su acusación los medios de prueba para acreditar los hechos que imputa al acusado deba, además, ofrecer “todos” los elementos que permitan demostrar que las fuentes de “todos” aquellos medios de prueba son lícitas. Ello implicaría, por ejemplo, no solo incorporar al juicio las probanzas que demuestren la realidad de todas las autorizaciones judiciales de las que provengan elementos que constituyan fuentes de prueba de cargo, sino también todos los antecedentes que se presentaron al juez para conseguir dichos permisos y, de la misma manera, respecto de cada diligencia efectuada durante la investigación, lo que conllevaría el deber de acreditar que fue debidamente instruida por el fiscal –en su caso–, registrada y ejecutada, todo lo cual, como puede rápidamente preverse, impediría alcanzar uno de los fines principales de la preparación del juicio oral, esto es, acotar los temas a probar y discutir en el juicio oral lo estrictamente indispensable para la adecuada resolución del caso. Asimismo, desvirtuaría el objeto central del juicio oral, pues la rendición de la prueba con la que se buscaría convencer de la licitud de la obtención de la evidencia con la que se intenta probar el hecho punible y la participación del acusado podría desbordar y exceder ampliamente a esta última.

Frente a lo anterior, y atendido el carácter marcadamente adversarial de nuestro procedimiento penal, puede ensayarse como solución que el Ministerio Público ofrezca únicamente la prueba destinada a corroborar la licitud de la obtención de aquellos medios probatorios sobre los que la defensa ha levantado un cuestionamiento durante la etapa de investigación, sea en la audiencia de control de detención, de medidas cautelares o en otra.

Sin embargo, debe recordarse que el artículo 259 letra f) del CPP prescribe que el Ministerio Público propone su prueba en la acusación, por lo que, aun cuando anuncie en ese libelo alguna concerniente a los reparos de ilicitud de

resulta contrario a los principios que sustentan el derecho procesal probatorio”. De manera similar, en Corte Suprema, 16 de mayo de 2017, rol N° 11584-2017, se resolvió que “pesa sobre el Ministerio Público la obligación de demostrar la satisfacción de todos los requisitos señalados en la Constitución y la Ley respecto de las actuaciones intrusivas dispuestas y practicadas, por lo que la orden que autoriza una diligencia tan lesiva como la dispuesta [entrada y registro a un inmueble] ha de quedar respaldada de la forma que la ley dispone precisamente porque ha sido el legislador quien ha decidido no entregar su validez a mecanismos probatorios manipulables e inciertos, por muy fiables que sean los testigos con que cuente el acusador. Así, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano al que le interesa tal registro –ya que ve supeditada su actuación a su existencia– proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia e interesado en velar por ella. Exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo”.

la evidencia manifestados por la defensa durante la etapa de pesquisas, puede esta parte en la audiencia de preparación de juicio oral basar una petición de exclusión en objeciones distintas. Es más, incluso si las protestas de la defensa formuladas durante la fase de investigación coinciden con aquellas efectuadas en la audiencia de preparación de juicio oral para sustentar las peticiones de exclusión de prueba, igualmente en el juicio oral la defensa podría argüir otros defectos ni siquiera reclamados antes, sin perjuicio de que esa omisión le impedirá, de no prosperar en el juicio oral, insistir en el reclamo a través del recurso de nulidad por la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, al exigir el artículo 377 del mismo texto que quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

El panorama descrito parece dejar como única alternativa efectiva para salvar este escollo acudir a la llamada “prueba sobre prueba”, reglada en el inciso 2° del artículo 336 del CPP, que dispone que “[s]i con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”³.

Si la defensa durante la investigación no formuló ningún reparo concerniente a la licitud del origen de las evidencias que se estaban reuniendo, el Ministerio Público no podía prever que fuera necesario ofrecer prueba en su acusación para dilucidar el punto en el juicio, desde que, como ya se dijo, no resulta razonable que esa parte ofrezca todo el material con el que podría hacerse cargo de cualquier eventual cuestionamiento a la licitud de la obtención de toda la prueba ofrecida en su acusación.

De la lectura de la sentencia objeto de este comentario, así como de la del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que aquella anula, no es posible dilucidar si la inexistencia de autorización judicial para las interceptaciones telefónicas

³ Igual solución debiera imponerse, esto es, permitir la prueba sobre prueba, si el Ministerio Público, habiendo anticipado el reclamo sobre la licitud de un medio probatorio, ofrece en su acusación los antecedentes pertinentes para desvirtuarlo, empero la defensa no pide la exclusión de la prueba en cuestión en la audiencia de preparación del juicio o su solicitud es desestimada, supuesto en el cual el juez de garantía excluye esos antecedentes por la causal de manifiesta impertinencia, al tratarse de un asunto o no discutido o ya resuelto en favor del Ministerio Público, pasando por alto que en cualquier caso la defensa podría revivir nuevamente la discusión en el juicio oral. En ese supuesto tiene aplicación el ya referido inciso 2° del artículo 336, al tratarse de prueba cuya necesidad sí fue prevista por el Ministerio Público y, además, ofrecida oportunamente pero no incluida en el auto de apertura por determinación del órgano jurisdiccional.

había sido una queja ya develada en la etapa de investigación⁴, de manera que el Ministerio Público pudiera anticiparse a la discusión y ofrecer en su acusación copia de la respectiva resolución u otros elementos probatorios especialmente destinados a zanjar ese punto en el juicio oral. Tampoco se advierte de la lectura de ambos pronunciamientos, al menos, que el acusador haya acudido a la herramienta del artículo 336 del CPP ya mencionada, en el evento de que no hubiese sido posible prever ese cuestionamiento.

De ambos fallos –del *a quo* y del *ad quem*– únicamente puede colegirse que el acusador se vale para despejar este punto en el juicio oral de las declaraciones de los policías que ejecutaron las intervenciones telefónicas e intervinieron en las diligencias que concluyeron con la detención del acusado, asunto que será analizado en la siguiente sección.

II. CÓMO SE DEMUESTRA EN EL JUICIO ORAL LA EXISTENCIA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA LA VALIDEZ DE UNA ACTUACIÓN POLICIAL

La respuesta a esta interrogante aparenta ser sencilla.

Bajo el alero de la libertad de prueba que impera en el proceso penal, puede demostrarse la licitud de una actuación policial a través de cualquier medio de prueba “producido e incorporado en conformidad a la ley” (artículo 295 del CPP)⁵ y, generalmente, lo será con los mismos elementos incorporados en el juicio para justificar el hecho punible y la responsabilidad atribuida, que

⁴ Sí se consigna en el auto de apertura de 26 de enero de 2021 del Juzgado de Garantía de San Felipe, RUC N° 1901111849-9 y RIT N° 3337-2019, que “la Defensa solicitó exclusión de toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público por infracción de garantías constitucionales del debido proceso y libertad ambulatoria de su representado, relacionado con infracción a lo establecido en el artículo 85 del Código Procesal Penal, alegaciones que fueron rechazadas por resolución fundada de este Tribunal”.

⁵ La Corte, ante protestas por el establecimiento de hechos únicamente con base en las declaraciones de los policías actuantes, ha declarado en sentencia de 19 de diciembre de 2018, rol N° 26102-2018, que radica “en verdad la protesta del recurso en que debería haberse requerido algo más que esos dichos para establecer esos hechos, postulado que [...] no puede ser compartido toda vez que contradice abiertamente el principio fundamental de la libertad de prueba consagrado en el artículo 295 del Código Procesal Penal, que establece que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados ‘por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley’, de manera que no habiéndose esgrimido alguna ilegalidad diversa a la que fue desestimada en el estudio de la causal principal, en la producción e incorporación al juicio de los testimonios de los policías, los magistrados incluso estaban facultados para asentar tales circunstancias únicamente en base a esas declaraciones, siempre que al exponer cómo llegan a su establecimiento,

corresponderán comúnmente a las declaraciones de los propios policías que participan en el procedimiento.

Mas, tratándose de un acto procesal del juez tan altamente formalizado y reglado como lo es una resolución judicial⁶, tolerar su prueba por un medio diverso a la copia fidedigna de la misma u otro equivalente jurídico –un certificado expedido por funcionario competente, por ejemplo– puede plausiblemente ser polemizado⁷, por tildarse en deuda con el alto umbral de fundamentación erigido por los artículos 297 y 342 letra c) del CPP y, consecuentemente, volver esa sentencia –y al juicio en que se dicta– susceptible de invalidación por la causal de la letra e) del artículo 374 del mismo código. Piénsese nada más que pese a regir la libertad probatoria en todas las fases del proceso penal, hasta ahora ni siquiera se ha propuesto la demostración del contenido de una sentencia condenatoria pasada para efectos de configurar una circunstancia agravante o para argüir la excepción de cosa juzgada, con meras declaraciones de testigos concedores de su dictación⁸.

De haber intentado el Ministerio Público incorporar como “prueba sobre prueba” una copia de la resolución judicial que autorizó la interceptación telefónica –en el supuesto de que efectivamente no haya sido previsible su necesidad–, ello resultaría aceptable en el entendido de que lo impugnado en el juicio fue la “veracidad” del relato⁹ de los policías en cuanto deponen que actuaron amparados por mandato del juez, hipótesis que se encuadra en el artículo 336¹⁰.

cumplan con las exigencias de los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal”. Iguales reflexiones en Corte Suprema, 19 de febrero de 2019, rol N° 1348-2018.

⁶ El artículo 39 del CPP, en sus incisos 2° y 3°, dispone que “las sentencias y demás resoluciones que pronunciare el tribunal serán registradas en su integridad” y que “[e]l registro se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido”.

⁷ Esta reflexión, en su esencia, es compartida por el profesor Dr. Carlos del Río Ferretti, en comentario al autor de este comentario a partir de la lectura de una versión preliminar de este trabajo.

⁸ No descartamos alguna situación extraordinaria en que razonablemente las declaraciones de testigos u otros antecedentes distintos a la misma resolución judicial sean los medios apropiados para probar la expedición de esta, como la autorización otorgada por un magistrado telefónicamente, según lo permite el artículo 9° del CPP, pero respecto de la cual un funesto accidente impide al juez dejar constancia en el registro correspondiente.

⁹ HORVITZ Y LÓPEZ, ob. cit., p. 326, admiten la aplicación de esta norma respecto de las declaraciones de testigos si la falta de veracidad recae sobre hechos concretos fácilmente verificables, no sobre percepciones u opiniones, supuesto en el que se encuadra el caso que nos ocupa.

¹⁰ Tampoco sería óbice para su admisión lo dispuesto en el artículo 334 del CPP, que prohíbe incorporar o invocar como medios de prueba y dar lectura durante el juicio oral a los

En lo concerniente a la sentencia objeto de análisis, esta reconoce que el Tribunal de Juicio Oral en el considerando 10º de su fallo, en presunto ejercicio de esa libertad probatoria, tiene “por acreditado, más allá de toda duda razonable [...] que se contaba con escuchas telefónicas autorizadas judicialmente”, conclusión a la que arriba, se puede inferir de sus disquisiciones, de lo manifestado por los policías en el juicio. Empero, más adelante la Corte afirma que “no se acreditó [...] la existencia de la resolución judicial que las autorizaría [las diligencias de interceptaciones telefónicas]”, desconociendo abiertamente los sucesos afincados por el tribunal de la instancia¹¹, en contradicción con su reiterada e invariable jurisprudencia –a la que hace excepción el fallo en análisis–, que niega la posibilidad de alterarlos o modificarlos¹².

registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas “por la policía o el Ministerio Público”, esto es, aquellos regulados en el artículo 228 del CPP, al no comprender las resoluciones judiciales, criterio que la Corte comparte desde que en la sentencia comentada critica justamente que “el Ministerio Público no acompañó al juicio oral la resolución que autorizaba la interceptación telefónica”. HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 321, explican que la circunstancia de que el artículo 334 del CPP no contemple los registros judiciales dentro de la prohibición que regula no significa que ellos puedan introducirse sin más al juicio, precisando que cabría utilizarlos en aquellos casos en que se genere algún incidente para cuya resolución se requiera de tales registros, entregando como ejemplo la renovación de alguna incidencia sobre exclusión de prueba ilícitamente obtenida, situación en la que se encuadraría el caso en análisis.

¹¹ No está de más señalar que se incurre en igual discordancia en relación con la información obtenida como resultado de las interceptaciones telefónicas, al declarar la Corte que no “se acreditó el contenido de las escuchas obtenidas por interceptaciones telefónicas”, porque “el Ministerio Público no acompañó al juicio oral” las “grabaciones de las escuchas que establecieran el resultado de las mismas”, pese a que consta en la sentencia anulada que sí se incorporó el testimonio de los policías que relataron el contenido de las conversaciones interceptadas y ello fue asentado como cierto. En esta materia, además, la Corte pasa por alto lo prescrito en el inciso 3º del artículo 223 del CPP, que dispone que “La incorporación al juicio oral de los resultados obtenidos de la medida de interceptación se realizará de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva. En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia”. Por tanto, la ley claramente permite, como ocurre habitualmente por lo demás y como sucedió en este caso, conocer del resultado de las interceptaciones mediante el resumen que de ellas realicen los policías. Así, en Corte Suprema, 23 de agosto de 2016, rol N° 43435-2016, se rechaza la queja del recurrente por la no reproducción de las grabaciones de las interceptaciones telefónicas en el juicio oral, porque “los reclamos que en este punto sostiene el arbitrio carecen de una explicación en cuanto a la manera en que habrían sido vulneradas las garantías constitucionales invocadas”.

¹² A propósito del examen de la aplicación que la Corte ha hecho del artículo 359 del CPP, más adelante se exponen algunos de estos fallos. Concuerdan con reservar el establecimiento de los hechos a los tribunales de las instancias: JIMÉNEZ, Patricio, *De los recursos: proceso penal acusatorio*. Santiago: Metropolitana (2003), p. 277; TAVOLARI, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), p. 211; CAROCCA, Álex, *Manual el nuevo sistema procesal penal*, 5ª ed. Santiago: LegalPublishing (2009), p. 185, y, citando jurisprudencia

Esta anómala decisión puede obedecer a dos motivos.

Primero, la Corte asume que la carga de demostrar la licitud de las actuaciones que constituyen la fuente de la prueba rendida en el juicio no debe cumplirse por el Ministerio Público solo en el juicio oral, sino también ante el tribunal *ad quem*, planteamiento que no podemos secundar desde que supondría que dicho ente debe rendir dos veces prueba sobre el mismo asunto ante tribunales distintos, tesis cuya sola disonancia con los principios básicos y estructurantes de nuestro proceso penal debiera llevar a abandonarla, para reforzar en su lugar la idea de que la instancia para que el fiscal salde su obligación probatoria es naturalmente el juicio oral¹³.

Y, segundo, del reproche que la sentencia de la Corte realiza al Ministerio Público en su considerando 8º: “no acompañó al juicio oral la resolución que autorizaba la interceptación telefónica”, se desprende que arriba a la conclusión de que no se acreditó su existencia, porque, en su parecer, ello únicamente debe demostrarse en el juicio oral “acompañando” la misma resolución, siendo no insuficiente, sino derechamente inapto al efecto cualquier otro medio de prueba, como la testimonial correspondiente a los dichos de los policías que ejecutan dicha autorización¹⁴. Si bien es un aserto atendible, como se ha dicho, el voto de minoría está en lo correcto cuando afirma: “[...] en verdad, el problema aquí [...] no se refiere propiamente a la inexistencia de indicios que justificaran el registro y detención, sino a la prueba de los mismos en el juicio, porque el Ministerio Público no acompañó como pruebas las escuchas telefónicas ni la autorización judicial para acceder a ellas; pero, con ser ello lamentable, se desplaza así el reclamo, si bien se mira, a la credibilidad de los

en el mismo sentido, BLANCO, Rafael, *Código Procesal Penal*. Santiago: LegalPublishing (2011), p. 525, y NÚÑEZ, Raúl, *Código Procesal Penal*. Santiago: LegalPublishing (2012), p. 243.

¹³ No constituyen óbice, en cambio, los términos del artículo 359 del CPP, que no excluye la posibilidad de que rinda prueba también la parte recurrida, la que se encuentra no obstante liberada de la carga de ofrecerla, como lo propugnan HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 441.

¹⁴ Ya en otros casos la Corte ha desestimado que las declaraciones de los policías sean idóneas para acreditar ciertas circunstancias fácticas, como en Corte Suprema, 1 de agosto de 2016, rol N° 35555-2016, al declarar que el registro de la autorización del fiscal para la actuación como agente revelador no puede ser suplido por los registros o dichos de los propios funcionarios policiales. Al contrario, en Corte Suprema, 9 de agosto de 2017, rol N° 31834-2017, la Corte admite que la autorización verbal otorgada por el juez de garantía para la entrada y registro a un domicilio, así como la existencia de la constancia judicial de la misma, pueda acreditarse mediante los antecedentes respaldatorios de la solicitud formulada al tribunal y los testimonios de los policías que le dan cumplimiento. El análisis de estas y otras resoluciones de la Corte en esta materia puede verse en RODRÍGUEZ, Manuel, *Diligencias investigativas por infracciones a la Ley N° 20.000 y debido proceso*. Santiago: Rubicón (2020), pp. 131 y 244.

testimonios policiales al respecto y, entonces, ya salimos de lo que se refiera a garantías constitucionales [causal deducida, de la letra a) del artículo 373 del CPP] y entramos a un problema de valoración de prueba [causal no formulada, de la letra e) del artículo 374 del CPP], en este caso la testimonial de cargo, asunto que es propio de una causal distinta”.

Esto nos invita a responder la última interrogante.

III. CÓMO SE IMPUGNA LA SENTENCIA QUE DESESTIMA LA ILICITUD DE UNA ACTUACIÓN POLICIAL AL NO TENER POR PROBADOS LOS HECHOS –ACCIÓN U OMISIÓN– DE LOS QUE SE DERIVA O GENERAN ESA ILICITUD

Todo lo hasta ahora dicho nos lleva finalmente a analizar, desde la perspectiva del recurrente, cómo diseñar una impugnación efectiva de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral que fija los hechos de manera tal que no dan sustento a la ilicitud alegada sobre la obtención de alguna prueba de cargo que constituye el fundamento de la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP.

La primera respuesta debiera incluir el artículo 359 del CPP, que autoriza para producir prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, por lo que, en principio, si el defensor discrepa de la descripción de hechos que el tribunal define como el marco en el que se recaba la prueba objetada y que explica el rechazo de este a tachar de ilícita su obtención, puede desplegar la actividad probatoria necesaria “conforme con las reglas que rigen su recepción en el juicio oral”, para que la Corte determine que esos hechos se desarrollan de manera diferente, como interesa al recurrente para el éxito de su arbitrio.

Veamos un ejemplo. El defensor postula en el juicio oral que el imputado no manipula un arma blanca en la vía pública cuando es avistado por los policías, relato en que se afirma su alegación de que dichos agentes ejecutan un control de identidad sin el indicio habilitante que requiere el artículo 85 del CPP y, por consiguiente, el registro posterior de sus vestimentas y el hallazgo de droga en estas es ilegal, mientras que la sentencia establece lo opuesto, esto es, que sí manipula el arma al ser divisado y, por ende, se valida el hallazgo ulterior. En episodios de esta clase, los recurrentes acostumbran a ofrecer como medios para acreditar los supuestos fácticos que componen la causal invocada, entre otros, el registro de audio de las declaraciones prestadas en el juicio oral por los policías actuantes o el contenido del parte policial, bajo el supuesto de que en algunos de estos elementos su reclamo encuentra respaldo.

Ante pretensiones similares, la Corte ha resuelto que, “como se constata de la lectura del fallo, las circunstancias en que se produjo el ingreso al inmueble por los policías y el hallazgo de las plantas, así como el destino que a las sustancias obtenidas de estas últimas daría la imputada, fueron el meollo de lo discutido

en el juicio oral cuya invalidación aquí se pretende, instancia en que la prueba rendida fue sometida al escrutinio de todos los intervinientes así como del tribunal, ello bajo el respeto de los principios de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad e intermediación. Corolario de esta actividad probatoria, los sentenciadores fijaron los hechos ya reproducidos en el basamento tercero así como a los que se aludirá más adelante, guiándose por las normas que rigen la apreciación de la prueba en este proceso. Derivado de lo anterior es que en esta sede de nulidad no pueden desconocerse dichos hechos asentados por los magistrados del grado, para sustituirlos por aquellos que se desprenderían de los antecedentes incorporados ante esta Corte de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, pues ello permitiría transformar el recurso de nulidad en una nueva instancia para discutir los hechos ya fijados por el Tribunal y se instalaría de paso una oportunidad para que el recurrente debata nuevamente los presupuestos fácticos establecidos por los sentenciadores de la instancia. Así las cosas, dado que la jurisprudencia se ha uniformado en entender que el juicio oral constituye una etapa más –adicional a la audiencia de preparación de juicio oral– para discutir y probar la ilicitud de la prueba de cargo, ello trae aparejado que para estimar cumplido el requisito previsto en el artículo 377 del Código Procesal Penal de haber preparado el recurso, dicha ilicitud debe ser reclamada oportunamente en el juicio oral, lo que de paso conlleva entonces que el tribunal de la instancia siempre se habrá pronunciado sobre este asunto y determinado los hechos acreditados o no probados en relación a la alegación de ilicitud, hechos a los que como ya se explicó, en este particular tipo de casos, deberá estarse este Tribunal al resolver el recurso que afinque en la misma materia”¹⁵.

Frente a tales restricciones al empleo del artículo 359 del CPP, va quedando como única herramienta para controvertir los hechos fijados por el Tribunal de Juicio Oral el recurso a la causal de la letra e) del artículo 374 del CPP y, coincidentemente, la Corte ha resuelto en otra oportunidad que, al “no haber

¹⁵ Corte Suprema, 2 de julio de 2020, rol N° 24703-2020. Véase también, Corte Suprema, 26 de marzo de 2018, rol N° 2519-2018; Corte Suprema, 26 septiembre 2018, rol N° 18654-2018; Corte Suprema, 23 enero 2019, rol N° 31242-2018, y Corte Suprema, 28 de octubre de 2021, rol N° 22379-2021. Estas decisiones no implican privar de toda utilidad al artículo 359 del CPP, pues todavía guardará importante vigencia para demostrar sucesos o incidentes que no han sido objeto de discusión y prueba en el juicio y valoración y decisión en la sentencia impugnada, como ocurre si un juez durante el juicio oral realizó preguntas a un testigo de la defensa en términos amenazantes o coactivos o que exceden lo permitido por el inciso 4° del artículo 329 del CPP, hipótesis en que precisamente la reproducción de los registros de audio que den cuenta de ello permitirán demostrar la infracción alegada, como se constató en Corte Suprema, 19 de junio de 2014, rol N° 8644-2014.

acusado el recurrente que en la sentencia se hubiese incurrido en el defecto que sanciona con nulidad el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, [...] no resulta posible discurrir en base a hechos distintos de los asentados en el fallo”¹⁶.

Sin embargo, si con esa declaración la Corte implícitamente afirma que, de aducirse también la causal de la letra e) del artículo 374, se encontraría en buen pie entonces para modificar los hechos descritos por el tribunal *a quo* sobre la forma en que se obtuvo la prueba para, a renglón seguido, con base en este nuevo relato fáctico, dar lugar a la causal de la letra a) del artículo 373, ello por cierto resulta equivocado, por cuanto si se deduce la causal de la letra e) del artículo 374 para impugnar el modo en que se establecen esos hechos, pueden acontecer los siguientes escenarios. Primero, si esa causal es planteada en subsidio de la letra a) del artículo 373, aquella no va a tenerse en cuenta al resolverse esta, sea que se acoja o rechace; segundo, si la causal principal es la de la letra e) del artículo 374, de darse lugar a esta, la Corte no se pronunciará sobre la letra a) del artículo 373; y, si se presentan conjuntamente las causales mencionadas, la Corte podría estimarlas incompatibles y rechazarlas ambas¹⁷ o, de acoger la causal de la letra e) del artículo 374, nada más debería ordenar repetir el juicio, pero no podría fijar los hechos de manera diversa y sobre esta nueva formulación dar lugar a la causal de la letra a) del artículo 373.

La única salida que se avizora para sortear este atolladero es que el recurrente funde su arbitrio de nulidad en la causal de la letra e) del artículo 374—en forma principal o en subsidio de la causal de la letra a) del artículo 373—, buscando con ello, primero, que la Corte invalide el juicio y la sentencia por un defecto de esta en la determinación de los hechos referidos al modo en que se obtuvo la prueba objetada, de manera que, en el eventual segundo juicio, una vez fijados correctamente, el tribunal de juicio sí tenga por consumada la infracción de derechos.

¹⁶ Corte Suprema, 23 de diciembre de 2019, rol N° 29032-2019. De igual modo en Corte Suprema, 13 de marzo de 2020, rol N° 14733-2020; Corte Suprema, 19 de marzo de 2020, rol N° 15028-2020, y Corte Suprema, 26 de marzo de 2020, rol N° 14773-2020.

¹⁷ En Corte Suprema, 12 de febrero de 2020, rol N° 132331-2020, el libelo rechazado se funda conjuntamente en los motivos de los artículos 373 letra a) y 374 letra e) del CPP, objetando por el primero el que se haya admitido una declaración por zoom desde el hogar del testigo y, por el segundo, su valoración en el juicio, decidiendo la Corte que “en primer lugar se cuestiona la forma de incorporar la prueba testimonial, para luego cuestionar su apreciación, lo cual supone el reconocimiento de su validez. Se trata, entonces, de motivos de nulidad que, en la forma propuesta, resultan del todo contradictorios”. Un examen crítico sobre este tipo de decisiones en RODRÍGUEZ, Manuel, “Infracciones a garantías fundamentales y derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 4, N° 2 (2020), p. 108, disponible en: <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/106> (última visita: 10 de noviembre de 2021).

Todavía esta alternativa no está libre de trabas, ya que si en el segundo juicio los sentenciadores dan por ciertos los mismos hechos del primero que fue anulado o, no obstante su establecimiento del modo que persigue la defensa, concluyen que ello no importa una infracción de derechos fundamentales, dicha decisión traerá como corolario la imposibilidad de presentar un nuevo recurso de nulidad, como prescribe el artículo 387 del CPP y, por consiguiente, al cabo de este largo rodeo se llegará al mismo despeñadero.

Como se observa, la preceptiva aplicable limita severamente las posibilidades de plantear, discutir y probar ante la Corte una infracción de derechos fundamentales en la obtención de evidencia, si el tribunal de juicio oral, con errónea aplicación de los artículos 342 letra c) y 297 del CPP no establece los hechos que la constituyen, y puede que tales inconvenientes sean los que se hayan tenido en vista para adoptar la decisión comentada ante la incertidumbre, en opinión de la Corte, sobre la verdad de la autorización judicial, incertidumbre que se vio agravada por la equívoca actividad procesal del recurrente que, en relación con la cuestión examinada –existencia de la orden judicial–, solo alegó la causal de nulidad la letra a) del artículo 373, y no así la de la letra e) del artículo 374, y no incorporó prueba atingente de conformidad al artículo 359 del mismo Código¹⁸.

IV. NUESTRA CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

Si la Corte en realidad estimó –pese a que el fallo no lo explicita así– que la sentencia del Tribunal de Juicio Oral desatendió las exigencias de los

¹⁸ Obsérvese que de ser efectiva la irrealidad de la autorización judicial, la defensa pudo haber conseguido del Juzgado de Garantía competente un certificado que diera cuenta de ello e incorporarlo como prueba en la audiencia ante la Corte, lo cual habría justificado de modo fehaciente sus reclamos más allá de las dificultades arriba explicadas para modificar los hechos asentados por los jueces de la instancia (se desconoce si el Ministerio Público trató de exhibir la orden *ad effectum videndi* en la vista de la causa ante la Corte). Respecto de lo último, en Corte Suprema, 16 de mayo de 2017, rol N° 11584-2017, se dio lugar a la nulidad pretendida por no acreditarse la autorización judicial para la entrada y registro a un domicilio, convencimiento que se alcanza por la Corte con base en un certificado del juzgado de garantía acompañado por el recurrente en la instancia prevista por el artículo 359. A mayor abundamiento, no puede preterirse que el que se haya declarado en este caso la admisibilidad de la causal de la letra a) del artículo 373 por la Corte supone que el recurso fue preparado oportunamente como demanda el artículo 377 del CPP, lo que significa que durante la audiencia de preparación del juicio oral debió haberse instado por la exclusión de evidencia basándose en el mismo reclamo y que, por tanto, resulta muy probable que el juez de garantía, para rechazar esa pretensión, haya constatado fácilmente, mediante la revisión de los registros informáticos de la causa, la realidad de la autorización judicial.

artículos 297 y 342 letra c) del CPP por establecer como hecho demostrado la autorización judicial de interceptación telefónica sin que se haya incorporado materialmente una copia de la respectiva resolución, entonces, al no haber deducido el recurrente la causal de la letra e) del artículo 374, esta debió ser acogida de oficio como lo autoriza el inciso 2º del artículo 379, de manera de permitir la celebración de un nuevo juicio oral en que se dirimiera fundadamente esta controversia factual, en vez de dar marcha atrás la Corte en su hasta entonces uniforme jurisprudencia, desconociendo ahora los hechos definidos por el Tribunal de Juicio Oral y sustituyéndolos por lo que en su opinión se ha acreditado, en un veredicto que, además, conlleva necesariamente el término definitivo del proceso¹⁹.

¹⁹ Se resolvió el sobreseimiento definitivo el 22 de septiembre de 2021, por el tribunal de juicio oral en lo penal de San Felipe en la causa RUC N° 1901111849-9 y RIT N° 7-2021.