

Santiago, doce de noviembre de dos mil ocho.

Vistos:

En estos antecedentes RIT 59-2008, del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, por sentencia de siete de agosto del año en curso, que está agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo, se condenó al adolescente Fernando como autor del delito de robo con homicidio en la persona de [REDACTED], ocurrido el 14 de septiembre de 2007 en Carelmapu, a cumplir la pena de Internación en Régimen Cerrado con Programa de Reinserción Social, por el lapso de 5 años y 1 día.

Se le condenó, asimismo, como autor de robo con violencia en la persona y propiedad de [REDACTED], cometido el mismo día, a cumplir otra pena de Internación en Régimen Cerrado con Programa de Reinserción Social, por el lapso de 3 años y 1 día. Ese veredicto ha sido impugnado por la defensa del adolescente condenado, la que interpuso recurso de nulidad, invocando como causal principal, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y, en forma subsidiaria, la del mismo artículo 373, pero en su literal b). A fs. 178 se ordenó pasar estos antecedentes al Sr. Presidente de la Corte, para que fijase audiencia con el objeto de conocer el recurso interpuesto.

A fs. 182 corre el acta levanta da con ocasión de la celebración de la audiencia de la vista.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por la causal interpuesta en forma principal ? la contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal - se asevera por el recurrente la existencia de violación de las garantías constitucionales del menor, cometida en la tramitación del procedimiento.

Explica que en la audiencia de preparación de juicio oral se solicitó por la defensa la exclusión de varios testimonios y también de cierta prueba material, además del informe de peritos, por haberse obtenido ella con infracción de garantías constitucionales.

En respuesta, el Tribunal de Garantía excluyó los testimonios de cuatro carabineros y el de cinco testigos, limitando también la declaración de un sexto. Suprimió prueba material y además restringió el informe pericial.

Ello fue apelado por el Ministerio Público y, después de los alegatos de las partes, sin que se haya conferido traslado ni se informara a la defensa, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt requirió al Juzgado de Garantía la remisión de la carpeta de investigación del Ministerio Público, por estimarlo estrictamente indispensable para la decisión del asunto y, con el mérito del estudio privado de esos antecedentes, resolvió acoger la apelación del ente persecutor.

Antes que se resolviera la apelación, la defensa dedujo incidente de nulidad para instar por la corrección del procedimiento, desde que se ordenaba tener a la vista,

fuera de la audiencia pública, la carpeta de investigación fiscal, lo que tornaba la gestión en esencialmente anulable.

Ello le fue rechazado, pero después de resuelta la apelación, la defensa promovió un segundo incidente de nulidad procesal al constatar que la decisión de los Ministros no se basó en lo expuesto por las partes en la audiencia, sino que en el examen privado de la carpeta de investigación judicial.

Finalmente, interpuso queja disciplinaria, la que fue declarada inadmisibile por esta Excma. Corte, por incidir en una resolución judicial, lo que se acordó con el voto en contra de cinco señores ministros que estuvieron por acogerla a tramitación.

Sin perjuicio de sostener estas actuaciones como conducentes a la preparación del recurso, estima el reclamante que ello no era necesario al tenor del artículo 160 del Código Procesal Penal, por tratarse de una infracción no susceptible de convalidación, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 164 de ese mismo código. Por esta causal se alega, entonces, infracción al artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política, en cuanto asegura un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Esta vulneración se cometió, como se dijo, al solicitarse la carpeta de investigación para resolver un recurso de apelación, por lo que se faltó al principio de contradicción y el derecho de las partes a un trato en igualdad de condiciones; además de haberse alterado el principio de pasividad que debe regir la intervención de los jueces. Esa carpeta no fue ofrecida como prueba por el Ministerio Público y la defensa no tuvo la oportunidad de conocer los registros específicos de la investigación que fueron considerados como necesarios para reincorporar la prueba objetada al auto de apertura, negándosele la posibilidad de cuestionarlos, rebatirlos o controvertir su contenido o forma de incorporación. Como consecuencia de esa infracción, se reincorporó la prueba excluida, que luego fue valorada por el tribunal oral y con cuyo mérito se condenó al acusado. (Motivos 35, 38, 40 y 43 de la sentencia).

Termina pidiendo que se anule la sentencia y el juicio oral, se determine el estado en que deberá quedar el procedimiento que, a su juicio, debiera corresponder a una nueva vista del recurso de apelación del auto de apertura, por Ministros no inhabilitados.

SEGUNDO: Que, en forma subsidiaria, se invoca por la defensa la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la cual se reclama la existencia de infracción a los artículos 2, 20, 24 y 26 de la ley 20.084 porque, sin fundamentos normativos propios de la justicia especializada para adolescentes, se negó al condenado menor de edad y de irreprochable conducta anterior, la posibilidad de cumplir la pena de 3 años y 1 día bajo la modalidad de libertad asistida especial.

Arguye que el artículo 2º, que establece el interés superior del niño, ordena que: "se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos" .

En el artículo 20, por su parte, se señala la finalidad de las sanciones y otras consecuencias, las que: "tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social."

Para ese efecto, el artículo 24 de la ley citada, establece criterios de fijación de la pena: "Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios: a) gravedad del delito de que se trate; b) la calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción; c) la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal; d) la edad del adolescente infractor; e) la extensión del mal causado con la ejecución del delito; y, f) la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social."

Finalmente, el artículo 26, establece los límites a la imposición de sanciones: "La privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso. En ningún caso se podrá imponer una pena privativa de libertad si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una sanción de dicha naturaleza."

El recurrente alega que al decidirse el cumplimiento de las penas impuestas en el sistema de régimen cerrado, el tribunal se limitó a decir "por estimar que esta se condice con el número y entidad de los delitos por los que se le ha condenado". (Considerando 51).

En consecuencia, se viola el artículo 2º antes citado, porque al acusado asistía el derecho preferente a cumplir las sanciones impuestas, en el medio libre. Se infringe el artículo 26, porque se trata de un menor sin anotaciones prontuariales ni contagio criminógeno, de modo que se falta a esa norma en cuanto ordena que la privación de libertad se use sólo como último recurso y siempre que a un adulto condenado por el mismo delito le correspondía una sanción de la misma naturaleza y es del caso que en la misma situación fáctica un adulto condenado como autor de robo con violencia a una pena de 3 años y 1 día, sin informe presentencial negativo, podría cumplir su pena en el medio libre bajo la medida de libertad vigilada.

Sostiene la defensa que, con el fundamento dado en la sentencia y antes transcrito, se yerra además, en la aplicación del artículo 24 de la ley 20.084, que precisa cuáles son los criterios válidos para determinar la naturaleza de la sanción, sin que entre ellos se cuente el referido en el fallo.

Agrega que en su alegato en el juicio oral, esa defensa pidió para el delito de robo con violencia la pena de tres años de libertad asistida especial, lo que

avaló en el hecho de que el menor no presentaba contagio criminógeno, ni perfil delictual tradicional, que tenía redes de apoyo familiar, con arraigo social y posibilidades de reinserción laboral con su padre en el vertedero municipal. Asimismo, tiene una percepción positiva del medio vecinal y un informe también positivo del Centro de Internación Provisoria de Puerto Montt, que permite vislumbrar recursos de reinserción y arraigo, lo que permitió fundamentar la sugerencia de medidas cautelares ambulatorias, todo lo cual fue desechado de la manera antes expuesta.

Por esta causal subsidiaria solicita que se invalide sólo la sentencia y se dicte una de reemplazo que se conforme a la ley y que sancione al acusado de acuerdo a los artículos 2, 14, 20, 23, 24 y 26 de la ley 20.084, por el delito contemplado en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, con la pena de tres años de libertad asistida especial del artículo 14 de la ley señalada; o bien, la que se estime en derecho para un adolescente, considerando que su finalidad no es sólo retributiva, sino que persigue fines socioeducativos.

TERCERO: Que en la vista del recurso la defensa acompañó los siguientes documentos, con el objeto de acreditar las circunstancias constitutivas de la causal a) del artículo 373 (los siete primeros) y, asimismo, la preparación del recurso (los seis restantes):

- 1) Copia de la acusación fiscal de 8 de febrero de 2008.
- 2) Copia del acta de preparación del juicio oral de 23 de abril de 2008 realizada ante el Tribunal de Letras y Garantía de Maullín.
- ATXts7053) Copia del auto de apertura de juicio oral de 25 de abril de 2008 y certificación de su apelación por el fiscal de la causa con fecha 30 de abril de 2008.
- 4) Copia del acta de la audiencia de vista del recurso de apelación del auto de apertura de juicio oral de 13 de mayo de 2008.
- 5) Copia de la resolución de 13 de mayo de 2008, dictada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt por la que ordena se remita la carpeta fiscal que incide en la causa.
- 6) Copia de la resolución de 16 de mayo de 2008 dictada por la Ittma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt por la que se tiene por recibida la carpeta de investigación fiscal.
- 7) Copia de la resolución de 9 de junio de 2008 por la que se acoge el recurso de apelación del auto de apertura de juicio oral y se reincorpora la prueba de cargo que se había excluido durante la audiencia de preparación de juicio oral, por haberse obtenido con infracción de garantías fundamentales.
- 8) Copia del escrito de nulidad procesal interpuesto por la defensa el 29 de mayo del año en curso.
- 9) Copia de la resolución de 6 de junio del actual, dictada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, por la que se rechazó el incidente de nulidad procesal promovido por la defensa.

10) Copia del escrito de nulidad procesal, también deducido por la defensa el 13 de junio pasado.

11) Copia de la resolución de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de 23 de junio del año en curso, por la que se rechazó el incidente de nulidad procesal.

12) Copia del escrito de queja disciplinaria presentado por la defensa ante este tribunal.

13) Copia de la resolución de 25 de julio de este año de esta Corte Suprema, por la que se declaró inadmisibile la queja disciplinaria, por votación de mayoría.

Esta prueba documental fue incorporada de manera resumida al audio y reconocida por el representante del Ministerio Público que concurrió a estrados.

CUARTO: Que, como se advierte, la alegación que el recurrente ha formulado por la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, está basada única y exclusivamente en el hecho de haberse realizado una actuación ilegal por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt durante el conocimiento y resolución de la apelación interpuesta por el Ministerio Público contra la resolución del Juzgado de Garantía que había excluido cierta prueba.

Esa actuación ilegal consistió en haberse solicitado por la misma Corte y, además, fuera de audiencia, la carpeta de investigación, lo que en concepto del recurrente vulnera las garantías constitucionales del acusado, referidas a su derecho a un debido proceso, específicamente en cuanto dice relación con la imparcialidad del tribunal y su derecho a defensa.

QUINTO: Que resulta necesario precisar que las circunstancias fácticas en que se ha hecho consistir la infracción de garantías constitucionales no han sido motivo de controversia en la causa, encontrándose además, establecidas con el mérito de la documental antes reseñada.

SEXTO: Que el Ministerio Público reiteró en estrados la pretensión que ya había vertido por escrito en el expediente, a través de la cual insistió en la falta de preparación del recurso, lo que no resulta efectivo, puesto que luego de constatada la infracción, el recurrente de inmediato formuló los incidentes que estuvieron a su alcance, siendo de advertir, respecto de su oportunidad, que la misma Corte precisó que la notificación válida para lo obrado en la audiencia del día 13 de mayo pasado, era la personal en los términos de lo prevenido en el artículo 30 del Código Procesal Penal, adicionando la notificación por el estado diario sólo en cumplimiento de normas propias del Código de Procedimiento Civil. Lo dicho es sin perjuicio de lo que prescribe el artículo 164 del Código Procesal Penal, conforme se advierte más adelante.

SÉPTIMO: Que en lo que cabe al derecho a defensa, nuestro Código Procesal Penal, señala en el artículo 8º, cual es el ámbito de la defensa y contempla no sólo el derecho a ser defendido por letrado desde la primera actuación, sino que además, que el imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las

actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código?.

Esta disposición no es más que una expresión de las garantías fundamentales del ser humano, reconocidas en nuestra Constitución Política, en el artículo 19 y primordialmente en su ordinal tercero, que consagra el derecho de toda persona a la defensa jurídica y la obligación de que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción esté fundada en un proceso previo, legalmente tramitado.

Tal derecho a defensa parte por el de a ser oído y a intervenir en el juicio, pues es interesado en los resultados del mismo y puede intervenir en la decisión jurisdiccional que podrá afectar algunos de los bienes jurídicos que tiene, entre ellos su libertad personal, su patrimonio. Asimismo, ¿implica el derecho de contradecir las alegaciones del demandante o acusador, a formular sus propias alegaciones destinadas a desvirtuar los cargos formulados en la acusación, a presentar sus pruebas, y a tener un defensor técnico y jurídico? (Derechos Fundamentales y garantías constitucionales Tomo 2, Pág.300, Humberto Nogueira Alcalá).

Este derecho a contradecir alegaciones y formular las propias, junto a la acreditación de lo reclamado, constituye una expresión de los principios de contradicción y audiencia bilateral, propios de nuestro nuevo sistema procesal penal. La restricción a ese derecho por parte de un tribunal, deviene necesariamente en una falta flagrante y grave de su deber de tutela jurisdiccional y una abierta violación al derecho a defensa.

OCTAVO: Que en el caso concreto de que se trata, el tribunal de alzada estaba conociendo de la exclusión de prueba solicitada y obtenida por la defensa, asilada en la vulneración de garantías constitucionales en su obtención. De más está decir que uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa el sistema penal, es la aportación de prueba, que tiene por preciso objeto la destrucción de la presunción de inocencia que ampara a todos los imputados de un delito. De ahí también, la relevancia que tiene la audiencia preparatoria del juicio oral, que es la instancia en que las partes ofrecen, ante el juez de garantía, los medios probatorios de que piensan valerse para demostrar, sea la comisión de un hecho delictivo y la participación que en aquél correspondió al acusado, sea su inocencia o inexistencia de delito alguno, sin perjuicio de las demás circunstancias que puedan alterar su responsabilidad.

En esa audiencia, el juez de garantía escuchó a las partes sobre aquellas objeciones que tenían a las pruebas recíprocamente ofrecidas y una a una las fue aceptando o excluyendo, fuera esto último, por innecesarias, superabundantes, dilatorias o ilícitas, en los términos de lo dispuesto en los artículos 272 y 276 del Código Procesal. Se trató, en consecuencia, de un debate.

Ese mismo principio debe regir la revisión por el tribunal superior que conoce de la enmienda requerida por el Ministerio Público de las decisiones adoptadas por el Juez de Garantía.

La trascendencia de lo que aquí se decida ?tanto por el Juez de Garantía, como en su caso, por la Corte de Apelaciones- explica también la necesidad de que el juez que interviene en la preparación del juicio y los que lo deciden, sean diferentes. Ello, por cuanto el juez que escucha a las partes en la preparación del juicio, toma conocimiento sobre la existencia de todas las pruebas que las partes han reunido, tanto las conducentes, como las que no lo son, tanto las legítimamente obtenidas, como aquéllas que lo han sido con infracción de garantías constitucionales. En cambio, los jueces del tribunal oral sólo apreciarán las pruebas que ya habrán sido revisadas previamente por el otro órgano jurisdiccional, con la posibilidad cierta y esperada que no lleguen a su conocimiento pruebas ilegítimamente obtenidas. Esta cuestión responde a la exigencia que el artículo 297 impone a los jueces del Tribunal Oral en lo Penal en cuanto los obliga a hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso aquella que hubiere desestimado, debiendo indicar en tal caso, las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

No es lo mismo desestimar un testigo o una prueba material por dilatoria o porque no produce convicción, que hacerlo porque se estima, en esa oportunidad, que ha sido obtenida con violación de garantías constitucionales. Ello no quiere decir que el tribunal oral no pueda ponderar negativamente una prueba por ese hecho, pero eso impone a los jueces un esfuerzo mayor al que se espera de ellos, que consiste en poder resistir e ignorar lo que esa prueba ilícita o ilegítima permitía tener por demostrado.

La experiencia indica que realizar la ponderación negativa y, por ende, rechazar los efectos de una prueba ilícita, siempre será posible ante el Tribunal Oral en lo Penal, pero la contaminación que se ha querido evitar de esos magistrados, impone que el trabajo desarrollado por el Juez de Garantía y por la Corte de Apelaciones, en su caso, sea riguroso y ajustado a la ley.

Preciso es advertir que con ello no se está significando que en este caso en particular obligadamente tenga que prosperar el rechazo de la exclusión, porque ese asunto no ha sido sometido al conocimiento de este Tribunal, que sólo se pronunciará sobre la forma ilegítima en que se decidió aquella cuestión por el órgano llamado a conocerla. Todo lo antes referido, atiende única y exclusivamente a determinar la relevancia y trascendencia que ha tenido la infracción y que fue cuestionada por el representante del Ministerio Público en estrados.

La Corte será libre para adoptar la decisión que estime en derecho, pero debe dar lugar tanto al Ministerio Público como a la defensa para expresar la totalidad de sus argumentos y ante su falta o del poco conocimiento de los hechos que el tribunal se forme, éste debe hacer uso de la facultad que el artículo 358 le entrega, para extraer la información que le parezca faltante o necesaria de los mismos intervinientes y en la misma audiencia en que se conozca el asunto. El artículo 358 del código procesal, al establecer las reglas generales para la vista de los recursos, indica de modo expreso que, tras el anuncio, en la audiencia

pública, se otorgará la palabra a él o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formularen. Esa norma dice precisamente que se permite intervenir a los recurridos y finalmente se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate. Se contempla, asimismo, la posibilidad que los miembros del tribunal formulen las preguntas que estimen necesarias a los representantes de las partes, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida. Finalmente, en esa norma se señala que la sentencia se pronunciará de inmediato, y si no fuera posible, en un día y hora que deberán señalar.

NOVENO: Que es necesario recordar en esta parte que el artículo 361, ubicado en el Título I de las disposiciones generales de los recursos, prescribe que éstos se rigen por las normas de ese libro y en forma supletoria, lo serán por las del Título III del Libro Segundo de ese código. El Libro II, Título III, es el que señala las normas que rigen el juicio oral, de modo que no corresponde hacer aplicación supletoria de las prescripciones del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, la revisión de cada una de las disposiciones del señalado título permiten concluir sin lugar a dudas que la iniciativa probatoria nunca es del juez, sino siempre de las partes, quienes tienen completa libertad para demostrar los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento.

Por último, el artículo 360, relativo a las decisiones de los recursos, circunscribe el pronunciamiento del tribunal exclusivamente a las solicitudes formuladas por los recurrentes, ¿quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado?.

De todo lo expresado, es posible extraer como conclusión, que la Corte de Apelaciones cuando conoce del recurso deducido por el Ministerio Público contra el auto de apertura por la exclusión de pruebas determinadas por el Juez de Garantía, debe limitarse a escuchar los hechos y argumentos que las partes le exponen y los antecedentes que ya obren en la carpeta que ha recibido. Cualquier duda que se le presente puede salvarla de inmediato, ante las mismas partes, por cuanto ello tiene el objeto que lo dicho por una de ellas pueda ser siempre conocido por la otra y controvertido o complementado, en su caso.

Esta es la forma en que, actualmente, se conoce la apelación de un proceso penal. El tribunal no pide pruebas, no dispone oficiosamente la práctica de ninguna diligencia probatoria, ni para mejor resolver, puesto que la naturaleza propia de éstas ¿cual sería la de las contempladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil- es precisamente agregar antecedentes probatorios o datos que no habían quedado suficientemente satisfechos.

En la reforma penal, las dudas del tribunal deben ser satisfechas por las partes, en este proceso, fiscal y/o querellante en su caso, y defensor. Ellos deben poner en conocimiento del tribunal todos sus argumentos y plantear los hechos de form



a adecuada y suficiente para que el tribunal quede bien informado sobre aquello que ha sido sometido a su conocimiento, de modo que de subsistir cualquier duda o de haber verificado alguna inexactitud, el tribunal pregunta a las mismas partes, en la audiencia, sobre lo que le ha resultado oscuro o desconocido.

Esta forma de llevar adelante la audiencia y la vista de las causas ante las Cortes de Apelaciones, es una manifestación del principio contradictorio que rige en el nuevo sistema penal y que constituye un elemento del derecho a defensa y, además, del debido proceso, por cuanto la imparcialidad del tribunal se asegura y garantiza a través del veto a su iniciativa probatoria.

Es este último, también, el motivo por el cual se ha asegurado a los intervinientes el derecho a ejercer sus facultades con tiempo y con los medios adecuados. El Ministerio Público dispone de un plazo para investigar y para reunir todos los elementos necesarios para establecer el hecho ilícito, así como la participación del delincuente e incluso, para determinar la existencia de circunstancias especiales que puedan atenuar, modificar o eximir de responsabilidad a este último. Por su parte, la defensa tiene garantizado el tiempo y los medios, al igual que el Ministerio Público y tiene también el derecho para acceder a todos los medios de prueba que se han reunido en la investigación, con el preciso objeto de controvertirlos, refutarlos, o simplemente explicarlos. Esta defensa que ha sido circunscrita en este procedimiento a los abogados habilitados, para garantizar su experiencia, debe ser eficaz y técnica, razones todas por las cuales no se ve cuál podría ser la necesidad de dotar al tribunal, además, de facultades probatorias o ¿para mejor acierto? de lo que se somete a su conocimiento.

En este sentido, cuando el tribunal decide de propia iniciativa disponer una determinada diligencia, lo que hace en realidad es suplir la insuficiente exposición del persecutor y/o de la defensa, de modo que se entromete en el debido desarrollo del proceso, quebrando el principio de contradicción y, de paso, afectando su propia imparcialidad.

DÉCIMO: Que como se ha analizado hasta aquí, aparece evidente que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al decidir solicitar la carpeta de investigación del Ministerio Público, para ¿el mejor acierto? de la apelación planteada, incurrió en una violación de las garantías constitucionales que aseguran al imputado el derecho a defensa y su debido proceso.

El empleo de esa carpeta como aporte de conocimiento faltante o necesario de los datos de la causa, para resolver la apelación pendiente, queda en evidencia de la sola lectura del fallo pronunciado con motivo de ese arbitrio procesal, y donde es posible advertir, por ejemplo en su motivo tercero, que la Corte decidió con el ¿mérito de los antecedentes de la carpeta de investigación?? de cuyo contexto tuvo por establecidos ciertos hechos.

UNDÉCIMO: Que la disposición del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, exige que la infracción de derechos o garantías sea sustancial.

Pudiera pensarse que se ignora en este caso si la infracción cometida es o no sustancial, porque no es posible determinar a-priori si la apelación del Ministerio Público prosperará o no o, si como sostuvo el representante del ente persecutor y ya se analizó, bastaba con que el Tribunal Oral en lo Penal desechara algunos de esos medios probatorios.

Sin embargo, este concepto de sustancialidad debe ser abordado también desde la óptica constitucional, toda vez que se trata de la tutela de los derechos que ella misma garantiza, o que reconocen los tratados internacionales.

Valga aquí, en consecuencia, tener a la vista la prescripción normativa del artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, que garantiza a los ciudadanos, ¿La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio?.

Establecido el derecho a la defensa y al debido proceso en el articulado de la Constitución Política, esta disposición recién transcrita es la que impide coartar el derecho mencionado en su esencia, que es precisamente lo que ha ocurrido en estos autos. Esa norma tiene su correlato en el artículo 160 del Código Procesal Penal, que presume de derecho la existencia del perjuicio, cuando la infracción ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.

En el caso en estudio, al procederse como lo hizo la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que adoptó su decisión en base a antecedentes que no le fueron entregados por las partes y sin permitirles a ellas ¿particularmente a la defensa en este caso- poder ejercer los derechos que la Constitución Política les garantiza, limitó a tal punto los derechos involucrados, que la infracción resultó ser sustancial, en los términos que prescribe el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

DUODÉCIMO: Que, finalmente, para concretar adecuadamente el respeto a los derechos aquí afectados, es preciso que no sólo se invalide la sentencia y el juicio oral de la cual es fruto, sino que ha de retrotraerse la causa al estado de proceder a una nueva vista del recurso de apelación deducido por el Ministerio Público contra el auto de apertura, tal como lo pidió la defensa, lo que deberá ser materializado por jueces no inhabilitados de la Corte de Apelaciones respectiva. Esta facultad ya fue analizada y empleada en los autos rol N° 3198-08 de este mismo Tribunal, oportunidad en la que se decidió por sentencia de trece de agosto del año en curso, la invalidación hasta una etapa anterior a la celebración del juicio oral.

Entonces se señaló que ??el efecto propio de toda nulidad es la invalidación del acto que ha provocado el perjuicio y de todos aquéllos que sean consecuencia necesaria de aquél.

En este sentido, la sola invalidación de la sentencia y del juicio oral, no son suficientes para sanear el grave defecto que se aprecia en autos, razón por la cual ha de extenderse el efecto anulatorio hasta aquel momento en que efectivamente se da inicio a la afectación esencial de los derechos de la inculpada.

Al respecto valga tener presente que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del Código Procesal, ¿Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento?, presumiéndose de derecho la existencia del perjuicio, cuando la infracción ha impedido el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes .

Por su parte, recogiendo el principio general, en el artículo 165 del mismo cuerpo legal antes citado se establece que ¿La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanen o dependieren?. Y aún cuando esa norma señala en su inciso tercero, el impedimento de retrotraer la causa a etapas anteriores, se contempla como excepción precisamente los casos en que ello correspondiera de acuerdo a las normas del recurso de nulidad, agregando en su inciso final, que la solicitud de nulidad constituye preparación suficiente del recurso de nulidad, para el caso que el tribunal no resolviera la cuestión de conformidad a lo solicitado.?

¿?el hecho que el artículo 373 del Código Procesal, indique que ¿Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia?, en los casos que señala, y por su parte, que el artículo 374, precise que ¿El juicio y la sentencia serán siempre anulados? en los otros casos que esa disposición deletrea, no significa necesariamente, que por el recurso de nulidad, la extensión del efecto invalidante pueda llegar temporalmente, sólo hasta el juicio oral, porque ello no resulta coherente con las demás normas del mismo código antes mencionadas y con los principios que orientan los recursos de nulidad o casación. Avala este aserto, la disposición del artículo 386, que ordena a la Corte, en los casos que ha acogido el recurso, con excepción de los mencionados en el artículo 385 (que se refieren sólo a la nulidad de la sentencia), que determine el estado en que hubiera de quedar el procedimiento, ordenando la remisión al no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

Carecería de sentido, ordenar de modo expreso a la Corte determinar el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, cuando se está refiriendo justamente a los casos en que es necesario invalidar sentencia y juicio oral, si sólo pudiese invalidarse hasta este último.? (Motivo decimocuarto de la sentencia citada).

DECIMOTERCERO: Que de conformidad a lo expresado, se acogerá el recurso de nulidad planteado por la defensa, al tenor de la causal alegada en forma principal, de modo que se omitirá pronunciamiento respecto de aquella invocada de manera subsidiaria.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además a lo dispuesto en los artículos 360 y 386 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad promovido

por la defensa del adolescente Fernando en lo principal del escrito agregado a fs. 57 de este legajo y, en consecuencia, se invalida la sentencia de siete de agosto de dos mil ocho, incorporada en copia a fs. 1 y siguientes y se invalida, asimismo, el juicio oral que le sirvió de antecedente, debiendo retrotraerse la causa al estado que ministros no inhabilitados de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt o de la que deba subrogarla, conozcan y resuelvan, como en derecho corresponda, la apelación deducida por el Ministerio Público contra el auto de apertura de veinticinco de abril de dos mil ocho dictado en el RIT 317-2007, RUC 0700714464-9.

Regístrese y devuélvase.

Redactó del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N° 4954-08

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Benito Mauriz A. No firma el Ministro Sr. Rodríguez y el abogado integrante Sr. Mauriz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente. Autorizada por la Secretaria de esta Corte Suprema Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.