

8. CORTE SUPREMA - DERECHO PROCESAL PENAL

ROBO CON VIOLACIÓN

I. SUJETO QUE RECIBE EL TRATO DE TESTIGO AL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN, PERO SE LE REALIZAN DILIGENCIAS PROPIAS DE UN IMPUTADO. CIRCUNSTANCIA QUE IMPLICA NEGAR EL CONOCIMIENTO Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSAGRADOS A FAVOR DEL IMPUTADO. REALIZACIÓN DE UNA PRUEBA CIENTÍFICA CON VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. II. VOTO DISIDENTE: SUJETO QUE CONSIENTE EN LA REALIZACIÓN DE UNA PRUEBA CIENTÍFICA A SU RESPECTO. CONOCIMIENTO DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS RESULTADOS DE LA PRUEBA CIENTÍFICA.

HECHOS

La defensa del condenado como autor del delito de robo con violación recurre de nulidad en contra del fallo del tribunal de juicio oral en lo penal. Funda el recurso en la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. El Máximo Tribunal acoge el recurso, en decisión dividida -3 a 2-, concluyendo que la prueba que sirvió de basamento de la convicción de condena fue obtenida con vulneración de garantías fundamentales.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

ROL: *28451-2014, de 30 de diciembre de 2014*

PARTES: *“con A.A.Z.R”.*

MINISTROS: *Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Abogados Integrantes Sr. Luis Bates H. y Sr. Ricardo Peralta V.*

DOCTRINA

- 1. Al entrevistar los funcionarios policiales al sentenciado en una aparente calidad de testigo, notificándole de los derechos que a ellos corresponden y solicitarle su anuencia para la práctica de la prueba de hisopado bucal, actuaron a su respecto en forma contraria a la ley y, por demás, engañosa, desde que no pusieron en evidencia sus probabilidades de actuación ni los derechos con que contaba en su calidad real, tales como el de guardar silencio y a ser asistido por un abogado. Si bien se le advirtió de las consecuencias que podría*

acarrear la práctica del examen biológico —entendiendo que él era testigo y no imputado—, lo cierto es que la decisión de aceptarlo o rechazarlo debía ser adoptada con pleno conocimiento de las implicancias que en el ámbito policial y judicial podrían acarrearle los resultados de tales exámenes. En efecto, el tratamiento otorgado por la policía al condenado, desde el inicio de la investigación, fue el de testigo, al serle así informado y al leerse los derechos en tal calidad, lo que no concuerda con la naturaleza de las diligencias efectuadas a su respecto, a saber, consultársele sobre su participación en los hechos y proponerle la realización del examen de hisopado bucal con el fin preciso de descartar su participación o bien establecer coincidencia entre su ADN y el que quedó en las prendas íntimas de la víctima, ya que, por un lado, tales son las interrogantes que naturalmente se dirigen contra un imputado y, por otro, se trata de diligencias que el legislador expresamente consideró que solo pueden realizarse al ofendido y al imputado, de acuerdo con el artículo 197 del Código Procesal Penal, que ordena que este último debe consentir expresamente en seguir dicho procedimiento o bien obtenerse permiso del juez de garantía ante su negativa (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

No parece del todo procedente que pudiera dejarse entregada a la policía, órgano auxiliar del Ministerio Público, la determinación del atributo legal que tiene una persona en un momento determinado en relación a la investigación de un hecho punible, definiendo por sí y ante sí, sin mayor control, si se le toma la declaración en calidad de testigo o imputado, con las diferencias jurídico-procesales y penales considerables que supone cada estatuto, lo que llevaría al extremo que bastaría una simple estimación de quien realiza un procedimiento investigativo para definir si se declara en una u otra calidad, vulnerándose los derechos constitucionales del imputado, pues de esa forma se podría ilegalmente obtener información valiosa en contra del declarante para luego ser utilizada en su contra sin mayor advertencia, lo cual parece un despropósito y va contra el texto expreso de normas constitucionales y legales que inspiran el sistema procesal penal (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

De esta forma, el tratamiento dado como aparente testigo a quien surgía como sospechoso de haber participado en los hechos y, por ende, tenía la calidad de imputado, significó negarle el conocimiento y eventual ejercicio de los derechos consagrados a su favor desde el inicio del proceso penal en los artículos 7° y 93 del Código Procesal Penal, situación que deja en evidencia un incumplimiento legal y un quebrantamiento de la garantía constitucional del debido proceso, transgresión que, además, es sustancial. El imputado se vio privado del cabal ejercicio de su posición de sujeto de derechos dentro del proceso penal, condición que significó la obtención de una prueba cien-

tífica que constituyó el basamento sustentante de la decisión de condena. La presunción de inocencia puede ser destruida solo sobre la base de pruebas de cargo obtenidas con estricto apego a la ley, siendo este el caso inverso, al haberse condenado al acusado sobre la base de una evidencia incriminatoria ilícita. Por consiguiente, corresponde anular el juicio oral y la sentencia, excluyendo además la prueba de cargo obtenida previo quebrantamiento de tales derechos. La eventual gravedad de un delito no puede obnubilar el deber de respeto hacia las normas constitucionales y legales que gobiernan la persecución penal y limitan el ejercicio material del ius puniendi estatal (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. (Voto disidente) *Al momento de tomarse las primeras declaraciones al acusado este solo tenía la calidad de testigo, desde que no existían en su contra antecedentes concretos de imputación. Tal actuación –la toma de declaración a testigos– constituye una diligencia de investigación no invasiva, cuya procedencia no merece dudas. En ese contexto se plantea al hasta entonces testigo la toma de una muestra de hisopado bucal, examen cuyo fin le es explicado, respecto del cual presta su consentimiento. Precisamente, esta última circunstancia –la anuencia del sentenciado a la práctica del examen– tiene una relevancia que supera las eventuales deficiencias del procedimiento adoptado, ya que fue informado de las consecuencias que pudiesen derivar de sus resultados, de manera tal que no es posible inferir que haya desconocido la trascendencia de dicha diligencia. En consecuencia y por haber sido debidamente informado en su calidad de, hasta entonces, testigo, respecto del examen que se solicitaba realizar y de la finalidad del mismo, se concluye que la actuación de la policía no ha transgredido las garantías constitucionales del acusado, de manera tal que las pruebas relacionadas con tal diligencia pueden ser apreciadas por el tribunal y servir de sustento a la decisión de condena (considerando único de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CL/JUR/9997/2014

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 7°, 93, 197 y 373 letra a) del Código Procesal Penal.

COMENTARIO A SENTENCIA EXCMA. CORTE SUPREMA INGRESO N° 28.451-14
VULNERACIÓN A DERECHOS CONSTITUCIONALES CONSAGRADOS A FAVOR DEL IMPUTADO

CARLOS CORREA ROBLES

Por medio de resolución de 30 de diciembre de 2014, la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema resolvió, por mayoría de sus integrantes, acoger el recur-

so de nulidad interpuesto por la defensa, invalidando la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral de San Antonio que condenó al imputado Aníbal Andrés Zamorano Román a la pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo más accesorias legales como autor del delito de robo con violación.

Fundamentó la Corte su decisión en la valoración de prueba por parte del tribunal obtenida sin habersele informado al imputado sus derechos, tratándose –para efectos de su obtención– como testigo. En efecto, habiéndose efectuado un empadronamiento del sector donde el delito se habría cometido, personal investigador obtuvo información respecto del imputado Zamorano, procediendo –sin habersele informado sobre sus derechos– a interrogarlo y obteniendo asimismo una muestra biológica de su parte, prueba determinante para fundamentar la sentencia condenatoria.

En efecto, y como correctamente sostiene la sentencia (cons. 4º), el tratamiento otorgado por la policía al imputado, no resulta concordante con la naturaleza de las diligencias realizadas: la toma de muestras biológicas corresponde a una prueba que solo puede efectuarse respecto del ofendido y del imputado, más no respecto de testigos.

A este respecto resulta necesario analizar el voto disidente, el cual argumenta que la anuencia del imputado a la práctica del examen biológico habría “purgado el vicio”, no resultando de esta manera posible alegar desconocimiento de la trascendencia de la diligencia efectuada, ni tampoco invocar una vulneración de las garantías constitucionales. Dicho razonamiento se contradice sin embargo con el tenor literal del art. 197 que señala que la posibilidad de realizar un examen corporal sin autorización judicial procede exclusivamente una vez la persona que será objeto de la diligencia haya sido “apercibida de sus derechos”, cuestión que como sabemos, en la especie se omitió.

Determinar si la falta de comunicación específica y clara de los hechos atribuidos y de los derechos que otorgan la Constitución y las leyes deriva necesariamente en una ilicitud probatoria que acarrea la nulidad de la sentencia y respectivamente del juicio, es una pregunta cuya respuesta en el derecho comparado resulta más compleja de lo que se aparentemente se cree. En efecto, no fue sino a partir del año 1992 cuando el Tribunal Supremo alemán (BGH)¹ estableció por primera vez que una omisión respecto del deber de instruir al imputado de sus derechos y garantías, de conformidad al § 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, genera una prohibición probatoria que

¹ BGHSt 38, 214.

vicia la declaración así obtenida². Para ello, sostuvo el BGH que la disposición referida no puede considerarse como una “norma de carácter reglamentario”, por cuanto consagra entre otros, el principio *nemo tenetur*, asegurando con ello derechos constitucionales de alto rango, cuya infracción debe ser sancionada en la forma referida.

El razonamiento anterior resulta plenamente aplicable a nuestro ordenamiento. En efecto, el contenido del art. 93 CPP, independiente de su vinculación con la garantía constitucional del debido proceso, guarda relación directa con las garantías consagradas en los arts. 14 N° 3 del PIDCP y 8° N° 2 de la CADH³. Su omisión devendrá entonces –cumplidos sean los requisitos legales– en la sanción procesal contemplada en el art. 276 inc. 3° CPP, y en caso en que esta no haya sido acogida por el tribunal, formando parte de la decisión de fondo, generará asimismo la causal de nulidad establecida en el art. 373 letra a) en relación al art. 277 inc. 2° CPP.

Por último, respecto del requisito de gravedad de la vulneración de garantías cometida –asunto destacado por el voto concurrente del Ministro Sr. Brito– contemplado en el art. 373 letra a) –infracción “sustancial”– resulta necesario efectuar un doble examen, contrastando el vicio alegado con lo establecido en el art. 375 respecto de los llamados “defectos no esenciales”. Así, en primer lugar desde una aproximación que podríamos denominar como *formal*, el vicio deberá influir en la parte dispositiva del fallo. Asimismo, y en cuanto al requisito *material*, deberá el vicio afectar el núcleo del derecho, excluyendo así infracciones de escasa relevancia o que no logren afectar significativamente la garantía constitucional. En la especie concurren ambos requisitos; la prueba obtenida sin habersele informado de sus derechos al imputado constituye la prueba determinante que permitió a los jueces alcanzar la convicción suficiente como para arribar a una sentencia condenatoria. Asimismo, habiéndosele privado al imputado de la información necesaria como para poder ejercer sus derechos a contar con la asistencia de un abogado, a guardar silencio y a negarse a la realización de exámenes corporales, no cabe sino concluir que el núcleo esencial de la garantía resultó vulnerado.

² Con anterioridad, la postura sistemática del máximo tribunal alemán era considerar a la referida disposición como una mera norma de carácter reglamentario (*Ordnungsvorschrift*) cuya vulneración no conllevaba efectos en el ámbito procesal. Vid. BGHSt 22, 170, ss.; 31, 395.

³ Horvitz, María Inés. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Con López, Julián. Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 229.

Corte Suprema

Santiago, treinta de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de veintiuno de octubre de dos mil catorce, al imputado A.A.Z.R. como autor del delito consumado de robo con violación, perpetrado el día 3 de octubre de 2013, a sufrir la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, sin costas. Se efectuaron los abonos pertinentes.

La defensa del acusado dedujo un recurso de nulidad, que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 93, fijándose a fs. 94 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento.

A fs. 97 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso invoca únicamente la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, alegando la infracción de la garantía constitucional del debido proceso, contenida en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, al negarse a A.A.Z.R. los derechos como imputado de ser informado de manera específica y clara de los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes, contar con la asistencia de un abogado, a guardar silencio y a negarse a la reali-

zación de exámenes corporales, citando al efecto los artículos 7°, 91, 93 letras a), b) y g) y 197 del Código Procesal Penal, que también estima vulnerados.

Señala que al día siguiente de ocurridos los hechos que se le imputan, tres funcionarios de la PDI le tomaron declaración a A.A.Z.R. en calidad de testigo y, adicionalmente, una muestra biológica bajo engaño, sin informarle de sus derechos a ser asistido por un defensor penal público, de guardar silencio y no autoinculparse, ni contar con una orden de investigar que mandara a realizar esa diligencia ni delegación de fiscal ni orden de tribunal. En el informe policial evacuado tras esa diligencia se afirma que se pudo establecer como presunto imputado a A.A.Z.R., quien al ser entrevistado negó tajantemente los hechos y de forma voluntaria entregó muestra biológica de hisopado bucal.

Explica que durante el juicio los detectives Catherine González Avendaño y Walter Olivares Juárez señalaron que en esa oportunidad el acusado fue citado como testigo, no como imputado porque no había antecedentes concretos en la indagación y que se le informó que podían realizarle el hisopado bucal para descartarlo, a lo que manifestó su deseo de realizarse el examen, ya que afirmó no tener relación con los hechos, instancia en que se le explicó que se compararía con el ADN de la víctima y que si había concordancia en ambos iban a saber que tenía que ver en el ilícito. Hace presente que en sede policial el deponente Olivares Juárez indicó que se tomó declaración a A.A.Z.R. en calidad de imputado.

Afirma que las circunstancias relacionadas constituyen una inobservancia al debido proceso y a los derechos como imputado, consagrados en los artículos 7° y 93 del Código Procesal Penal, de las formas procesales sobre registro de las actuaciones de investigación previstas en los artículos 181, 227, 228 del mismo Código y de las normas que establecen la dependencia funcional de la policía de las órdenes del Ministerio Público, citando al efecto los artículos 79, 80, 84, 180 del Código Procesal ya referido. Ello, porque se trata de actuaciones autónomas de la policía, ya que la instrucción dispuesta apuntaba únicamente al sitio del suceso y primeras diligencias y el acta de la declaración da cuenta de la vulneración del derecho del acusado a guardar silencio y no autoinculparse. Indica que los funcionarios de la policía se condujeron respecto de A.A.Z.R. como se hace con quien tiene participación en los hechos, pero le negaron la protección que el ordenamiento jurídico le difiere a quienes están en esa situación, añadiendo que el hecho de que la prueba biológica tenga como única finalidad la de descartarlo, no puede entenderse sino como una actividad relacionada con la participación en los sucesos delictivos, más aún cuando los testigos no son objeto de estas pruebas.

Estima que el vicio denunciado tiene trascendencia, desde que la prueba biológica obtenida de esta forma fue la única tendiente a establecer la participación del inculcado, motivo por el cual pidió la exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral de la prueba pericial química de la perito Andrea

Lorenzi y de los testigos Walter Olivares y Catherine González, solicitud que fue rechazada y motivó un incidente de nulidad. Finaliza, solicitando se invalide el juicio y la sentencia, excluyéndose las pruebas ya indicadas, y una vez excluidas, se disponga la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Segundo: Que al momento de llevarse a cabo la audiencia para el conocimiento del recurso el recurrente rindió la prueba ofrecida, incorporando la prueba documental, consistente en el informe policial N° 1088/00629 de 4 de octubre de 2013 y las declaraciones policiales voluntarias de Catherine Romina González Avendaño, Walter Olivares Juárez y del imputado; y los registros de audio con segmentos de las declaraciones de los funcionarios policiales Catherine González y Walter Olivares.

Tercero: Que, para resolver adecuadamente el recurso, se hace necesario, en primer término, dejar establecido que, según aparece del motivo decimosexto del fallo impugnado, la prueba que determinó la autoría de A.A.Z.R. en el delito indagado fue la pericia bioquímica que arrojó como resultado una probabilidad mayor a 99,99% de que los restos biológicos de las muestras del calzón de doña A.F.P. correspondan a la muestra signada como A.A.Z.R., de lo que se concluye que cometió la violación, y necesariamente debe entenderse que además fue el autor del robo que forma parte de este delito complejo.

Por ello, resulta indispensable precisar el contexto fáctico de la toma de muestra de ADN del acusado. De

acuerdo con la prueba aportada en la audiencia por la defensa, cuyo contenido fue ratificado en estrados por ambos intervinientes, es posible establecer que luego de ocurridos los hechos se efectuó un empadronamiento en el sector donde se perpetró el ilícito, del que se obtuvo información respecto de un sujeto apodado “el Chichi” que reunía las características dadas por la víctima y que correspondería a A.A.Z.R., a quien se entrevistó por funcionarios policiales en calidad de testigo, oportunidad en que se le planteó la realización del examen de hisopado bucal, con lo que estuvo de acuerdo, ya que negaba participación en los hechos. Le fueron leídos sus derechos como testigo y se le indicó que, si se establecía coincidencia entre su muestra de ADN y la que se halló en un calzón de la víctima, se le vincularía con el ilícito que se estaba indagando.

Cuarto: Que lo anterior deja en evidencia que el tratamiento otorgado por la policía a A.A.Z.R. desde el inicio de la investigación, fue el de testigo, al serle así informado y al leerse los derechos en tal calidad, lo que no resulta concordante con la naturaleza de las diligencias efectuadas a su respecto, a saber, consultársele sobre su participación en los hechos y proponerle la realización del examen de hisopado bucal con el fin preciso de descartar su participación o bien establecer coincidencia entre su ADN y el que quedó en las prendas íntimas de la víctima, ya que por un lado tales son las interrogantes que naturalmente se dirigen contra un imputado y por el otro se trata de diligencias que el legislador expresamente consideró que

solo pueden realizarse al ofendido y al imputado, según se lee del artículo 197 del Código Procesal Penal, que ordena que este último debe consentir expresamente en seguir dicho procedimiento o bien obtenerse permiso del juez de garantía ante su negativa. De esta manera, al entrevistar los funcionarios policiales a A.A.Z.R. en una aparente calidad de testigo, notificándole de los derechos que a ellos corresponden y solicitarle su anuencia para la práctica de la prueba de hisopado bucal, actuaron a su respecto en forma contraria a la ley y por demás engañosa, desde que no pusieron en evidencia sus probabilidades de actuación ni los derechos con que contaba en su calidad real, tales como el de guardar silencio y a ser asistido por un abogado y si bien se le advirtió de las consecuencias que podría acarrear la práctica del examen biológico –entendiendo él que era testigo y no inculpado–, lo cierto es que la decisión de aceptarlo o rechazarlo debía ser adoptada con pleno conocimiento de las implicancias que en el ámbito policial y judicial podrían acarrearle los resultados de tales exámenes.

Quinto: Que no parece del todo procedente en situaciones como la propuesta, que pudiera dejarse entregada a la policía, órgano auxiliar del Ministerio Público, la determinación del atributo legal que tiene una persona en un momento determinado en relación a la investigación de un hecho punible, definiendo por sí y ante sí, sin mayor control, si se le toma la declaración en calidad de testigo o imputado, con las diferencias jurídico-procesales y penales considerables que supone cada estatuto –definido

legalmente—lo que llevaría al extremo de que bastaría una simple estimación de quien realiza un procedimiento investigativo para definir si se declara en una u otra calidad, lo que permitiría vulnerar los derechos constitucionales del imputado, pues de esa forma se podría ilegalmente obtener información valiosa en contra del declarante para luego ser utilizada en su contra sin mayor advertencia, lo cual parece un despropósito y va contra el texto expreso de normas constitucionales y legales que inspiran el sistema procesal penal, que bajo ningún respecto o circunstancia ampara. Así lo ha sostenido previamente esta Corte (SCS 9.758-2009, de trece de abril de dos mil diez).

Sexto: Que de esta forma, el tratamiento dado como aparente testigo a quien surgía como sospechoso de haber participado en los hechos y, por ende, tenía la calidad de imputado, significó negarle el conocimiento y eventual ejercicio de los derechos consagrados a su favor desde los inicios del proceso penal en los artículos 7° y 93 del Código Procesal Penal. Tal situación deja en evidencia no solo un incumplimiento legal, sino que además un quebrantamiento de la garantía constitucional del debido proceso. En efecto, A.A.Z.R. se vio injustamente despojado del estatuto de derechos y garantías que la ley le concede para hacer frente a la imputación penal, que además de traer consigo el riesgo de verse expuesto a sanciones corporales, es sostenida por un organismo cuya estructura y medios de actuación le entregan una ventaja significativa frente al particular en el desarrollo del

proceso y en la producción y aporte de pruebas. Esta desproporción es la que la ley, en cumplimiento del mandato constitucional de establecer un justo y racional procedimiento, busca paliar a través de la consagración de un conjunto de derechos en favor del sujeto a quien se le imputa la comisión de un ilícito, lo que tiene una importancia tal que su inobservancia acarrea la vulneración de sus derechos constitucionales y la nulidad de las actuaciones efectuadas con esa contravención.

Esta transgresión, además, es sustancial. Ello obedece a la posición del imputado dentro del proceso penal, como un sujeto de derechos, tal como señalan Horvitz y López, en cuanto “El Código establece como principio básico del nuevo proceso penal el derecho que tiene el imputado para hacer valer sus facultades, derechos y garantías constitucionales y legales desde el momento mismo en que se le atribuya participación en un hecho punible. En consecuencia, a partir de entonces el imputado es sujeto de derechos dentro del proceso penal y esta posición proviene de la consideración estricta del principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad.

Con ello, se supera aquella concepción inquisitiva que tendió a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de la investigación judicial, esto es, como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad material. Fue, justamente, en este último contexto que la confesión se convirtió en la “reina de las pruebas” y sirvió para todo tipo de excesos y abu-

sos”. (Derecho Procesal Penal Chileno, María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, Tomo I, p. 225).

Séptimo: Que, de esta forma, el imputado ha sido privado del cabal ejercicio de su posición de sujeto de derechos dentro del proceso penal. Esta condición significó, en este caso, la obtención de una prueba científica que constituyó el basamento sustentante de la decisión de condena, puesto que la víctima sostuvo en juicio haberlo visto de lado y no ser capaz de reconocerlo y la comparación de la muestra de la fracción espermática de los fluidos extraídos del calzón de la víctima con la muestra del acusado, con una coincidencia de marcadores genéticos superiores al 99,99% es la base del establecimiento de la participación de A.A.Z.R. en los hechos y con ello, de la condena impuesta.

En suma, la prueba científica que incrimina al acusado ha sido obtenida con vulneración de su garantía constitucional del debido proceso, transgresión que ha resultado trascendente, desde que la presunción de inocencia puede ser destruida solo sobre la base de pruebas de cargo obtenidas con estricto apego a la ley, siendo este el caso inverso, al haberse condenado al acusado sobre la base de una evidencia incriminatoria ilícita. Por ello, no queda sino anular el juicio oral y la sentencia dictada en estos antecedentes y adicionalmente, excluir la prueba de cargo obtenida previo quebrantamiento de tales derechos, ya que, tal como lo plantea el profesor Vives Antón “solo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas

por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero solo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es solo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, p. 947).

No está demás recordar que los contenidos de la Constitución Política de la República y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constituyen las bases a partir de las cuales se procedió al diseño del nuevo sistema procesal penal (Mensaje del Ejecutivo, Código Procesal Penal). Además, es importante tener en cuenta que la eventual gravedad de un delito no puede obnubilar el deber de respeto hacia las normas constitucionales y legales que gobiernan la persecución penal y limitan el ejercicio material del ius puniendi del Estado.

Por todo lo expuesto, el recurso de nulidad será acogido íntegramente.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de

nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de A.A.Z.R. y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veintiuno de octubre pasado cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 172-2014 y RUC 1300977271-K, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de Walter Olivares Juárez y Catherine González Avendaño; y la prueba pericial evacuada por doña Andrea Isabel Lorenzi Bustamante.

Se previene que el Ministro Sr. Brito concurre a la decisión de acoger el recurso, teniendo además presente, en torno a la trascendencia del vicio de nulidad detectado, que la causal del apartado a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, no obstante consistir en infracciones de “derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales” –atendiendo al criterio de conservación de los actos procesales–, exige que, además, se trate de una vulneración sustancial, esto es de significación, relevancia o trascendencia, lo que obliga a que la que se llegare a constatar también sea ponderada, esto es a que se razone para verificar su carácter “sustancial” debido a que por no importar una regla o mandato su aplicación debe determinarse atendiendo a las singularidades del caso.

En el entender del previniente la sustancialidad no dice relación con lo resolutivo del fallo, sino con la entidad o dimensión de la vulneración de que

trate. La situación es similar a los motivos absolutos: no se precisa demostrar perjuicio –porque se le presume cuando se trata de esta clase de infracciones– ni incidencia en lo resolutivo, pero debe constatar que se trata de una infracción relevante de los derechos o garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales. En ese contexto, no cabe duda en torno a que en el presente caso la afectación detectada tiene la trascendencia necesaria para acoger el recurso, toda vez que en las actuaciones iniciales del proceso el imputado A.A.Z.R. –quien participó voluntariamente–, carecía de la información necesaria para ejercer a cabalidad sus posibilidades de actuación como imputado en el proceso penal, lo que evidentemente significa una posición desventajosa frente al órgano encargado de la persecución y un indebido facilitador de las pesquisas basado en su ignorancia sobre los derechos que le asistían. Lo precedente constituye una infracción sustancial del derecho al debido proceso de que gozaba A.A.Z.R. desde el inicio del procedimiento, garantizado en la Constitución y en los tratados internacionales, atendido el alcance del artículo 5° de la Constitución Política de la República, de lo que se sigue que la validez del juicio y la sentencia en la referidas circunstancias no parece aceptable.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch y el Abogado Integrante Sr. Peralta, quienes fueron del parecer de rechazar el recurso de nulidad asilado en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal,

para lo cual tuvieron presente que, conforme se aprecia de los dichos de los funcionarios policiales Walter Olivares Juárez y Catherine González Avendaño, al momento de tomarse las primeras declaraciones a A.A.Z.R. este solo tenía la calidad de testigo, desde que no existían en su contra antecedentes concretos de imputación. Tal actuación, esto es, la toma de declaración a testigos, constituye una diligencia de investigación no invasiva y cuya procedencia no merece dudas. Es en ese contexto que se plantea al hasta entonces testigo la toma de una muestra de hisopado bucal, examen cuyo fin le es explicado, y respecto del cual presta su consentimiento. Esta última circunstancia, esto es, la anuencia de A.A.Z.R. a la práctica del examen, tiene una relevancia que supera las eventuales deficiencias del procedimiento adoptado ya que fue informado de las consecuencias que pudiesen derivar de sus resultados, de manera tal que no es posible inferir que haya desconocido la trascendencia de dicha diligencia.

En consecuencia, y por haber sido debidamente informado en su calidad de –hasta entonces– testigo, respecto del examen que se solicitaba realizar y de la finalidad del mismo, no queda sino concluir que la actuación de la policía no ha transgredido las garantías constitucionales del acusado, de manera tal que las pruebas relacionadas con tal diligencia pueden ser apreciadas por el tribunal y servir de sustento a la decisión de condena y por ello no resulta procedente anular el juicio oral ni la sentencia.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia, sus autores.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y los Abogados Integrantes Sres. Luis Bates H. y Ricardo Peralta V.

Rol N° 28.451-2014.