

## 16. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### RECURSO DE AMPARO

ORDEN DE ARRESTO PARA LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS DE ADN. PRUEBA BIOLÓGICA REQUIERE LA EXPRESA VOLUNTAD DE LOS AFECTADOS. EXISTENCIA DE PUGNA ENTRE EXÁMENES CORPORALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

### HECHOS

*Actor se alza contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, que no hizo lugar al recurso de amparo interpuesto en contra de Juez de Letras y Garantía y el apercibimiento decretado para la realización de pruebas de ADN. La Corte Suprema confirma, con voto de disidencia, la resolución impugnada.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (rechazado)*

ROL: *21797-2018, de 13 de septiembre de 2018*

PARTES: *Evelyn Riedemann Brellenthin con Juez del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli*

MINISTROS: *Sr. Hugo Enrique Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Manuel Antonio Valderrama R. y Sr. Jorge Dahm O.*

### DOCTRINA

*En la especie, los apercibidos no han comparecido a la diligencia de extracción de la muestra necesaria para la prueba de ADN ordenada en la causa y tampoco se les ha consultado su aquiescencia o autorización. Tal prueba biológica —en el caso específico de autos— no es posible decretarla sin contar con la expresa voluntad de los afectados o, en su defecto, de una resolución fundada. Lo anterior porque, si bien es efectivo que el presente proceso se sustancia por las reglas del Código de Procedimiento Penal (artículos 113, 113 bis y 145 bis), que no contemplaba regulación al efecto, es lo cierto que, en la actualidad y estando vigente el nuevo orden procesal penal, la doctrina concuerda con que esta diligencia, relativa a exámenes corporales, es particularmente intrusiva y potencialmente pugna, entre otros, con los valores constitucionales referidos a la dignidad de la persona; al derecho a su intimidad y privacidad y a su integridad física y psíquica, por lo que la jurisdicción, al disponer el trámite, debe adecuar a tales*

*circunstancias su proceder (considerando único de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/5199/2018*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 21 de la Constitución Política de la República.*

## LA ORDEN DE ARRESTO PARA LA OBTENCIÓN DE MUESTRAS DE CARÁCTER BIOLÓGICO EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL

CARLOS VERNAZA LATUF  
*Universidad Andrés Bello*

La Segunda Sala de la Corte Suprema, con un voto disidente, rechazó la apelación interpuesta en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de Valdivia que rechazó a su vez el recurso de amparo presentado por la defensa de los imputados en contra de la resolución del Juzgado de Letras y Garantía de Panguipulli, que decretó orden arresto para la realización de pruebas de ADN, confirmando así la decisión del Tribunal de primera instancia.

La defensa señaló entre sus argumentos para recurrir de amparo que las pruebas biológicas requieren la expresa voluntad de los afectados, o, en su defecto, de una resolución fundada, ya que existiría una pugna entre la realización de exámenes corporales y garantías constitucionales. En particular las garantías afectadas serían la libertad personal y seguridad individual. El voto en contra que estuvo por revocar la resolución de la Corte de Apelaciones, acoger el amparo, y declarar improcedente el apercibimiento decretado por el Juez de primera instancia, señala que no procede decretar la extracción de una muestra de ADN sin la autorización del afectado, o, en su defecto, de una resolución fundada.

Considerando que la persecución penal en general implica en cierto grado una afectación a determinadas garantías constitucionales como la libertad, intimidad, integridad física y psíquica, propiedad, entre otras, dentro de las cuales la toma de muestras biológicas se enmarca claramente como aquellas actividades de investigación cuyo carácter es particularmente intrusivo, existiendo una posible afectación de garantías constitucionales, se han establecido determinados requisitos de validez de la procedencia de las tomas de muestras biológicas, los que actualmente se encuentran expresamente señalados en el artículo 197 del Código Procesal Penal, que permite al Juez de Garantía en casos necesarios ordenar la realización de exámenes corporales al imputado, aun en contra de su voluntad, siempre que estos no constituyan un menoscabo para la dignidad del sujeto.

Respecto a lo que se ha entendido por “necesario”, la jurisprudencia ha entendido que este requisito concurre siempre y cuando no se vislumbren otras medidas menos gravosas para el imputado<sup>1</sup>. Asimismo, se ha señalado respecto de la autorización judicial, en caso de negativa del afectado de realizarse los exámenes voluntariamente, que esta debe ser fundada debiendo tener directa relación con la investigación, siendo útil para la misma<sup>2</sup>.

Más allá de que el proceso que da origen al fallo en comentario se rige por las reglas del Código de Procedimiento Penal (artículos 113, 133, bis y 145 bis), normas que no establecían regulación específica al respecto, los criterios antes señalados podrían ser aplicados al proceso regido bajo el Código de Procedimiento Penal, pues parecieran ser una aplicación general del principio de proporcionalidad, ampliamente aceptado para resolver conflictos relacionados con la justificación de restricción de derechos fundamentales por parte de la autoridad.

En consecuencia, los criterios que permitirían al Juez de Garantía decretar una medida intrusiva que vulnere garantías constitucionales debieran enmarcarse en los límites que resulten de la aplicación del principio de proporcionalidad al caso concreto. Es precisamente esta la línea argumental que sigue el voto de disidencia para estar por revocar la resolución de alzada, considerando especialmente la importancia de la adecuación de la medida, la necesidad y proporcionalidad de la misma, y asignándole especial valor al momento de realizar el examen de proporcionalidad al hecho de que el delito podría estar prescrito.

Pero lo que llama la atención de la resolución del Juez de Letras y Garantía de Panguipulli, confirmado por la Corte Suprema, es la decisión de ordenar directamente el arresto de los imputados, sin que exista previamente una negativa por parte de estos de someterse voluntariamente al examen. Este antecedente puede ser considerado suficiente o al menos poner en duda la eficacia del valor probatorio de los resultados del examen, por haber sido estos obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, convirtiendo de esta forma la prueba en ilícita, resultando ineficaz la diligencia, pues no podría eventualmente ser utilizada como prueba en juicio.

Lo anterior porque la medida intrusiva será realizada a través de una acción de fuerza para solicitar el consentimiento, el cual en caso de ser otorgado podría estar viciado por no haber sido entregado libre y voluntariamente; o porque ante la negativa de los imputados arrestados de entregar su consentimiento, estos sean sometidos compulsivamente al examen; o porque ni siquiera se les pregunte a los imputados arrestados si entregan o no su consentimiento, y simplemente se les someta compulsivamente al examen en contra de su voluntad y sin haber sido esta ni siquiera consultada.

---

<sup>1</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, 16.12.2014, rol N° 11182-2014.

<sup>2</sup> Corte de Apelaciones de Chillán, 13.08.2016, rol N° 1528-2016.

La decisión del Juez de primera instancia de decretar el apercibimiento para la realización del examen de ADN, sin haberseles consultado su autorización, no se hace cargo del requisito que se impone a toda medida intrusiva en general, cual es el consentimiento del afectado, ni menos a la forma en que se presentara ese consentimiento. Este elemento sí es considerado, por ejemplo, en la incautación de especies o en la entrada y registro de lugares cerrados. En relación a los exámenes corporales, la jurisprudencia actual se ha manifestado en el sentido de que el consentimiento para practicar medidas intrusivas, como la extracción de sangre, haya sido dado libremente por el imputado valida su realización, y como consecuencia su resultado<sup>3</sup>. En sentido contrario, por tanto, el consentimiento que no haya sido otorgado en forma libre invalida la realización de la medida y, como consecuencia, su resultado.

De más está decir que arrestar a los imputados para solicitar su consentimiento con el fin de realizar la prueba de ADN inmediatamente pone en entredicho si ese consentimiento, en caso de ser otorgado en esas circunstancias, se encuentra viciado o no, y si en definitiva esas muestras de ADN obtenidas luego del arresto podrán con posterioridad constituirse como medios de prueba lícitos y ser utilizados en juicio. Por otro lado, arrestar a los imputados para realizarles compulsivamente una prueba de ADN, sin haber solicitado su consentimiento previo, parece traer aún mayores dudas respecto de la eficacia probatoria de esa diligencia.

En este sentido, y a mayor abundamiento, permitir la realización de medidas de investigación intrusivas de forma compulsiva, directamente y sin solicitar el consentimiento del afectado, puede no ser una buena señal, si se pretende que la actividad de investigación desarrollada por las policías se realice en un marco de respeto de las garantías constitucionales. Si tenemos en consideración los criterios que justifican la exclusión de un determinado elemento probatorio, especialmente si ponemos nuestra atención sobre el criterio preventivo como fundamento de la ineficacia probatoria de la prueba obtenida en forma ilícita, que precisamente busca que los entes encargados directamente de la persecución penal respeten las garantías constitucionales al momento de realizar las diligencias de investigación, bajo la amenaza de que en caso de no hacerlo, esa prueba no será eficaz<sup>4</sup>, no parece conveniente comenzar a decretar, como regla general, órdenes de arresto para la consecución de diligencias de investigación que significan una trasgresión de derechos protegidos constitucionalmente, sin siquiera haber solicitado la autorización del afectado previamente, o generando dudas respecto de si el consentimiento otorgado ha sido libre y voluntario.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema, 11.04.2002, rol N° 557-2002.

<sup>4</sup> HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Chileno*, 2004, Tomo II, p. 186.

Porque el consentimiento puede marcar la diferencia entre considerar como legítima una medida intrusiva o ser considerada esta como una vulneración de garantías constitucionales<sup>5</sup>. A través del consentimiento el imputado renuncia a un derecho cuya protección se encuentra garantizada constitucionalmente, y ante su negativa, el Estado renuncia a proteger a ese individuo frente a la violación de ese derecho, autorizando la media intrusiva en contra de su voluntad, siempre que existan fundamentos y se justifique en el sentido antes señalado en relación a la aplicación del principio de proporcionalidad al caso concreto.

Pero que el Estado renuncie a la protección de una garantía constitucional respecto de un individuo, sin antes haberle entregado la posibilidad al propio afectado de renunciar voluntariamente al resguardo asegurado por la Constitución de sus derechos, negándole la posibilidad de ser oído y exponer sus razones para no entregar su autorización, negándole su derecho a informarse del marco en el cual se está solicitando la medida antes de tomar una decisión, o imposibilitándole su derecho de ser asistido por un abogado para entregar una respuesta; decretando una orden de arresto para obligarlo a realizarse un examen o para entregar su consentimiento bajo circunstancias claramente coercitivas, generando manifiestas y razonables dudas respecto de su fiabilidad, resulta un antecedente a tener en cuenta en relación con el justo desarrollo de la actividad punitiva del Estado, la cual importa inevitablemente alguna afectación a los derechos personales que, sin embargo, necesariamente debe mantenerse siempre bajo observación.

---

<sup>5</sup> NÚÑEZ OJEDA, Raúl, CORREA ZACARÍAS, Claudio. “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: Algunos problemas”. En *Ius et Praxis* [online], Vol. 23, N° 1 (2017), [citado 2019-01-11], pp. 195-246. Disponible en: <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122017000100007&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122017000100007&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100007>.

#### CORTE SUPREMA:

Santiago, trece de septiembre de dos mil dieciocho.

#### VISTOS:

Se confirma la sentencia apelada de veintiocho de agosto de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia en el Ingreso Corte N° 58-18.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch, quien estuvo por revocar la resolución en alzada y acoger el amparo de que se trata decla-

rando la improcedencia del apercibimiento decretado por el juez de la causa en contra de Diego Meza Riedemann y Esteban Meza Riedemann, quienes no han comparecido a la diligencia de extracción de la muestra necesaria para la prueba de ADN ordenada en la causa y a los que tampoco se les ha consultado su aquiescencia o autorización.

La precedente afirmación final se debe a que el disidente estima que tal prueba biológica —en el caso específi-

co de autos— no es posible decretarla sin contar con la expresa voluntad de los afectados o, en su defecto, de una resolución fundada, en los términos a que más adelante se hará referencia. Lo anterior porque, si bien es efectivo que el presente proceso se sustancia por las reglas del Código de Procedimiento Penal (artículos 113, 113 bis y 145 bis), que no contemplaba regulación al efecto, es lo cierto que, en la actualidad y estando vigente el nuevo orden procesal penal, la doctrina concuerda con que esta diligencia, relativa a exámenes corporales, es particularmente intrusiva y potencialmente pugna, entre otros, con los valores constitucionales referidos a la dignidad de la persona; al derecho a su intimidad y privacidad y a su integridad física y psíquica, por lo que la jurisdicción, al disponer el trámite, debe adecuar a tales circunstancias su proceder.

En tales condiciones, los principios que se señalan, ya incorporados al actual Código Procesal Penal —artículo 197— deben ser considerados y aplicados en decisiones como la de autos, pues representan exigencias internacionales relativas a los derechos humanos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, son obligatorios y han de tenerse por introducidos a nuestro sistema procesal como lógica

consecuencia de un adecuado control de constitucionalidad y de convencionalidad a que todo juez está compelido. Para obtener una adecuada solución del asunto, especialmente en el señalado control, habrá de tenerse en consideración la realidad del proceso, ponderando algunos elementos esenciales, como es el tener presente ideas rectoras básicas del examen, como lo son la adecuación de la medida a sus fines, la necesidad de ella y la proporcionalidad de la misma. Cualquier examen al efecto se debilita ostensiblemente si se tiene en cuenta el simple motivo del tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho y la presentación de la querrela, además de los fines de esta última, pues es fácil colegir que el eventual delito denunciado podría estar prescrito y que, en todo caso, el posible daño no resulta proporcional al objeto protegido con la acción intentada.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita, regístrese y devuélvase.

Sin perjuicio, ofíciase.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valde-rama R., Jorge Dahm O.

Rol N° 21797-2018.