

### 3. DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA

ACCIÓN PENAL PRIVADA - INICIO DE INVESTIGACIÓN - MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD - DEBIDO PROCESO - OPORTUNIDAD PROCESAL PARA ALEGAR ILICITUD DE PRUEBA - CARÁCTER DE SECRETO DE INVESTIGACIÓN NO IMPLICA QUE CERRADA ÉSTA NO SE PUEDA ACCEDER A LA PRUEBA RECABADA POR EL PERSECUTOR.

CÓMO SE SATISFACE EL REQUISITO DE DENUNCIA  
DE LA VÍCTIMA EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA  
PREVIA INSTANCIA PARTICULAR Y SU INFLUENCIA EN  
LA LICITUD DE LA INVESTIGACIÓN

MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO\*

Se presenta ante la Corte Suprema un recurso de nulidad deducido por la defensa en virtud de la causal prevista en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal. Es decir, se recurre de nulidad del juicio y de la sentencia por haber sufrido la infracción sustancial de los derechos o garantías establecidos en la Constitución Política o en los tratados internacionales de derechos fundamentales. Dicha infracción se habría presentado por tres sucesos distintos, sin embargo, dado que los motivos segundo y tercero del recurso de nulidad son descartados por la Corte por carecer de la prueba y/o relevancia necesaria para afectar la defensa del imputado, ellos no serán objeto del comentario. El primer vicio de nulidad planteado por el recurso consiste en que se habría iniciado una investigación penal en contra del imputado sin dar cumplimiento al requisito de previa denuncia establecido para un delito de acción penal pública previa instancia particular de acuerdo al artículo 369 del Código Penal en relación al 54 g) del Código Procesal Penal, lo que acarrearía una investigación que el recurrente califica como ilícita dado que el Ministerio Público la habría iniciado sin denuncia formal de la víctima del delito de violación de adulto, para la persecución del cual los referidos artículos requieren que el hecho haya sido denunciado por la persona ofendida o por su representante. Dado que en el caso resuelto la denuncia no fue presentada por la víctima o su representante legal, sino que por otro familiar, y la víctima sólo declaró 4 días después en el Ministerio

\* Departamento de Ciencias Penales Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Público, la defensa sostiene que la investigación llevada por el Ministerio Público en dicho lapso de tiempo es ilícita, así como todos los antecedentes requeridos o recopilados en aquel período, por lo que debió excluirse toda la prueba obtenida con inobservancia de garantías durante la etapa de preparación de juicio oral.

La Corte, por su parte, desecha el motivo de nulidad en base a dos razonamientos. En primer lugar, señala que la víctima concurrió al Servicio de Salud correspondiente y se realizó voluntariamente la toma de muestras para que se determinara la identidad de su agresor, lo que demostraría una manifestación de voluntad tendiente a que se realizaran los procedimientos necesarios para determinar la existencia del delito, así como la identidad de su agresor. En segundo lugar, afirma también la Corte en su razonamiento que, al ser un asunto de procedimiento, era necesaria la preparación oportuna del recurso en los términos exigidos por el artículo 377 del Código Procesal Penal. Dado que el vicio se habría producido en el inicio del procedimiento, este hecho habría sido indudablemente conocido por la defensa al verificarse la audiencia de formalización de la investigación respecto del imputado, sin embargo, sólo habría reclamado del vicio en la audiencia de preparación de juicio oral, lo que la Corte califica como inoportuno.

En opinión de quien suscribe este comentario, sólo el primer fundamento –y con matices– es correcto. La oportunidad procesal para solicitar la exclusión de antecedentes probatorios obtenidos con inobservancia de garantías procesales es primordialmente la audiencia de preparación de juicio oral, bajo la causal prevista en el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, la que no requiere a su vez preparación de la solicitud. Es más, la causal de exclusión de prueba citada distingue precisamente entre las diligencias declaradas nulas de aquellas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, sin requerir declaración alguna de nulidad o ilicitud respecto de las segundas, por lo que no cabe rechazar la causal de nulidad por dicho fundamento.

En cuanto al primer fundamento planteado por la Corte –la suficiencia de la realización de exámenes como manifestación de voluntad suficiente para iniciar la investigación–, éste plantea un argumento de sentido común, pero oculta una toma de postura en cuanto a la estructura del procedimiento y la posición de la víctima en él. La forma errónea de plantear la discusión sería sostener que la regulación prevista en el artículo 369 del Código Penal sólo contempla un derecho disponible para la víctima en orden a que no se investigue el ilícito por ella sufrido. La Corte, correctamente, no asume este punto de partida e, implícitamente, asume que la regulación citada

también supone una condición de legitimidad adicional a la actuación del Ministerio Público para este tipo de delitos. Es por ello que tanto la Corte como la defensa asumen que, tratándose del delito investigado, el requisito legal de previa denuncia de la víctima para iniciar una investigación debe satisfacerse; la discrepancia se encuentra en la forma en que dicha condición debe cumplirse. ¿Es suficiente, en este caso, el sometimiento voluntario a exámenes médicos para satisfacer el requisito previsto en el artículo 369 del Código Penal para iniciar la investigación por este ilícito? La Corte contesta afirmativamente. ¿Debe satisfacer la denuncia requerida por el artículo 369 del Código Penal, los requisitos previstos en el artículo 174 del Código Procesal Penal? La Corte no resuelve explícitamente este punto, su respuesta anterior la prejuzga negativamente.

El razonamiento precedente parece ser insuficiente. El recurrente plantea que la denuncia debe ser formal y la Corte no da fundamento alguno de por qué ello no sería necesario. El argumento que omite la Corte parece ser que la denuncia que sí cumple los requisitos formales es la realizada por su familiar, pese a que ella no es su representante legal ni participa del orden de precedencia del artículo 108 del Código Procesal Penal. Dicho déficit de legitimidad sería subsanado por la activa participación de la víctima en los actos de investigación desencadenados por la denuncia, ratificando con ello la denuncia formulada por quien no tenía capacidad suficiente para representarla.

#### SENTENCIA CORTE SUPREMA

Santiago, once de junio de dos mil trece.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, por sentencia de veintisiete de marzo del año en curso, dictada en los autos RIT N° 8-2012, RUC N° 1200064752-5, condenó al acusado LUIS ALBERTO OYARZO SALGADO a la pena única de quince años de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y para

cargos y oficios públicos por el tiempo de la condena, por su responsabilidad como autor de tres delitos de violación previstos y sancionados en el artículo 361 N° 1 del Código Penal, cometidos en contra de Lorena Barría Aburto, en horas de la tarde del día 2 de agosto de 2011, en la persona de Yorelyn González Toledo, en horas de la noche del día 14 de diciembre de 2011 y en perjuicio de Cinesia Solís Alvarado, en horas de la noche del día 30 de diciembre de 2011.

Asimismo, se le impuso otra pena de quinientos cuarenta días de presidio

menor en su grado mínimo, accesorias de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de un delito de lesiones menores graves, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, cometido en la persona de Gloria Yefi Gualaman, en horas de la noche del día 6 de enero del año 2012.

No se le concede ninguna de las medidas alternativas para el cumplimiento de las penas contempladas en la Ley N° 18.216, debiendo cumplir íntegra y efectivamente las penas corporales que le fueron impuestas.

Contra la referida sentencia, la defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de trece de mayo del año en curso, que se lee a fs. 194, habiéndose fijado audiencia para su conocimiento la que se realizó con la asistencia de las partes individualizadas en el acta de fs. 200.

#### CONSIDERANDO:

*Primero:* Que la defensa del condenado deduce conjuntamente tres causales de nulidad contempladas en el artículo 373 letra a), del Código Procesal Penal, esto es, cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, por diversos motivos que explica de la siguiente manera

La primera causal se sustenta en la infracción al debido proceso basada en que el Ministerio Público comenzó una

actividad investigativa sin contar con la denuncia debida que lo facultara para actuar lícitamente.

Expresa que la sentencia que condenó a Luis Alberto Oyarzo Salgado, infringe la garantía señalada puesto que, el día 31 de diciembre de 2011, a las 01.00 concurre doña Faumeliza Arismendi a la Tercera Comisaria de Carabineros de Osorno, lugar en el que denuncia un delito de violación que habría sufrido su suegra doña Cinesia Solís de 56 años, sólo el día 3 de enero de 2012 en Fiscalía Local de Osorno, la víctima Cinesia Solís relata lo ocurrido al asistente de fiscal. Así la comparecencia posterior de la víctima a la Fiscalía Local de Osorno el día 3 de enero de 2012, es la que produce la verdadera denuncia, y otorga la oportunidad y legitimación para que el aparato de persecución penal comience su trabajo investigativo. Por ello todas las diligencias desarrolladas entre los días 30 de diciembre de 2011 y 3 de enero de 2012, nunca se debieron realizar, ya que no existía acción penal alguna, desde que la denuncia no se había interpuesto legalmente con los requisitos que prescribe el artículo 174 Código Procesal Penal.

Producto de la investigación ilegal que el Ministerio Público realizó entre las jornadas del 30 de diciembre de 2011 y 3 de enero de 2012 se recabó la Petición N° 12315000, de fecha 31 de diciembre de 2011, suscrita por el Tecnólogo Médico Enrique Maldonado Peña y Lillo, del Hospital Base de Osorno, en relación a búsquedas de espermios en la víctima Cinesia Solís Álvarez. Esta diligencia verificó la existencia de

rastros biológicos del autor del ilícito, lo que a su vez permitió que se emitieran informes periciales químicos, como la declaración de Enrique Maldonado Peña y Lillo, y del perito químico Englebert Castillo Rojas, quienes suscribieron los informes.

Señala que la evidencia recopilada se obtiene al alero de una investigación ilegal, ya que no existía acción penal que se pudiera ejercer.

Por lo expuesto es que la defensa solicita que se acoja el recurso de nulidad y de acuerdo al artículo 386 del Código Procesal Penal se anule la sentencia definitiva y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, solicitando expresamente que al determinarse el estado procesal de la presente causa se retrotraigan estos autos a la fecha de fijación de juicio oral, excluyendo por infracción al art. 276 inc. 3° del Código Procesal Penal la prueba que enumera en el recurso.

*Segundo:* Que, como segunda casual denuncia la infracción al debido proceso e inviolabilidad del hogar, fundada en que se incautó evidencia en entrada y registro al domicilio del imputado que no fue decretada judicialmente.

Expone la defensa que el día 28 de enero de 2012, previo a la formalización del imputado, el Juez de Garantía de Osorno, resolvió una solicitud del Ministerio Público de conformidad con dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Penal, en la que pide en lo

principal orden de detención en contra del acusado Oyarzo Salgado, a la que se dio lugar; y en el otrosí de ésta, requería autorización judicial para proceder a la entrada y registro del domicilio del imputado de calle Guatemala 1587, Rahue Alto, Osorno. A esta última solicitud el tribunal negó lugar por no individualizar las especies requeridas por Fiscalía para la investigación.

Agrega que el día 30 de enero a las 17.30 horas, de acuerdo al preinforme policial N° 145 de la BRISEXME de la Policía de Investigaciones de Osorno, la fiscal adjunto de esa ciudad, en compañía de los inspectores Alex Álvarez y Mavel Daza hacen entrada y registro del domicilio del imputado, diligencia que, de acuerdo al informe predicho, contaba con la autorización judicial de don Miguel García Herrera, Juez de Garantía, señala que cerca de las 18.15 horas y ya en el interior del domicilio del acusado, se incautan especies que fueron introducidas al juicio oral como pruebas. Posteriormente, a las 18.50 horas de ese mismo día se incautan otras especies.

Expresa que de la revisión de la carpeta judicial, se verifica que no existe constancia alguna de que se haya otorgado orden alguna de entrada y registro o incautación de especies. Tampoco consta en la carpeta fiscal la solicitud del Ministerio Público que fundaría eventualmente dicha orden judicial.

La infracción denunciada permitió la incorporación de prueba obtenida de manera ilícita, que fue valorada como un elemento fundante de la condena. Indica que la defensa pidió la exclusión

de la evidencia obtenida de manera ilegal durante la audiencia de preparación del juicio oral, lo que fue desestimado por el Juzgado de Garantía de Osorno, es por ello que se han vulnerado tanto el debido proceso, porque no se tramita el procedimiento conforme a como dispone la ley, sin que exista la constancia de la solicitud fiscal para obtener la entrada y registro al domicilio del imputado, y porque no hay resolución judicial que eventualmente ordenara el procedimiento descrito; señala además que en segundo término se vulnera la inviolabilidad del hogar al incautarse evidencia en la entrada y registro del domicilio del imputado sin contar con una orden judicial para efectuarla.

Por lo señalado pide que se acoja el recurso, se anule la sentencia dictada, así como el juicio oral, determinando el estado en que debiera de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los autos a un tribunal no inhabilitado para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, solicitando expresamente que se retrotraigan los autos a la fecha de fijación de juicio oral, excluyendo directamente, por infracción al art. 276 inc. 3° del Código Procesal Penal la prueba obtenida ilegalmente en el registro del domicilio del acusado.

*Tercero:* Que, finalmente, acusa la infracción del debido proceso, sustentada en que no se permitió a la defensa conocer la prueba de cargo y producir a su vez prueba para contradecirla.

Señala que el día 31 de enero de 2012, se sometió a control de detención y formalización de la investigación al imputado Luis Alberto Oyarzo Salgado

y con posterioridad al debate de cautelares suscitado, el Juez de Garantía de Osorno fijó un plazo de investigación judicial de 120 días a contar de esa fecha. Estando este plazo de investigación vigente, el día 2 de abril de 2012, el fiscal del Ministerio Público decretó, conforme al art.182 del Código Procesal Penal, el secreto de la investigación por un plazo de 40 días, dicho plazo vencía el 13 de mayo, sin embargo, sin encontrarse autorizado por la norma mencionada, el fiscal decidió “prorrogar” este secreto por 40 días más, y encontrándose la investigación en calidad de secreta fue cerrada el día 18 de junio de 2012. A pesar del cierre de ella, el persecutor continuó realizando diligencias investigativas a las cuales la defensa no pudo contradecir por no conocerlas durante el período investigativo. Durante la preparación del juicio oral el día 17 de enero de 2013, ante el Juzgado de Garantía de Osorno, la defensa expresó su cuestionamiento a la prueba obtenida durante el período en que la investigación se encontraba cerrada, solicitando su exclusión por infringir lo dispuesto en el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal.

Por todo lo expresado es que pide que se acoja el recurso de nulidad impedido y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 386 del Código Procesal Penal se anule la sentencia condenatoria y el juicio oral, determinándose el estado en que debiera quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los antecedentes a un tribunal no inhabilitado para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, excluyendo la prueba

obtenida con posterioridad al cierre de la investigación.

*Cuarto:* Que para la demostración de la preparación de las causales del recurso, la defensa reprodujo en la audiencia de juicio las secciones de audio que se individualizan en el escrito de nulidad.

*Quinto:* Que en lo que atañe al primer acápite del recurso de nulidad y que dice relación con la ausencia de una indagación y un procedimiento racionales y justos, pues se habría iniciado la investigación en contra del imputado sin que existiera una denuncia formal por parte de la víctima doña Cinesia Solís Álvarez.

Sobre este punto y en primer término cabe consignar que la falta de denuncia alegada por la defensa del sentenciado, no se configura, ello porque como señaló por el Ministerio Público y la querellante en estrados, la víctima señora Solís Álvarez, concurrió al Servicio de Salud correspondiente y se realizó voluntariamente la toma de muestras para que se determinara la identidad de su agresor, en este contexto y conforme a las circunstancias que envuelven el delito por el que se ha condenado a Luis Alberto Oyarzo Salgado, es claro que la intención demostrada por la afectada implica una manifestación de voluntad tendiente a que se realizaran los procedimientos necesarios para determinar la existencia del delito, así como la identidad de su agresor.

*Sexto:* Que además y con respecto a la imputación efectuada por la defensa del sentenciado con respecto a la falta de denuncia, se advierte que tratándose

de un asunto de procedimiento —ya que se discute, básicamente, la forma en que se inicia la investigación—, era necesaria la preparación del recurso, de modo que el recurrente debió haber reclamado oportunamente del vicio o defecto, en los términos que exige el artículo 377 del Código Procesal Penal.

El reproche que efectúa la defensa, fue conocido al momento de verificarse la formalización del imputado de manera que alegar su existencia en la audiencia de preparación del juicio oral, y durante la realización de éste, implica que el reclamo no se haya efectuado de manera oportuna, todo lo cual resta validez al recurso de nulidad actual, cuyo objetivo tampoco tiene el mérito de solucionar lo que se viene ahora denunciando, puesto que como se adelantó, se trata de infracciones que se habrían cometido al inicio de la investigación, estadio al que, ni aun cuando fuera posible, no se sugirió retornar, limitándose las peticiones del recurso a una etapa muy posterior.

*Séptimo:* Que en lo que atañe a la segunda vulneración denunciada y que dice relación con la infracción al debido proceso e inviolabilidad del hogar, que se esgrime también por la defensa, y que se plasma en la falta de orden judicial para efectuar el registro del domicilio del sentenciado y la consecuente incautación de evidencia —usada en el juicio oral condenatorio—, es necesario en primer lugar señalar que el vicio fue alegado en la audiencia de preparación del juicio oral, ocasión en que se plantea como incidente de nulidad, sin embargo a la luz de lo expuesto por los

intervinientes en estrados, esa no era la oportunidad procesal para efectuar dicha alegación, ello porque al momento de verificarse la audiencia de control de detención o en la de formalización del imputado, la defensa debió denunciar la ilicitud de la prueba obtenida y pedir que se desechara la evidencia presentada por el Ministerio Público, por cuanto habría sido obtenida ilegalmente.

De lo expresado fluye claramente que la alegación hecha por medio del presente recurso de nulidad es del todo extemporánea.

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente y en relación a la falta de resolución judicial que decretara el registro del domicilio del imputado y la incautación de evidencia, la representante del Ministerio Público señaló ante esta Corte, que la orden fue requerida vía correo electrónico al Juez de Garantía de Osorno de Turno, don Miguel García Herrera, quien la otorgó oralmente, y resulta que éste fue el mismo magistrado que dirigió la audiencia de formalización, de modo que no parece probado el hecho de que no existió orden oral, al no haber constancia de que el Magistrado haya negado de que efectivamente expidió oralmente la orden.

A consecuencia de lo que se viene analizando, el reclamo que ahora se plantea aparece aislado en el desempeño del juicio y no se ha probado.

*Octavo:* Que en cuanto a la supuesta infracción al debido proceso basado en que no se habría permitido a la defensa conocer prueba de cargo, al mantener más allá de los límites permitidos el

carácter de secreta de la investigación, y porque una vez cerrada la investigación el ente persecutor continuó realizando diligencias, cabe consignar que conforme a lo manifestado en la audiencia por la representante del Ministerio Público fue la propia defensa la que una vez cerrada la investigación, solicitó su reapertura y la realización de una serie de diligencias probatorias con la finalidad de obtener prueba absolutoria.

Así el agravio se funda en la falta de conocimiento de la prueba de cargo, pero para los efectos de que se preste acogida al arbitrio éste debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte que reclama. La infracción producida a los intereses del interviniente exige, además, sustancialidad, es decir, trascendencia, mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea en definitiva insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso.

*Noveno:* Que en el escenario descrito y de acuerdo a los antecedentes que arroja la causa, no hay duda alguna que no existió la vulneración alegada por la defensa, ello en primer término porque el carácter de secreto de la investigación no implica que una vez cerrada ésta no se pueda acceder a la prueba recabada por el persecutor, y además como se dijo en estrados, fue la propia defensa la que una vez cerrada la investigación solicitó su reapertura, de modo que no existe una afectación de derechos fundamentales de real trascendencia que pueda llevar aparejada como sanción la nulidad solicitada por la defensa del sentenciado.



A consecuencia de lo analizado y por no ser efectivas las infracciones denunciadas, el recurso deberá ser íntegramente desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 359, 360, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido en lo principal de fs. 126 por la defensa del condenado Luis Alberto Oyarzo Salgado, contra la sentencia de veintisiete de marzo de dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 2 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le precedió en el proceso RUC

N° 1200064752-5 y RIT N° 8-2013, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Baraona.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Haroldo Brito C., Juan Fuentes B. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de junio de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 2170-2013.