

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil once.

Oídos los intervinientes y teniendo presente:

a) En cuanto al recurso de apelación Ingreso 1459-2011:

1º Que mediante presentación del 10 junio de 2011 el Ministerio Público deduce recurso de apelación en contra de la resolución del 7 junio de este año mediante la cual se fijó y citó a una audiencia de preparación del juicio oral para el día 4 julio 2011 en lo que dice relación con el acusado Cristián Cancino Carrasco.

Plantea el recurrente que se acusó a Cancino Carrasco y a otras 14 personas, dándose inicio a la audiencia de preparación del juicio oral el 2 mayo de este año, y durante el debate sobre exclusión de pruebas, su defensa planteó como incidente el sobreseimiento definitivo de la causa a su respecto, fundándose en la causal del artículo 250 letra f) del Código Procesal Penal, esto es cuando el hecho de que se trata de hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto al imputado. Este incidente fue acogido por el juez titular del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, disponiendo el sobreseimiento definitivo. En contra de esta resolución interpuso el Ministerio Público un recurso de apelación, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 junio de 2011, ordenándose en consecuencia que se debía proceder penalmente en contra del acusado Cancino, debiendo realizarse también a su respecto la audiencia de preparación del juicio oral por los hechos materia de la acusación, salvo y con única excepción lo establecido en el punto D) de la misma, esto es por el delito de posesión de material explosivo y que la audiencia de esta etapa intermedia debía ser conocida por un juez no inhabilitado.

Deduca el recurrente que existe una sola investigación y una sola acusación, existen imputaciones de delitos por los mismos ilícitos en contra de los acusados, existe ofrecimiento de prueba común para ellos y en relación precisamente a los delitos acusados, por lo que estima que resulta ilegal la realización de dos audiencias diferenciadas y paralelas respecto de los mismos imputados y respecto de una misma acusación, respecto a los mismos hechos y

respecto de la misma prueba, ya que el legislador no lo contempla ni autoriza. Y tampoco resulta procedente en la especie la hipótesis del artículo 274 del Código Procesal Penal, que permite el dictado de dos autos de apertura distintos, bajo los requisitos que dicha norma establece y que en ningún caso serán el especie de autos. De esta manera --señala el recurrente-- lo que procede es la incorporación del acusado Cancino Carrasco en la audiencia actualmente en desarrollo. El debate a su respecto y todo lo que allí se realice deberá ser dirigido por un juez no inhabitado, como lo ordena perentoriamente la letra E) de la resolución de la Corte de Apelaciones Santiago del 7 junio de 2011.

Entiende que de esta manera, no resulta procedente que el tribunal haya fijado una audiencia completamente distinta, en una fecha diferente, en una misma causa, bajo el mismo RIT y RUC, respecto a los de sus acusados y por los mismos delitos en relación a una misma y común prueba, lo que resulta del todo ilegal a la luz de lo que disponen los artículos 266 y siguientes del Código Procesal Penal, ya que evidentemente se debe concluir que esa audiencia de desarrollarse en forma continuada, lo que se infiere de lo dispuesto en los artículos 266, 274 y 277 del mismo cuerpo legal, la que además debe ser dirigida íntegramente por el mismo juez no inhabitado que corresponda, interpelación que se ve reforzada, ya que las suspensiones que permite el legislador son excepcionales y fundadas, y las que se permiten se encuentran reguladas y autorizadas expresamente por el legislador, en situaciones extraordinarias como son las establecidas en el artículo 269 y 270 del Código Procesal Penal.

De esta manera estima el recurrente en la resolución del 7 junio de 2011, que fija otra audiencia de preparación de juicio oral en la causa para 4 julio de este año, deberá dejarse sin efecto, y ordenando la Corte se realice en la actual audiencia por un juez distinto de ese mismo tribunal, lo que implica dar cumplimiento a las normas de los artículos 259 y siguientes del Código Procesal Penal, lo que no amenazan ni lesiona ninguna garantía de los acusados y sus defensas, siendo coherente además con el pleno ejercicio de todos los

derechos y garantías que se les reconoce en el proceso penal y todas las actuaciones a que tiene derecho y siendo coherente y respetuoso con el principio del orden consecutivo legal. Todo lo anterior es también congruente con el principio de imparcialidad inherente a todo órgano jurisdiccional. Y todo lo anterior también lo solicita con el objeto de evitar alteraciones procesales que generará un procedimiento del todo defectuoso, evitando vicios de nulidad en las actuaciones que sin duda podrían afectar al procedimiento, evitando repetir actuaciones ya verificadas dentro del proceso y resoluciones contradictorias.

2° Que se adhirieron a la apelación del Ministerio Público la parte de Eduardo Howard Yrarrázaval, párroco de la iglesia Inmaculada Concepción de Vitacura, Hoteles de Chile S.A. y el Ministerio del Interior.

Corresponde declarar abandonado al recurso por la parte de la iglesia Inmaculada Concepción de Vitacura, por no haberse presentado su representante a alegar en estrados.

3° Que a fin de resolver el presente recurso de apelación ha de tenerse presente que efectivamente el juez de garantía dictó un sobreseimiento parcial y definitivo en la causa que actualmente se conoce, en favor de Cristian Cancino Carrasco por la causal del artículo 250 letra f) del Código Procesal Penal. Esta resolución fue recurrida de apelación tanto por el Ministerio Público como por los querellantes. Conociendo de este recurso la Corte de Apelaciones de Santiago mediante resolución de 7 de junio de 2011, dictada en los antecedentes rol 960-2011 dispuso la revocación de esa resolución y declaró "que deberá llevarse a cabo la audiencia de preparación de juicio oral respecto, del individualizado Cristián Cancino Carrasco por un juez no inhabilitado".

El mismo día 7 de junio de 2011 tomó conocimiento tribunal de primera instancia de la resolución del tribunal de alzada y un juez distinto a aquel que había dictado el sobreseimiento definitivo procedió a dictar el cúmplase respectivo. Y a fin de dar curso progresivo a los autos y como consecuencia de lo ordenado por la Corte de Apelaciones dispuso "vengan los intervinientes

audiencia de preparación de juicio oral, el día 4 de julio de 2011, a las 10 horas, en el Octavo Juzgado de Garantía, ubicado en.....".

4° Que no se advierte que el juez que dictó la resolución antes mencionada haya incurrido en alguna ilegalidad que corresponda ser enmendada por esta Corte por la vía de este recurso ordinario, puesto que se limitó a dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por este tribunal superior a la resolución antes mencionada.

5° Que el reclamo del Ministerio Público y de alguno de los querellantes en orden a que el juez no inhabilitado deberá dictar la resolución antes mencionada en el mismo procedimiento en el cual se había dispuesto el sobreseimiento definitivo no corresponde realizarla, ello por cuanto la audiencia de preparación del juicio oral respecto a los demás imputados continuó su marcha, y no se advierte ninguna infracción a ninguna garantía de los imputados como tampoco del Ministerio Público ni de los querellantes por la circunstancia que en una audiencia aparte se verifique la correspondiente a audiencia de apertura del juicio oral respecto de Cristian Cancino Carrasco. No puede pretenderse que por el hecho de haberse rechazado el sobreseimiento definitivo parcial dictado por el juez que originalmente llevaba a cabo esa audiencia, que este esté inhabilitado respecto de todo lo demás que dice relación con esta causa.

Cabe señalar además que nada impide que se dicten respecto de unos mismos hechos más de un auto de apertura de juicio oral, siendo ello de normal ocurrencia en los tribunales en los casos en que uno de los imputados se ha fugado o no se haya presentado oportunamente presentado al juicio y aparece con posteridad cuando éste continuó con los demás presentes.

No hay ninguna norma, ni se desprende tampoco de otra, que el auto de apertura de juicio oral tenga que ser uno único y para todos los imputados, de manera que a obrar el juez de primera instancia como lo hizo no ha hecho sino que aplicar la normativa legal vigente.

6° Que lo anterior lleva a estos sentenciadores a rechazar el recurso de apelación y confirmar la decisión apelada.

b) En cuanto al recurso de apelación Ingreso 1498-2011 sobre exclusión de prueba.

7° Que el Ministerio Público deduce recurso de apelación en contra de la decisión contenida en el auto de apertura del juicio oral, referente a la exclusión de prueba de los funcionarios de carabineros, Eduardo San Román Silva, Luís Sequeira Calderón, Rubén González Vera y Andrés Arenas Moya, a quienes excluye por infracción de garantías constitucionales.

A este respecto cabe señalar que ellos fueron presentados para que declaren sobre lo que presenciaron, vieron escucharon el día de los hechos coetáneos y posteriores al día de los hechos. En especial depondrán sobre las diligencias realizadas en atentados de similar naturaleza, la conmoción causada, y todo antecedente que tenga del hecho y la participación de los imputados, detención de los imputados, hallazgo de sustancias explosivas.

8° Que al respecto cabe señalar, además de lo expuesto por el juez de la causa, que los hechos por los cuales se ha acusado a los imputados están situados “a lo menos desde el año 2006 y hasta esta fecha, los 15 imputados conforman una asociación con el objeto de atentar.....”.

De esta manera, se atenta en contra de la garantía constitucional del derecho a la defensa el testimonio que se pretende los miembros de Carabineros señalados, toda vez que se solicita que declaren sobre hechos ocurridos desde el año 2002, los que no están comprendidos en la acusación del Ministerio Público. De esta manera los imputados deberán defenderse de hechos que no son materia del juicio, y que tampoco serán materia de la sentencia, de forma que no corresponde incorporar esta prueba por las razones antes señaladas.

9° Que en lo relativo al funcionario de Carabineros Andrés Arenas Moya, cabe señalar que este llega a donde estaba el detenido Fuentes Aliaga no por orden de Fiscal de la causa, sino porque le indican que concurra allí superiores de Carabineros. Al trasladarse a la Comisaría, mantiene una conversación a solas con el imputado, que dice después la reiteró en presencia del Fiscal. De esta manera no puede aceptarse la declaración de este

funcionario de carabineros, puesto que todo lo que habló con el imputado, no lo hizo con las autorizaciones o delegaciones pertinentes, como tampoco con las advertencias que obliga la ley a quien desea declarar en su contra.

10° Que en lo referente al testimonio de Pablo Leiva Garrido y Gustavo Harcha Andrade, ha quedado demostrado que se le tomaron pruebas para detectar explosivos en las manos, sin cumplir las formalidades legales, y aun antes de obtener las autorizaciones pertinentes. Si ha quedado demostrada esta situación, no puede por la vía testimonial subsanarse lo que con infracción se realizó en los hechos.

No hay antecedentes que se haya realizado esta prueba con las respectivas autorizaciones, ya que fueron previamente detenidos, y posteriormente se les hizo el examen señalado. Y más tarde se obtuvo la autorización para ello.

11° Que también el Ministerio Público dedujo apelación en contra de la resolución que excluyó el peritaje psiquiátrico del imputado Fuentes Aliaga.

A este respecto cabe señalar que el imputado manifestó desde sus inicios, pues así además deja constancia el perito, que no deseaba declarar y haría uso de su derecho a guardar silencio. No obstante ello, no solo se le preguntó por su nombre sino que además se indagó por el de sus padres y enfermedades que antes había padecido. Pero el propio perito deja constancia que para elaborar su informe le tomó 20 minutos con el imputado y finalmente en las conclusiones, entre los elementos que menciona están las declaraciones del imputado. Esto basta para tener por justificado que no se respetó el derecho a guardar silencio del imputado.

12° Que en lo referido a los peritos Paulo Rebolledo, Leonel Jeldres, Jaime Camps, y José Ferrada, señala el Ministerio Público que debe acogerse el recurso de apelación, y mantenerlos dentro de la prueba del Ministerio Público, puesto que en los registros de la carpeta, específicamente en el informe 299 de la Dipolcar de Carabineros de 23 de agosto de 2010 se detalla con claridad que los imputados Aguilera y Morales accedieron voluntariamente a la toma de muestras de explosivos.

Latamente se ha establecido que cuando se realizan los peritajes, estos no estaban autorizados y no se habían obtenido las autorizaciones pertinentes, por lo que cabe aceptar el recurso en esta parte.

13° Que también dedujo el Ministerio Público apelación respecto de la decisión de excluir la prueba de todas las especies retiradas de la casa de Candelaria Cortez-Monroy. Sostiene que dieron la autorización para entrar el abogado Francisco Cox Vial y el encargado del lugar Camilo Cortez-Monroy.

Cabe señalar que los policías se presentan a esa casa en el ámbito de una investigación en la cual Candelaria Cortez-Monroy era la víctima de un intento de homicidio. La prueba retirada se utiliza para establecer su participación en un ilícito distinto en el cual ella es imputada.

No basta que quienes están a cargo de una casa dejen pasar a la policía, permitiendo su ingreso, para poder esta incautarse de cualquier objeto. En el presente caso no se advirtió que se retiraría prueba para utilizarla en contra de quien existe una investigación distinta por un ilícito diferente por el que aparentemente obtuvieron la autorización.

14° Que también se dedujo apelación en contra de la decisión del Juez de Garantía de excluir un croquis o dibujo realizado por Gustavo Fuentes Aliaga. Efectivamente no hay registro para poder saber como es que se obtuvo ese documento, puesto que nada se dice en la declaración voluntaria por este prestada ante el Ministerio Público.

Cabe señalar que corresponde el rechazo del recurso de apelación, puesto que al no existir evidencia de cómo se obtuvo esta prueba, existe la infracción a las garantías constitucionales.

c) En cuanto al recurso de apelación relativo a la implicancia planteada del juez de garantía. Ingreso 1539-2011.

15° Que se ha deducido por el Ministerio Público recurso de apelación en contra de las resoluciones de 9 y 10 de junio de 2011 mediante las cuales el juez del 8° Juzgado de Garantía de Santiago Luis Avilés Mellado rechazó las solicitudes de implicancia al tenor del artículo 195 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales que dispone que son causales de implicancia, “8° Haber el juez

manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia.”

Funda su recurso en que dicho juez ya se ha pronunciado de manera directa y explícita sobre la cuestión debatida y cuya resolución precisamente se encuentra pendiente ante su tribunal. Ello ocurre por cuanto dicho magistrado al rechazar el incidente implicase interpuesto, fundado en lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de junio de 2011 que revocó lo resuelto por dicho magistrado que había decretado un sobreseimiento parcial y definitivo respecto del acusado Rodrigo Cancino Carrasco, y que señaló dicho tribunal que deberá llevarse a efecto una audiencia de preparación de juicio oral respecto del antes individualizado por un juez no inhabilitado, hace que sea consecuencia que dicho juez se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión pendiente negativa en la respectiva audiencia de preparación del juicio oral, y no obstante la decisión de la corte antes indicada, el juez cuya inhabilitación se solicita continuó pronunciándose respecto de la evidencia que también corresponde a ese procesado, resolviendo en algunos casos la exclusión de dicha prueba. Tal es el caso del testigo 544 don Bruno Villalobos Krumm, que fue excluido en audiencia del 10 de junio de 2011, no obstante hacer presente la inhabilitación parcial decretada por la Corte de Apelaciones.

De esta manera en que el débito público que el señor juez evidentemente ha manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. Tanto es así que efectivamente ya se ha pronunciado calificando la prueba de cargo que el Ministerio Público ha incorporado en la respectiva acusación resolviendo la exclusión de medios de prueba que el juez ha considerado impertinente, debiendo ser excluida de la acusación y en definitiva del auto de apertura del juicio oral.

Entiende así el recurrente, que siendo las pruebas de cargo provenientes de una sola y única acusación, y tendientes a probar tanto los elementos de los delitos por los cuales fueron acusados tanto Cristián Cancino Carrasco, como los demás acusados, esto es Asociación Ilícita Terrorista previsto y sancionado

en el artículo 2 N° 5 de la ley 18.514, como también los elementos de convicción están destinados a gritar la participación criminal de cada uno de los acusados y así como también las circunstancias en que ella se produce, por lo cual casi la totalidad de la prueba de cargo es prueba referida a todos los acusados relacionada jurídicamente una con otra por lo cual evidentemente al haberse ya pronunciado respecto el sobreseimiento definitivo y parcial del acusado Cancino Carrasco y sobre la exclusión de pruebas determinadas, el juez necesariamente ha debido manifestar su dictamen sobre la cuestión pendiente.

Sostiene el recurrente que hay dos eventos de índole jurídico procesal que lo lleva necesariamente a concluir que el juez se encuentra impedido de seguir conociendo legalmente de la causa: el primero es la resolución dictada por la Corte de Apelaciones el 7 de junio de 2011, donde se ordena que debe realizarse nueva audiencia de preparación de juicio oral en contra del acusado Cancino Carrasco por un juez no inhabilitado legalmente; el segundo argumento, que concordante con el anterior y con lo dispuesto en el artículo 75 del Código Procesal Penal, que lleva a concluir que una vez cuestionada la imparcialidad del juez, y con el solo mérito de plantear el incidente de inhabilitación, por cualquiera de los intervinientes, sin exigir el de legislador ni siquiera un examen previo de plausibilidad, el juez cuestionado deberá necesariamente dejar de conocer y deberá continuar quien debiera subrogar lo legalmente. Y si bien la hipótesis de la norma legal citada se refiere a los trámites previos a la audiencia de preparación del juicio oral, el principio de salvaguarda y que se plasma por el legislador es el mismo, esto es la garantía para todas las partes de contar con un tribunal imparcial e independiente.

Por lo anterior que solicita se revoken las resoluciones apeladas por las cuales el juez rechazó el incidente de implicancia verbal deducido por el Ministerio Público, y se declare que le afecta la causa de implicancia del artículo 195 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, disponiendo se abstenga de seguir conociendo lo sucesivo todo lo concerniente a esta causa, siendo subrogado porque legalmente corresponda.

16° Que cabe señalar en primer lugar que luego de dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago la resolución de 7 de junio de 2011 mediante la cual se acogió un recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, dejándose sin efecto un sobreseimiento definitivo y parcial referido al imputado Cancino Carrasco, se dispuso por el tribunal que debía llevarse a cabo a su respecto una audiencia de preparación del juicio oral, por un juez no inhabilitado. Y es esto lo que efectivamente sucedió, puesto que el cúmplase de esa resolución y la fijación de una audiencia para ese cometido fue dictada por un juez distinto a aquél que dispuso el sobreseimiento parcial antes mencionado.

17° Que de los antecedentes consta, y así también lo reconoce el Ministerio Público, que una vez planteada la inhabilidad del juez de garantía este la resolvió de inmediato, en las dos oportunidades en que fue le planteada, rechazándola. De esta manera no había cuestión pendiente al momento en que continuó conociendo de las audiencias de preparación de juicio oral.

18° Que también cabe dejar establecido que no se advierte cómo es que el juez de garantía que estaba dirigiendo la audiencia de preparación del juicio oral pueda quedar inhabilitado por la circunstancia de que un sobreseimiento definitivo parcial haya sido revocado por la Corte de Apelaciones, por la circunstancia -- como lo sostiene Ministerio Público-- de que ha existido prueba que está relacionada con aquel imputado cuyo sobreseimiento fue dejado sin efecto, y en cuyo caso se había excluido prueba que es común para todos los imputados de la causa.

Lo anterior por cuanto la Corte de Apelaciones dispuso que un juez no inhabilitado debía conocer de la audiencia de preparación del juicio oral que está referida al imputado Cancino Carrasco, la que al momento de dictar las resoluciones ahora cuestionadas no se había realizado aún. Y a este respecto cabe señalar que la prueba que se presente para el juicio oral puede ser perfectamente lícita para uno o más imputados y al mismo tiempo, para otro u otros imputados puede ser ilícita, puesto que las garantías constitucionales que se cautelan son individuales, y es posible que una misma prueba, para uno de

los imputados haya sido obtenida con infección a tales garantías y para otros no. Esto no lo ha resuelto el juez ahora cuestionado, y le corresponderá hacerlo aquel que dirija la audiencia fijada respecto de Cristián Cancino Carrasco, en lo que dice relación con la prueba que se presente a su respecto.

19° Que por lo anterior corresponde el rechazo del recurso planteado en contra de las dos resoluciones mediante las cuales el juez de garantía no declaró la inhabilidad que se le solicitaba.

Por todas estas consideraciones y de acuerdo con lo disponen los artículos 277 y 352 del Código Procesal Penal, se declara:

A) Queda **abandonado** al recurso de apelación interpuesto por la parte de la iglesia Inmaculada Concepción de Vitacura, por no haberse presentado su representante a alegar en estrados.

B) Es **inadmisible** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio del Interior en contra de la resolución que excluyó prueba, por no encontrarse en la hipótesis del artículo 277 del Código Procesal Penal.

C) Se **rechaza** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución de siete junio de este año, mediante la cual se fijó y citó a una audiencia de preparación del juicio oral para el día 4 de julio de 2011 en lo que dice relación con el acusado Cristián Cancino Carrasco.

D) Se **rechaza** el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra del auto de apertura que excluyó parte de la prueba por este ofrecida.

E) Se **rechaza** el recurso de apelación interpuesto en contra de las resoluciones de nueve y diez de junio de dos mil once, que rechazan la inhabilidad planteada contra el juez Luis Avilés Mellado.

Se previene que el ministro señor Zepeda concurre a la confirmación, teniendo además en consideración lo siguiente:

1° Que la garantía a la defensa jurídica en juicio, considerada en sus aspectos formales y materiales, a la que el ordenamiento constitucional se refiere en el inciso segundo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, se traduce en que su infracción a la vez constituye

una vulneración al debido proceso, previsto en el inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la misma Carta Fundamental.

Tal como lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema de Justicia – Roles 4954 – 2008, 1414 –2009, 4164 – 2009, 4001 – 2010, - el debido proceso constituye un derecho garantizado por la Constitución Política de la República y por los Tratados Internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes; y enfatiza que la doctrina nacional y extranjera indican las garantías mínimas para que exista un proceso racional y justo e incluye el que siempre exista un procedimiento que ostente la presencia de un contradictor y que las partes en el juicio tengan derecho a un trato en igualdad de condiciones.

2° Que, en consecuencia, al existir en el orden jurisdiccional el deber de analizar y prever el perjuicio que pueda suponer para un juicio justo - en relación al derecho a defensa en su aspecto material de poder contestar e impugnar y en general de ser oído en cualquier estadio de los actos de prueba y en el ámbito de la presunción de inocencia - la incorporación de los testimonios de los testigos de cargo, dentro del ámbito del sistema procesal, también se encuentra en el ámbito de la admisibilidad de la prueba, que es el acto por el cual el juez de garantía, previo examen de los requisitos necesarios, resuelve cuales serán los medios de prueba que puedan hacerse valer en el juicio oral.

Así, en la perspectiva del derecho fundamental a la defensa, procede la evaluación de los testigos de cargo por parte del juez de garantía – en el ámbito de su admisibilidad -, desde que dichos terceros se presentan con el único propósito de declarar en perjuicio del imputado y se pretende lograr con sus testimonios, el que, en definitiva, se dicte una sentencia condenatoria en contra del acusado. Por ello, la labor del juez debe considerar el contenido, contexto, carácter de tal prueba, así como las circunstancias en que ésta surgió, para decidir si, con ella, se vulneran las garantías al derecho de defensa material y, en definitiva, si se perjudica la realización de un juicio racional y justo.

En efecto, el fundamento de la inclusión de los testigos de cargo es porque éstos han ayudado a desvanecer la presunción de inocencia del imputado; principio de inocencia que se incorpora desde el inicio de la persecución penal, desde que la investigación penal se sujeta al principio de la verdad material, que pone en relación directa al juez de garantía con el control de la prueba y la decisión justa.

3° Que el imputado deba ser tratado como inocente es un derecho fundamental del que goza toda persona - párrafo 1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, N° 2 del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, N° 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de Chile y que se incorpora en el artículo 4° al Código Procesal Penal -, lo cual significa, desde la perspectiva de la imputación, que al ser el objetivo de la etapa de la investigación desvanecer tal inocencia, y el persecutor precisamente presenta a los testigos de cargo para permitir establecer la imputación fáctica necesaria para la decisión de condena del acusado, el juez de garantía, como garante (v.gr.) de la correcta aplicación de la ley y en su tarea de asegurar la tutela efectiva de los derechos (La Prueba artículos y conferencias, Michele Taruffo, editorial Metropolitana, año 2009, páginas 41 y siguientes) interviene, conforme al mandato expreso que le da el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, en resguardo de derechos fundamentales.

Útil resulta para el juez de garantía la digresión de que, en ausencia de pruebas en sentido contrario y siendo todo imputado inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad, se le debe conceder a éste, desde la primera actuación jurisdiccional, una presunción de prioridad de un comportamiento adecuado a derecho, a saber, el que, el imputado estaba en el ejercicio de esa conducta cuando, según los testigos de cargo, se realizaban actividades delictivas ajenas a la acción del imputado.

Ante la práctica, manifestada concretamente con la presentación de los testigos de cargo, resulta que, también, desde la órbita de la imputación penal, para el

imputado no ha existido el debido proceso legal, en relación con la garantía del derecho de defensa, ni el de la garantía de la tipicidad expresa, ni con respecto al resultado antijurídico de la conducta, si, como lo ha detectado el juez de garantía, determinados testigos pretenden probar hechos que claramente no se adecuan a la conducta típica y antijurídica que se atribuye; y ello, precisamente, constituye la vulneración de las garantías fundamentales descritas, en tanto, los afectados no tienen posibilidad alguna de defensa ante ese medio de prueba.

Se disipa cualquier duda, si se razona que el imputado goza, según se ha expuesto, de la garantía del derecho de defensa, en cuanto, también comprende el principio de la culpabilidad por el hecho, cuyo propósito garantista significa que la culpabilidad no puede pervertirse por motivos de utilidad social o de otra índole y constituye una barrera al “ius puniendi” en un Estado de Derecho; garantía fundamental que debe ser considerada desde el inicio de la fase jurisdiccional, porque sólo así ésta tendrá el carácter de tal.

En consecuencia, el derecho a la defensa adecuada, en la etapa de averiguación previa al juicio oral, que prevé la Constitución, es una garantía fundamental para el imputado, la cual le da derecho, desde el inicio de la formalización dirigida en su contra, a promover pruebas y los medios de impugnación necesarios frente a los medios probatorios que presenta el órgano persecutor, y a utilizar todos y cabalmente los beneficios que el Código Procesal Penal establece para la defensa, por lo que, se colige inequívocamente, que se puede considerar ilícita aquella prueba presentada en contra del presunto responsable del delito, la cual no le da a éste oportunidad para defenderse adecuadamente de ella, como es el caso de los testigos de cargo, precisamente, por adolecer sus dichos de los defectos señalados anteriormente.

Por lo expuesto en la resolución recurrida y los fundamentos anteriores, la exclusión por parte del señor juez de garantía de los testigos de cargo Eduardo San Román Silva (542), Luis Sequeira Calderón, (543) y Rubén González Vera (547), se conforma a lo dispuesto en el inciso tercero del

artículo 276 del Código Procesal Penal, por tratarse de prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales.

4° La entrada y registro al hogar o domicilio importa afectación o perturbación de los derechos fundamentales a la intimidad, e inviolabilidad del hogar, de conformidad a los Nos 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, N° 1 y N° 2 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y N° 2 del artículo 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La previsión constitucional es que el hogar sólo puede allanarse y registrarse por la autoridad, en los casos y formas determinados por la ley, conforme a la institucionalidad básica manifestada en los artículos 6° y 7° de la Carta.

Luego, conforme al Código Procesal Penal, los requisitos exigidos a las autoridades para allanar y registrar el hogar o domicilio, son:

- a) la existencia de un mandamiento o resolución judicial previa del juez de garantía competente (inciso primero de los artículos 70 y 212);
- b) el respeto de las formalidades legales (inciso primero del artículo 77);
- c) la existencia de un motivo previamente definido por la ley (inciso primero de los artículos 77 y 180, respectivamente).

Los requisitos de respeto a las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido por la ley, se refieren a que se debe observar un proceso racional y justo, tanto en la expedición como en la ejecución de la orden de allanamiento y registro, derecho fundamental consagrado en el inciso quinto del N° 3 artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

La existencia de un motivo previamente definido alude al principio de legalidad, es decir, la ley lo define y lo hace con antelación, respecto de las circunstancias en que la naturaleza del hecho punible amerite los casos en que el juez de garantía puede ordenar el allanamiento y registro del domicilio.

La nueva legislación procesal estableció las excepciones a la formalidad de la resolución judicial previa, como condición a la realización del allanamiento y

registro. Circunstancias que han sido determinadas en los artículos 205 y 206, ambos del Código Procesal Penal.

Así, la ley prevé la autorización expresa del propietario o encargado de la residencia, morada o domicilio objeto del registro; autorización que, ciñéndose al debido proceso y a la interpretación de las normas del proceso penal conforme al principio "in dubio pro reo", sólo la puede dar la persona que, como titular o encargado del bien raíz, pueda llegar a ser directamente afectada jurídicamente en los derechos establecidos en la Constitución y la ley con su realización y no una persona cualquiera, pues, de lo contrario, se propiciaría sin límite actos de invasión al entorno íntimo de las personas y de infracción a las reglas del justo y racional proceso.

Asimismo, la penetración por la autoridad a un lugar que goza de especial protección jurídica, contra la voluntad de los moradores, se da además en otros casos de urgencia; ellos son, para controlar una perturbación seria para las personas o para socorrer a la persona que está en peligro.

En general, el allanamiento y registro, sea para lograr la captura del que se oculta, decomisar un objeto, registrar una cosa, obtener pruebas, etcétera, para que no se convierta por sí misma en arbitraria, hace que se haya previsto, para llevarlos a cabo, el requisito de la orden previa del juez de garantía competente; luego, la excepción es que sea el propio afectado en sus derechos constitucionales y legales por el ingreso y registro el que de la autorización, ya sea como "titular" o "encargado" del inmueble y no por otro tercero no afecto al proceso penal. En consecuencia, todas las situaciones de excepción al control judicial del allanamiento y registro, solamente procede la ejecución por la autoridad en caso de apremio o urgencia.

Sin duda, en la práctica del allanamiento y registro siempre se requiere el absoluto respeto a las formalidades legales y la existencia de un motivo previamente definido por la ley para proceder a la invasión domiciliaria.

En la especie, tal como el "a quo" razona, en el allanamiento y registro, no se descubre la formalidad específica exigida del consentimiento del afectado por la diligencia autorizando expresa y libremente su realización, que haga

desvanecer cualquier sospecha de arbitrariedad en ella, ni el motivo previamente definido en la ley que haya hecho factible el allanamiento en la forma excepcional de ejecutarla sin control judicial, por lo que, tal como el “a quo” ha concluido, procedía excluir toda la prueba testimonial, pericial y en general material derivada de dicha actuación, llevada a cabo con vulneración de las garantías constitucionales antes precisadas.

5° La garantía contra la autoincriminación se traduce en que su infracción constituye vulneración de los derechos fundamentales del debido proceso, del inciso quinto del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y a las garantías previstas en la letra g), del N°3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la letra g) de artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y significa reconocer jurídicamente que es ilegítimo forzar al imputado para que hable o se le requiera un “hacer”.

Dicha garantía constitucional prohíbe en la investigación el ingreso de información que el imputado haga, en cualquier situación, por medio de expresiones comunicacionales de cualquier clase, sean éstas, a modo de ejemplo, las propias del lenguaje formal oral, escrito, manuscrito, gráfico, oral grabado o reproducido, o transmitido, sea oral o escrito, o conocido por la intervención de terceros en cualquier forma que lo realicen, sea que se divulgue o confidencie, siendo, por lo tanto, determinante el que sea información que provenga del imputado durante cualquiera intervención de éste en la fase de la investigación.

En consecuencia, la garantía fundamental en contra la autoincriminación significa que es ilegítimo que se obligue al imputado para que hable o para pedirle un hacer que importe una colaboración positiva en el aporte de pruebas, las que, ingresadas al juicio oral, podrían eventualmente comprometerlo penalmente.

En conclusión, el juez “a quo” recurrido al proceder a la exclusión de la pericia y del perito médico psiquiatra que realizó la experticia; a la exclusión del testigo Andrés Arenas Moya (569) ; y al no admitir como prueba lícita los

manuscritos o croquis que se singularizan en la resolución y que provendrían del imputado Gustavo Fuentes Aliaga, sin duda, ha reconocido la garantía constitucional en contra de la autoincriminación, debido a que en el dictamen o informe, en la declaración del testigo y en la prueba documental, se incorpora la declaración y / o la colaboración activa del imputado Gustavo Fuentes Aliaga; además que, respecto de la documental excluida no existe registro de si forma parte de la declaración o es propiamente documental, pues no se indica de qué manera fue obtenida y permita suponer que es documental estricta, todo lo cual afecta el derecho a defensa, al impedir la justa evaluación del citado elemento de prueba.

6° La Constitución Política que ordena establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, protege de la prueba que se pretende hacer valer en contra del imputado, obtenida con violación al debido proceso mediante la exclusión de la misma, por ser ella producto de comportamientos desviados de la investigación; prueba que se califica de ilícita, precisamente, por comprometer el derecho constitucional al proceso racional y justo;

La exclusión de la prueba ilícita tiene como fin disuadir a la autoridad investigadora de violar el justo y racional proceso, para que comprenda que al hacerlo afecta la correcta administración de justicia, la realización de ésta en el caso concreto de que se trata, el ejercicio del derecho de defensa, la protección efectiva de los derechos fundamentales garantizados por la constitución, y, en definitiva, la efectiva sujeción al Estado de Derecho

Así mismo, la renuncia por parte del imputado a una garantía fundamental, de manera libre voluntaria e informada, forma parte del derecho de defensa y sólo puede ser aceptada, en el caso concreto, al haberse efectuado expresa e inequívocamente por el imputado y en la forma y con los resguardos que establece el inciso segundo del N° 3 artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, si la renuncia a la garantía fundamental por el imputado la realiza en calidad de tal, la misma sólo tendrá jurídicamente valor

- por tratarse de una garantía procesal - si se produce después de haber sido despachada la orden legal de arresto o detención en su contra, y siempre que en el acto de la misma, el funcionario policial que la lleva a cabo, le haya hecho saber regularmente el motivo de su detención y los derechos y garantías que tiene, por cuanto, desde ese preciso momento tendrá la calidad jurídica de imputado.

7° Lo anterior además se conforma a que la libertad personal es un derecho fundamental, reconocido como garantía constitucional por el N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y configura el fundamento del Estado de Derecho, al instituirse como base de diversos derechos fundamentales, desde luego, al de defensa y al del debido proceso del N° 3 del artículo 19 de la Constitución.

El ejercicio del este derecho fundamental a la libertad personal se encuentra normado constitucional y legalmente, y en ellas se indica la forma en que puede ser restringido; al efecto, en lo que interesa al recurso, el ordenamiento precisa que:

- a) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida en los casos y en la forma determinada por la Constitución y las leyes;
- b) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

En consecuencia y en relación a la restricción o privación de este derecho fundamental, el artículo 5° del Código Procesal Penal, indica que no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

De tal forma que, conforme a la normativa constitucional y legal antes indicada, el juez “a quo” recurrido, para los efectos de determinar si resultaban legítimas o ilícitas las pruebas que devenían de la detención de los inculpados Vinicio Aguilera Mery y Diego Morales Muñoz - luego de examinar las órdenes, el procedimiento de detención de estos imputados, en especial, del acto y oportunidad de la privación de libertad y del derecho de los imputados en ese acto, de la oportunidad de la intimación legal de la orden y de los derechos y garantías que les otorgan en la Constitución y las leyes - le resultó ilustrativo los registros escritos de la oportunidad de las privaciones de libertad y las injerencias sin orden judicial previa efectuadas a los imputados, al ser éstos detenidos y objeto de injerencias antes de la orden de la juez de garantía competente, según los antecedentes que expone en la resolución apelada; y, luego, considerando el “a quo” el contenido, contexto, carácter de las pruebas devenidas de las detenciones , así como las circunstancias en que ellas surgieron, excluyó regularmente aquellas que no podían admitirse, al haber sido obtenidas ilícitamente, por provenir de actuaciones policiales que lesionaron el derecho fundamental a la libertad personal y los derechos fundamentales que de ella devienen, determinadamente, por haber sido efectuadas las detenciones de los imputados con anterioridad a la orden del juez de garantía, teniendo en consideración el derecho de defensa y el del racional y justo proceso, los que en si consideran que, únicamente pueden admitirse aquellas pruebas de cargo en contra de los imputados que se hayan obtenido lícitamente, por provenir de actuaciones lícitas que restrinjan o limiten derechos constitucionales.

Acordada esta resolución con el voto en contra de la ministro Sra. Jessica González, quien en lo referente al recurso de apelación en contra de la resolución que excluyó prueba, estuvo por revocarla parcialmente, e incluir en el auto de apertura del juicio oral, los siguientes elementos de convicción, por los motivos que a continuación se indican:

1°.- Que la inobservancia de garantías constitucionales como causal de exclusión, exige no solo comprobar la ilegalidad de la prueba, esto es, la

infracción de ley en su obtención, sino también requiere que esa infracción normativa pueda vincularse con la afectación concreta a una garantía constitucional.

2°.- Que, respecto a los testigos 542, 543 y 547, Eduardo San Ramón Silva, Luis Sequeida Calderón y Rubén González Vera, en opinión de esta disidente, no se advierte vulneración alguna de garantías constitucionales, desde que han sido excluidos en términos genéricos, aludiendo a que con ello se “merma la estructura del Derecho a defensa” al estar referidos sus testimonios a sucesos de los años 2002 y 2006, respectivamente, sin exponer la infracción legal que permita sustentar la causal constitucional que se acoge. Por otro lado, el contenido y alcance de las declaraciones de los citados funcionarios consta en los registros de la carpeta investigativa y son, por tanto, conocidas por las defensas de los acusados quienes podrán, en la oportunidad procesal pertinente, hacer valer los derechos que el ordenamiento les reconoce en este procedimiento adversarial.

3°.- Que, en lo atinente al peritaje psiquiátrico N° 169, del Dr. Italo Sigala Romele y su informe, según se desprende de los antecedentes proporcionados por los intervinientes en la audiencia de vista del recurso, se trata del examen practicado a Gustavo Fuentes Aliaga, el cual fue sometido por el facultativo de un Servicio Público a ciertas preguntas propias de una entrevista forense, limitada a aspectos formales de individualización e historia personal del periciado, sin abordar hechos de la acusación. Lo anterior, en el claro entendido que el acusado guardaría silencio, lo que así manifestó, quedando consignado en el informe respectivo al igual que las preguntas formuladas por el facultativo. En ese contexto, no se observa lesión al derecho que se esgrime, sobre todo si se tiene presente que la ponderación de la prueba aportada corresponde a los jueces del fondo.

4°.- Que, en cuanto a la evidencia material consistente en fotografías, manuscritos o croquis del día 31 de diciembre de 2.008, esta no se obtuvo con inobservancia de garantías constitucionales por cuanto los documentos existen, se encuentran en originales contenidos en la carpeta fiscal desde el momento

mismo de su realización y a disposición de los intervinientes. No existe norma legal que determine las formalidades del registro que contienen una declaración, por lo que mal puede aducirse para fundar la ilicitud de la prueba la circunstancia de no haberse dejado constancia de la realización de estos croquis por la persona del acusado. Determinar o cuestionar el mérito de la prueba es ajeno a las facultades del juez de control.

5°.-Que, en lo que respecta a la evidencia material que se vincula con la acusada Candelaria Cortés-Monroy Infante, recogida en el inmueble de calle Eleodoro Yáñez, la prueba se obtuvo mediante la diligencia de entrega y registro con autorización de quien en ese momento era el encargado del lugar – hermano de la acusada y también ocupante del inmueble- como lo exige el artículo 205 del Código Procesal Penal, sin que sea dable revisar las situaciones jurídicas o vínculos contractuales que determinan la ocupación o tenencia, pues el legislador, en esta materia, recurre a un concepto amplio y de uso común. Además, no resulta pertinente aplicar en la especie, la norma del artículo 302 del Código Procesal Penal, que prevé una excepción para efectos de no declarar por motivos personales. La hipótesis fáctica del inciso segundo del artículo 217 del citado texto legal, es diversa a la planteada en autos y, la misma norma, en su inciso final de se remite al artículo 205, sin distinción alguna, tratándose de lugares cerrados.

6°.- Que, en cuanto a la pericia de toma de muestra a los acusados Aguilera y Morales, de agosto de 2010, la diligencia cuestionada se ajusta a la legalidad desde que éstos accedieron a ella voluntariamente. Si tratándose de exámenes de carácter intrusivo el artículo 197 inciso segundo del Código Procesal Penal, permite su realización con la sola anuencia del imputado, con mayor razón ha de concluirse que dicho consentimiento resulta suficiente para su legalidad. Por otro lado, la inconsistencia en cuanto a las razones por las cuales se habría solicitado la orden de detención de estos imputados al juez de garantía, no altera lo antes razonado ni torna en ilegal el examen. En opinión de esta disidente el consentimiento, que como consta de la resolución que se revisa, nadie niega, es un acto independiente que no se vicia por la mera

constatación de las horas en que habría tenido lugar el ingreso, detención y examen practicado a Morales y Aguilera, desde que no existen antecedentes, y tampoco se han invocado por la defensa hechos que permitan inferir que estos no estaban en condiciones de resistirse al examen, sobre todo si otros imputados en la misma diligencia se negaron para lo cual el fiscal a cargo requirió la respectiva autorización judicial. En consecuencia, no cabe la exclusión de esta prueba ni de aquella denominada temática de testigos, peritos e informes.

Regístrese comuníquese y archívese.

Rol 1459-2011 (Acumuladas 1498-2011 y 1539-2011)

Redacción del ministro Sr. Jorge Dahm y de la prevención sus autores.

No firma la ministra Sra. Jessica González Troncoso, no obstante haber concurrido al acuerdo, por estar ausente.

Pronunciada por la **Cuarta Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Jorge Dahm Oyarzún e integrada por los Ministros señor Jorge Zepeda Arancibia y señora Jessica González Troncoso.