

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

### VIOLACIÓN CON HOMICIDIO.

DERECHO A NO DECLARAR ES RENUNCIABLE. MEDIOS DE PRUEBA. MUESTRA DE HISOPADO BUCAL PREVIA AUTORIZACIÓN Y AUN VOLUNTARIAMENTE. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. PRINCIPIO DE TRASCENDENCIA.

### HECHOS

*Tribunal Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de violación con homicidio. Defensas de condenados recurren de nulidad, la Corte Suprema rechaza los recursos deducidos*

#### ANTECEDENTES DEL FALLO

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL N°: *11785-2013, de 23 de diciembre de 2013*

PARTES: *“Morales Navarrete Carlos Antonio y otro con Ministerio Público”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Juan Escobar Z. y los abogados integrantes Sr. Luis Bates y Jorge Lagos G.*

### DOCTRINA

- I. *El derecho contemplado en el artículo 302 del Código Procesal Penal, al igual que el del imputado a guardar silencio, es renunciable, de manera que nada impide que se ejerza sólo en la etapa del juicio oral, accediendo el beneficiado a prestar declaración en cualquier otra fase del procedimiento. Tal es lo que ocurrió en el caso en estudio. Es efectivo que en la primera declaración de la madre del imputado (...) en sede policial no se le dio a conocer el derecho a no declarar en razón de su parentesco, pero ningún dato incriminatorio se obtuvo en esa oportunidad, lo que la defensa no controvierte. La segunda declaración fue recibida estando en pleno conocimiento de sus derechos, de manera que no adolece de ningún cuestionamiento, y la pretensión de la defensa de excluir los datos que pudo aportar en ella porque debía ser asistida por un representante, no encuentran fundamento legal alguno, pues no se ha demostrado que la menguada aptitud intelectual que le atribuye haya sido determinante en la obtención de evidencia, bien contra su voluntad o desconociendo los efectos que su testimonio podía acarrear. (Considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *De acuerdo a lo sostenido en estrados y como se aprecia de la lectura de la sentencia, tales diligencias, consistentes en la declaración del adolescente, los testimonios de terceros acerca de sus dichos y la muestra de hisopado bucal, fueron excluidas en razón de su ilicitud, pues al momento de su realización el joven no se encontraba asistido por un defensor, de manera que ninguna injerencia han tenido en la resolución final adoptada. Sin embargo, eso no excluye la condición que el Ministerio Público le atribuyó al menor al momento de practicarlas, particularmente la muestra de hisopado bucal que se obtuvo en presencia de su padre, pues como acierta la defensa, esos antecedentes investigativos no se recaban sino de personas a quienes es posible vincular a los hechos en razón de su situación de vecindad o lazos de otro carácter, lo que desde el comienzo de la investigación caracterizó a los sucesos pesquisados en esta causa dadas las condiciones personales de la víctima y la ausencia de señales de fuerza para acceder al inmueble. Entonces, en condición de imputado y ante la evidencia de fluidos corporales en el cuerpo de la víctima y restos biológicos en el lugar de los hechos, naturalmente la investigación debía considerar muestras de sangre, las que se llevaron a cabo respecto de C.M.S. ajustadas a la legalidad vigente, previa autorización y aun voluntariamente. La prueba así recabada no adolece de vicios que la tornen ilícita ni en forma originaria o por derivación, por lo que puede ser admitida en el proceso, tal como resolvieron los magistrados de la instancia. En todo caso, la teoría de la ponderación de intereses en conflicto propugna por la admisión de la prueba cuestionada, porque el derecho afectado por la ilegitimidad no es manifiesto, dada la voluntariedad de la muestra, la condición de imputado del menor y la intervención judicial previa, que ha debido ponderar la incorporación del resultado de la prueba de ADN al juicio oral, frente a los derechos amagados de la víctima. (Considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *El recurso atribuye al fallo falta de coherencia, razonamientos insuficientes, falta de prueba de participación, dubitativo establecimiento del elemento subjetivo del tipo penal y errónea reproducción de los dichos de un perito. Sobre estos aspectos, si bien la sentencia incurre en una serie de yerros tipográficos y recurre a extensas transcripciones literales de declaraciones de testigos que incluyen datos ajenos e irrelevantes a la investigación, lo que denota falta de prolijidad y que una labor más acuciosa de los jueces debiera erradicar, el arbitrio de nulidad exige la concurrencia de un presupuesto básico, cual es el llamado “principio de trascendencia” que recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la trasgresión en que se funde el recurso constituya un atentado de tal entidad que importe un perjuicio insalvable al litigante afectado. Tal perjuicio se construye en el caso en estudio a partir de una estimación diversa de la prueba rendida, discrepancia que como se*

*dijo en el párrafo final del motivo Octavo precedente, no amerita la nulidad pretendida ni la realización de un nuevo debate en torno a las mismas probanzas para ensayar una ponderación acorde a la teoría de la defensa. Dado que los hechos establecidos por los jueces en base a la prueba rendida satisfacen los extremos del tipo penal y de la autoría material atribuida al adolescente M.S., establecidos del modo que consigna el considerando Décimo Sexto del fallo, luego de la labor de ponderación individual y conjunta de las pruebas de todo lo cual dan cuenta los fundamentos Décimo Séptimo a Vigésimo de la sentencia, no cabe sino desestimar el recurso. (Considerando 13° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: ID 67092*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA:

*Artículos 297, 302, 342, 373 y 375 del Código Procesal Penal.*

## COMENTARIO SENTENCIA INGRESO N° 11.785-2013.

### EXCMA CORTE SUPREMA. ILICITUD DE LA PRUEBA Y PONDERACIÓN DE INTERESES

CARLOS CORREA ROBLES  
*Universidad Libre de Berlín*

La sentencia que analizamos se pronuncia sobre al menos tres aspectos de trascendencia jurídico penal, y cuyo análisis por parte de la doctrina y jurisprudencia chilena y comparada no ha resultado sencillo.

El primer asunto relevante corresponde a lo razonado en los considerandos cuarto y quinto del fallo. En éstos, se discute una eventual infracción al derecho a un proceso previo legalmente tramitado, y al derecho a guardar silencio, derivada de la declaración prestada por la madre de uno de los imputados. En dicha declaración, sostiene uno de los recurrentes, se habría desatendido la incapacidad mental que a la testigo le asistiría, vulnerando asimismo la facultad de abstenerse de prestar declaración prescrita en el art. 302 CPp. Señala la defensa, que al haberse valorado dicha declaración desatendiendo el derecho a no testificar que le asistiría, y al no haber sido asistida en su declaración por representante o letrado, se habría en definitiva vulnerado el derecho de no autoincriminación.

Como correctamente sostiene la Corte en relación a la causal invocada, tanto el derecho del imputado a guardar silencio, como el derecho contemplado en el art. 302 CPP respecto de testigos, son renunciables por parte de su titular. En primer lugar, respecto del derecho que le asiste al imputado, derivado del princi-

pio *nemo tenetur ipsum accusare*, del análisis sistemático de los arts. 91, 194, 263, 268 y especialmente el 326 CPP, permiten entender la declaración del imputado como un medio de defensa, gozando en este sentido el imputado de plena libertad para decidir si presta o no declaración<sup>1</sup>. Asimismo, el tenor literal del inc. 3° del art. 302, en cuanto se refiere a la existencia de una “*facultad de abstenerse*”, no deja dudas respecto al carácter renunciabile del derecho. Para la doctrina<sup>2</sup>, dicha naturaleza tampoco resulta controvertida.

Ahora bien, en el caso que se comenta nos encontramos con un familiar cuya primera declaración fue obtenida ilícitamente. Aquel testimonio, obtenido ilícitamente, no podrá ser utilizado en el procedimiento.

Respecto de la segunda declaración, obtenida previo conocimiento de sus derechos por parte de la testigo, debemos preguntarnos si ésta se enmarcaría en una hipótesis de *exclusión de elementos probatorios derivados*, que permitiría extender el efecto de la ilicitud (no controvertido) de la prueba ilícita *originaria*, a esta nueva declaración. En el caso puntual, como acertadamente sostienen los sentenciadores, la no obtención de elementos incriminatorios en la primera declaración (ilícita) permitiría descartar un vínculo causal entre la prueba ilícita, y la prueba legalmente obtenida,<sup>3</sup> que pudiese restar validez a este nuevo testimonio.

El segundo punto relevante del fallo, corresponde a la pretendida falta de fundamentación de la sentencia respecto del establecimiento de hechos en base a la valoración de testigos de oídas, o dando credibilidad a testimonios no atendibles.

Lo que la afirmación del recurrente esconde, como correctamente sostiene la Corte, y tal como sostuve en un comentario anteriormente publicado,<sup>4</sup> es la existencia de un mero desacuerdo entre los intervinientes, acerca de la apreciación de los hechos, el que no podrá, por sí solo, servir de fundamento para acoger el recurso de nulidad interpuesto.

Cuando una parte invoca una infracción a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados por parte de los sentenciadores, deberá indicar con precisión en qué se fundamentarían dichas infracciones. Una mera discrepancia en las conclusiones obtenidas por los jueces, no justifica por sí sola una infracción a las reglas reguladoras de la prueba.

---

<sup>1</sup>LÓPEZ, Julián, Derecho Procesal Penal chileno, t. II. Con HORVITZ, María Inés, (Santiago, 2004), p. 83.

<sup>2</sup>LÓPEZ, Julián, ob. cit. p. 278.

<sup>3</sup>Al respecto, vid. LÓPEZ, Julián, ob. cit. pp. 219 y ss.; ZAPATA, María Francisca, La prueba ilícita. (Santiago, 2004). *Ebenda*.

<sup>4</sup>CORREA, Carlos, Comentario Sentencia Ingreso N° 18-2013 I. Corte de Apelaciones de Valparaíso: Infracción a las reglas reguladoras de la prueba, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*. Vol. II N° 2 (2013) , pp. 185-186.

El tercer punto de relevancia de la sentencia, corresponde a lo señalado en los considerandos undécimo y siguientes, referidos a la valoración de la segunda prueba de ADN obtenida de uno de los imputados, menor de edad.

Tal como sucedió respecto de la ya referida declaración de la madre de uno de los imputados, tanto la primera prueba de ADN obtenida, la declaración del imputado menor de edad, así como los testimonios de terceros respecto de sus dichos, fueron excluidas por el tribunal de fondo en razón de su ilicitud.

En atención a ello, surge nuevamente la pregunta sobre si la segunda pericia de ADN, practicada esta vez conforme a la ley, tiene su origen en prueba ilícita, o bien se presenta como algo independiente. En base a las exactitud de los resultados propios de esta pericia, resulta a lo menos cuestionable sostener -como afirma la Corte- una falta de conexión causal entre el nuevo examen, respecto a la prueba obtenida con vulneración a las garantías del imputado.

Sin embargo, las consecuencias que tendría que aceptar su derivación de la prueba excluida no obstan a efectuar un análisis sobre su pertinencia ni la exclusión *a priori* de su valoración.<sup>5</sup> En este sentido, la doctrina alemana ha sostenido mayoritariamente que la toma de una muestra de sangre por parte de un facultativo no autorizado para ello (por ejemplo, un policía) no implicará su exclusión, sino la mera reconvencción administrativa del funcionario infractor.<sup>6</sup> Para resolver esta interrogante referida a la valoración de una prueba ilícita derivada, la doctrina y jurisprudencia alemana se ha valido de una multiplicidad de teorías que no resulta posible exponer en este comentario, cuyos resultados muchas veces se contradicen entre sí.

En el caso concreto, la Corte resuelve dicho conflicto apelando a una “ponderación de intereses en conflicto”, mediante la cual el eventual derecho del imputado afectado por la posible ilegitimidad, contrapesado con “la voluntariedad de la muestra, la condición del imputado menor, y la intervención judicial previa” no permitirían sustentar una exclusión probatoria. El criterio sostenido por la Corte es precisamente una de posturas que actualmente gozan de mayor aceptación en la doctrina.

La llamada “teoría de la ponderación de intereses”, desarrollada en sede de ilicitud de la prueba originalmente por *Rogall*,<sup>7</sup> propugna, como criterio de reso-

---

<sup>5</sup>SCHROTH, Ulrich, Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Überblick, Strukturen und Thesen zu einem umstrittenen Thema, en *Juristische Schulung* cuaderno 11, año 38, (1998), p. 973.

<sup>6</sup>ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht.*, 27ª ed., (München. 2012), pp. 180 y s.

<sup>7</sup>ROGALL, Klaus, Gegenwärtige Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 91, (1979). pp. 1-44.

lución del conflicto antedicho, por efectuar una ponderación entre los intereses del imputado protegidos por el precepto vulnerado y el interés público en una eficiente administración de justicia.<sup>8</sup> Entre los criterios considerados por *Rogall* para resolver un caso específico por medio de una adecuada ponderación de intereses se encuentran: (1) el rechazo a una exclusión probatoria en casos de criminalidad grave; (2) para la determinación del interés individual, entrará en consideración la calidad y tipo del derecho o interés afectado. Así por ejemplo, vulneraciones a garantías consagradas a nivel constitucional y de tratados internacionales, como lo sería una infracción al derecho de no autoincriminación, primará sobre el interés oficial en la persecución penal;<sup>9</sup> (3) para la determinación de los intereses individuales cabe además considerar, cuánto afectaría la valoración de la prueba el derecho individual infringido, considerando a este respecto entre otros factores, la gravedad de la infracción cometida.

En el caso puntual, atendida la gravedad del delito, no cabe sino sostener la existencia de un interés preponderante en la persecución penal. Como correctamente sostiene el fallo, la voluntariedad de la muestra, la condición de imputado del menor, y la intervención judicial previa, permiten determinar una preponderancia del interés público en la persecución penal, en desmedro de un derecho supuestamente vulnerado, de difícil determinación, aludido por la defensa del imputado.

---

<sup>8</sup>ROGALL, Klaus, ob. cit. p. 29.

<sup>9</sup>ROGALL, Klaus, ob. cit. p. 35.