Santiago, veintiocho de julio de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de uno de junio de dos mil dieciséis, a **FRANCISCO EMANUEL LINCOPIL SÁNCHEZ**, a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la sanción corporal, por su responsabilidad de autor del delito consumado de maltrato de obra a Carabineros, previsto y sancionado en el artículo 416 Bis, N° 2°, del Código de Justicia Militar, perpetrado en la persona de José Patricio Ortiz Sanhueza, el 27 de septiembre de 2015, en la comuna de Conchalí.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el once de los corrientes, según da cuenta el respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

Primero: Que el recurso invoca, de manera principal, la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por contravención a los artículos 19 N°s. 2 y 3 de la Constitución Política de la República, 8 N° 2 letra f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Explica que se excluyó por el tribunal de garantía en la audiencia de preparación de juicio oral, a pesar de la oposición de la defensa, la evidencia ofrecida por esa parte para controvertir el delito de maltrato de obra a carabineros y que correspondía a la grabación efectuada por un familiar que tendía a discutir la imputación, lo cual vulnera el derecho a defensa, la igualdad ante la justicia o igualdad procesal y la bilateralidad de la audiencia y el principio del contradictorio. Refiere que el tribunal para fundamentar la exclusión de la prueba, señaló que frente a la obtención de un medio probatorio

ilícito el Código Procesal Penal “no distingue” si las garantías afectadas son propias del “imputado” o del “Ministerio Público”, criterio que, sin perjuicio de ser errado, desatiende que al obtener la grabación no se ha vulnerado un “derecho a la privacidad de las conversaciones” como indicó el tribunal de garantía, ya que la grabación fue obtenida en el espacio público de una Comisaría, en un lugar de libre acceso al público donde no resulta plausible plantear alguna “expectativa de privacidad” por parte de los funcionarios ahí presentes, menos si esa “privacidad” se esgrime para acometer en contra de un detenido. Pero aun de haber sido cierta alguna infracción a la privacidad –que no lo es- ello hubiese supuesto la interposición de una denuncia por parte del tribunal al haber tomado conocimiento de la comisión de un ilícito susceptible de persecución de oficio, cuestión que no sólo no ocurrió, sino que tampoco hubiese provocado la exclusión de la grabación en comento, ya que el medio que el ordenamiento jurídico ha previsto para sancionar una eventual invasión a la privacidad por parte de un particular es la persecución por el delito cometido al obtener esa prueba, y no su apartamiento del juicio, al ser el tribunal oral el llamado a valorarlo, el que en el caso sub lite precisamente reprochó la falta del mismo antecedente -la grabación- para “corroborar” los dichos del acusado y la testigo presencial de la agresión.

En virtud de esta causal principal solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, y que se disponga que esta causa quede en estado de prepararse el juicio oral para que se desarrolle por tribunal no inhabilitado.

Segundo: Que, subsidiariamente, el recurso esgrime la causal de la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, esto es, cuando al defensor se le hubiera impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, ya que su parte se vio imposibilitada en el juicio oral de contar con una prueba trascendente para acreditar la tesis expuesta frente al delito de maltrato de obra a Carabineros y, además, se le vedó realizar cualquier alusión a la grabación que el tribunal de garantía dejó fuera del auto de apertura de juicio

oral, ya no por su ausencia misma, sino porque el propio tribunal oral así lo ordenó ciñéndose a los efectos propios de la exclusión efectuada. Así, el tribunal conminó a la defensa técnica a no contaminar a los jueces con lo efectuado en otras instancias sino a referirse exclusivamente al testimonio de la testigo que la obtuvo y, de lo anterior deriva que la decisión de condena se desarrolló en posición de desventaja para la defensa material y técnica.

Solicita por esta causal la nulidad del juicio y de la sentencia, disponiéndose el estado en que ha de quedar la causa para ser conocida por tribunal no inhabilitado.

Tercero: Que, en subsidio de las dos anteriores, el arbitrio se sostiene en la causal de la letra e) del artículo 374, en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal.

Expresa que el tribunal llegó, mediante una valoración apartada de los parámetros de racionalidad, a una convicción de la existencia del hecho que no corresponde con la conclusión que se habría obtenido de una racional ponderación de la prueba rendida, porque absolvió de cinco delitos fundado en existir versiones contradictorias de los hechos, siendo aquellas contradicciones insuperables por falta de prueba que corrobore las afirmaciones efectuadas y, simultáneamente, condenó por el delito de maltrato de obra a Carabineros a pesar de haber versiones contrapuestas, del funcionario ofendido y del acusado, y de existir prueba que corrobora la de este último, médica y testimonial, teniendo antecedentes el tribunal de la exclusión del audio referido en las causales anteriores.

Por otra parte, indica que la argumentación del tribunal en orden a desestimar el documento médico de la defensa no resulta comprensible, primero, porque al momento de ser ofrecido en la audiencia de preparación de juicio oral el Ministerio Público no hizo ningún reparo sobre él; segundo, dado que en el juicio oral el Fiscal no cuestionó su autenticidad; tercero, atendido que el aludido documento entregaba información concordante con la versión

del acusado, en cuanto a haber sido golpeado; y, cuarto, toda vez que el fallo no explica cómo entiende que se habrían provocado las lesiones al acusado.

Protesta también porque el doctor Roubaud Tebache señaló que la lesión del funcionario afectado había ocurrido en un dedo diferente del indicado en la acusación, lo cual es relevante atendida la necesidad de corroboración interna, y que el tribunal desechó la información de la testigo, hermana del imputado, reprochándose "falta de corroboración" de su relato en lo referido a la grabación que describió, en circunstancias que el tribunal tenía perfecto conocimiento que existió una exclusión de prueba respecto de aquel registro de audio. Asimismo cuestiona que respecto de los dichos de esta testigo que confirma la versión del acusado, igualmente se haya exigido su corroboración por otro medio.

De la misma forma que respecto de las causales anteriores, solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, disponiéndose el estado en que ha de quedar esta causa para ser conocida por tribunal no inhabilitado.

Cuarto: Que, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de las causales esgrimidas, el recurrente incorporó como prueba el registro de audio de la audiencia de preparación de juicio oral, de fecha 23 de marzo de 2016, llevada a cabo ante el 2° Juzgado de Garantía de Santiago, específicamente el lapso en el que se ofrece y discute la admisibilidad de la grabación aludida en la causal principal y subsidiaria del recurso.

Quinto: Que la sentencia impugnada, en su basamento 33° tuvo por acreditado el siguiente hecho: "*el día 27 de septiembre de 2015, una vez detenido el acusado y encontrándose al interior de la unidad policial correspondiente a la Quinta Comisaría de Conchalí, agredió con golpes de pie en la mano al funcionario de Carabineros, en ejercicio de sus funciones, Sargento Primero José Patricio Ortiz Sanhueza causándole 'mallet finger dedo meñique izquierdo, rotura de ligamento' de carácter grave.*"

Este hecho fue calificado como delito de maltrato de obra a Carabineros en ejercicio de sus funciones que describe y sanciona en el artículo 416 bis, N° 2°, del Código de Justicia Militar.

Sexto: Que en relación a la causal principal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, cabe apuntar que, como reiteradamente ha dicho esta Corte, el recurso de nulidad está regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal; por consiguiente, para su procedencia deben concurrir sus presupuestos básicos, entre los cuales se encuentra el llamado "principio de trascendencia" que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal, en virtud del cual la trasgresión que sustente un recurso de la naturaleza como el de la especie, debe constituir un atentado de entidad tal que importe un perjuicio al litigante afectado que se traduzca en un resultado lesivo para sus intereses en la decisión del asunto, desde que exige que el defecto denunciado tenga influencia en la parte resolutiva del fallo (SSCS Rol N° 12.885-15 de 13 de octubre de 2015 y Rol N° 5363-16 de 3 de marzo de 2016). Así, se ha resuelto también que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso y, en el caso sub judice, el derecho a defensa (SSCS Rol N° 2866-2013 de 17 de junio de 2013, Rol N° 4909-2013 de 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4554-14 de 10 de abril de 2014, Rol N° 6298-15 de 23 de junio de 2015 y Rol N° 5363-16 de 3 de marzo de 2016).

Séptimo: Que para definir la relevancia o incidencia en el pronunciamiento atacado de la prueba excluida, resulta indispensable entonces examinar si tiene la "virtualidad", es decir, la cualidad o propiedad para producir el efecto -aunque no lo produzca-, de alterar lo decidido por los jueces de la

instancia, ya sea porque su consideración podría haber conducido a la absolución del imputado, al impedir dicha probanza alcanzar convicción más allá de toda duda razonable sobre la perpetración de los hechos imputados o sobre la participación del encartado en la forma planteada en la acusación, o hubiese permitido demostrar hechos o circunstancias que configuran una causal de justificación, de inculpablidad, una excusa legal absolutoria, o un motivo de extinción de responsabilidad penal, etc.; o, en cambio, porque hubiese conducido a imponer una pena inferior al sentenciado, al permite acreditar mediante ella los elementos de una circunstancia privilegiante o atenuante, o de un estado de desarrollo del delito imperfecto o de una participación sancionada con menor pena que la autoría.

Sopesar si en definitiva la prueba excluida conduce o no a acreditar o demostrar las circunstancias referidas, es una cuestión privativa de los jueces de la instancia, sin embargo, el principio de trascendencia obsta anular juicios y sus consecuentes sentencias por una errónea exclusión de prueba, si ésta ni siquiera ostentaba la virtualidad de alterar la decisión impugnada.

Octavo: Que, en ese orden, cabe primero abocarse al examen del contenido de la prueba excluida, esto es, un registro de audio.

Al respecto, debe mencionarse que el recurrente no reproduce esa grabación ante esta Corte como se lo permitía el artículo 359 del Código Procesal Penal, ni tampoco en su libelo realiza una transcripción de lo que se puede oír de ese registro, de manera que no se tiene conocimiento fidedigno de su contenido. Así, en el arbitrio únicamente se reseña que se trata de una "*grabación efectuada por un familiar que tendía a discutir la imputación*", familiar que sería la hermana del acusado, Elia Raquel Lincopil Sánchez, quien declaró en el juicio, y cuya deposición se reproduce en el motivo 7° del fallo, en el que señala respecto del contenido de la grabación que en la Comisaría "*...escuchó gritos y se acercó y escuchó a su hermano que decía que no le pegaran y ellos se reían. Ella grabó lo que pasó y salieron cuatro Carabineros,*

sobándose las manos y se mofaban con él, decían que 'ya le pegamos al huevón', 'no quería sacarse las zapatillas' y uno dijo que le pasó a llevar el dedo pero no le dolió, mientras que otro señaló 'hagámosle ficha al huevón y lo cagamos', al que identificó como José Patricio, porque así lo nombraban los demás … Arguyó que esa grabación mostraba cuando se estaban mofando los Carabineros … grabó en audio con su celular. Lo que pasó cuando ellos estaban en una sala, en la primera sala, donde estaban riéndose. Empezó a grabar cuando comenzó a sentir los gritos, entonces ella se fue acercando más al lado donde estaba gritando su hermano, ahí salieron los cuatro Carabineros y se corrió a un asiento y ellos siguieron hablando en una pieza cuando llegó una carabinera a la que le contaron lo que había pasado y yo seguía grabando. La apagué cuando me dirigí a hablar con ellos para pedir ver a mi hermano y no me dejaron verlo."

Por otra parte, en la audiencia de preparación del juicio oral, al ofrecer la defensa como prueba el registro de audio en cuestión, expresó que en éste se muestra que "*los carabineros estarían diciendo al parecer cosas relacionadas que desvirtúan la agresión del imputado hacia carabineros".*

De todo lo anterior, cabe colegir que en la grabación ofrecida "supuestamente" -conviene poner el acento en ello- se habrían registrado gritos del imputado mientras éste se encontraba en el calabozo de la unidad policial, en los que pedía no ser golpeado, y comentarios de los carabineros al salir de ese lugar en que reconocerían haber agredido al acusado y su intención de perjudicar a éste haciéndole una "ficha".

Noveno: Que, ahora bien, respecto de ese supuesto contenido de la grabación, y sin detenerse en que a la magistrado de garantía se le entregó una información notoriamente incompleta sobre el punto por la defensa -"*los carabineros estarían diciendo al parecer cosas relacionadas que desvirtúan la agresión del imputado hacia carabineros"-,* el recurrente ha aseverado que el contenido de ese registro permitía "*controvertir el delito de maltrato de obra a*

carabineros", "tendía a discutir la imputación", "probanza para controvertir o desacreditar la imputación del Ministerio Público", "el medio probatorio excluido a la defensa se refería de modo pertinente a una cuestión material sobre la efectividad o no de los hechos de que debía conocer posteriormente el tribunal oral en lo penal", precisando luego bajo el epígrafe "*perjuicio*", que "*De no haberse incurrido en la infracción denunciada la defensa hubiese podido contar con un medio probatorio pertinente al hecho acusado … y con el cual, entonces, la decisión del tribunal hubiese sido necesariamente diferente pues no hubiese condenado por el delito de maltrato de obra sino que habría dictado un fallo absolutorio, no imponiéndose condena alguna*".

Como se advierte, principalmente de lo expuesto al explicar el perjuicio causado a su parte por la infracción denunciada, el recurso postula que la prueba excluida tiene la virtualidad de conducir a la absolución del acusado, pero no ilustra de modo alguno, ni siquiera someramente, de qué modo se habría llegado a ese veredicto. En efecto, no precisa el arbitrio si los hechos o dichos captados permiten demostrar que el acusado no "*agredió con golpes de pie en la mano al funcionario de Carabineros"* como lo establece el fallo, lo cual, por lo demás iría en contra de lo declarado en el juicio por el propio encartado al referir que al intentar sacarle los carabineros sus zapatillas se puso a dar patadas, circunstancias en que se produjo la lesión, según se consigna en el considerando 4°. Tampoco el recurso aclara si, en su parecer, la agresión del acusado al carabinero está cubierta por alguna causal de justificación, como legítima defensa u otra excluyente de la antijuridicidad, o por un motivo de inexigibilidad de otra conducta. En este punto debe repararse en que el supuesto contenido del audio, ateniéndose por las razones ya expuestas a la descripción que del mismo hace quien lo grabó, ni siquiera permitiría esclarecer la dinámica o sucesión de los hechos, es decir, no sirve para dilucidar si el acusado agrede al carabinero con motivo u ocasión del ataque previamente iniciado por éste y sus acompañantes de manera inmotivada e

injustificada, o si éstos responden a una agresión previa, igualmente inmotivada e injustificada, pero del imputado, caso este último que ameritaría la persecución de los funcionarios policiales para determinar su responsabilidad administrativa y penal, pero no conllevaría necesariamente la exclusión de responsabilidad penal del acusado por las lesiones causadas.

Décimo: Que, así las cosas, el recurrente no ha ilustrado ni justificado, ni en su libelo ni en sus alegatos ante esta Corte, de qué manera el supuesto contenido de la grabación de audio tiene la virtualidad de conducir a la absolución del acusado, como sí se afirma en el recurso esto último, potencialidad que por lo demás esta Corte tampoco advierte por las razones ya indicadas.

Undécimo: Que en cuanto el recurso arguye que la sentencia, en el basamento 37°, reprocha a la defensa no haber incorporado al juicio el registro de audio que corroborara la versión de la testigo Eliana Lincopil Sánchez en cuanto a la existencia de la agresión de carabineros que acusa el imputado, cabe advertir que los jueces no desestiman la credibilidad y lógica de la versión de este último en torno a esa agresión únicamente por la falta de corroboración del testimonio de Eliana Lincopil, al cuestionarse respecto de éste, a su vez, la falta de ratificación por la grabación de audio, sino que el fallo manifiesta además en el mismo razonamiento 37° que *"no es lógico ni creíble que desaparecido el ambiente hostil que describe la defensa, un individuo con capacidad e inteligencia, no reclamó de inmediato por el trato vejatorio, por las lesiones, si alguna hubiese sufrido a propósito de su detención, por lo que no resulta convincente que habiendo sido sometido a diversos golpes por parte de Carabineros al interior de una Comisaría, aquello no lo haya delatado a su defensa, y que conducido ante el Tribunal de Garantía, no haya expresado haber sido víctima de apremios o golpes, sino que, por el contrario, se presentó sin protestas. Aún más, en una época posterior, tampoco realizó denuncia alguna en contra de los funcionarios que estarían involucrados en su ataque, ni*

aun cuando contaba con un informe que daría cuenta de las lesiones provocadas." Igualmente se refiere que, en relación a la prueba documental incorporada por la defensa con el objeto de acreditar las lesiones ocasionadas al imputado por los carabineros, ésta "*sólo da cuenta de lastimaduras que presentaba Francisco Lincopil Sánchez al momento de su examen el 3 de octubre de 2015, sin que sea posible extraer otras conclusiones ya que no ha comparecido a avalarlo y explicarlo quien auscultó y expidió dicho instrumento; falencia que privó al Tribunal del auxilio consultivo que la materia, en razón de su especificidad exigía; así, no se pudo contar con los conocimiento médicos precisos que posibilitaran al Tribunal descartar otras posibilidades de etiología de las lesiones, establecer con certeza su entidad a más de recabar los antecedentes ciertos y anamnesis recogidos por el informe*."

Es decir, la falta de lógica y credibilidad de la versión del acusado que le atribuye la sentencia, no se habría subsanado mediante la mera incorporación al juicio del audio en cuestión -si se está a la descripción de su contenido que realiza la hermana del imputado-, pues el fallo igualmente atribuye ese déficit de lógica y credibilidad al hecho de que el acusado no realizara reclamo alguno sobre la supuesta agresión al ser presentado al tribunal luego de su detención, tampoco con posterioridad, incluso después de haberse constatado lesiones por un médico, lo que, por lo demás, destaca el fallo, ocurre sólo el 3 de octubre de 2015, es decir, siete días después de la agresión de 27 de septiembre. También acentúa la sentencia que ese facultativo no comparece a deponer en el juicio -al no ser ofrecido por la defensa como testigo o perito-, lo que impidió -como el mismo fallo asevera- "*descartar otras posibilidades de etiología de las lesiones, establecer con certeza su entidad a más de recabar los antecedentes ciertos y anamnesis recogidos por el informe",* es decir, no fue posible descartar que la causa de la fractura no tuviera otro origen distinto a la supuesta agresión ocurrida siete día antes.

Duodécimo: Que, entonces, dado que no se ha explicado ni demostrado por el recurrente que la prueba excluida en la audiencia de preparación de juicio oral haya tenido siquiera la virtualidad de conducir a la absolución del imputado en el juicio oral, la infracción que pudo haber cometido el tribunal de garantía al adoptar esa determinación carece de la trascendencia necesaria para invalidar el juicio y la sentencia impugnada, motivo suficiente para desestimar la causal principal del arbitrio.

Décimo tercero: Que en relación a la primera causal subsidiaria de la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, por fundarse básicamente en los mismos hechos ya analizados a propósito de la causal principal, deberá ser desestimada por las razones ya desarrolladas en los considerandos precedentes.

Décimo cuarto: Que en cuanto a la segunda causal subsidiaria del recurso afincada en la letra e) del artículo 374, en relación a los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, cabe detenerse en el estudio de cada uno de los reclamos particulares que la componen.

En primer término, si bien la sentencia absuelve al imputado de los cargos formulados por los delitos de lesiones y amenazas al estimar que se entregaron por las víctimas y testigos versiones contradictorias sobre la forma en que se produjeron los hechos, tales diferencias son advertidas por el tribunal en los dichos de los propios testigos de cargo, a diferencia de lo alegado en el recurso, esto es, la contradicción de la versión de los testigos de cargo -incluyendo la víctima- frente a la del imputado y los testigos de la defensa, tratándose, huelga explicar, de situaciones no equiparables y que, por ende, no tienen necesariamente que conducir a las mismas conclusiones respecto de los hechos que se tienen por acreditados o no acreditados en base a dichas probanzas. Sin perjuicio de lo anterior, cabe notar que en esta parte el recurrente, más que cuestionar la valoración de la prueba que efectúa el tribunal para tener por demostrado el delito de maltrato de obra a carabineros y

la autoría del acusado, protesta porque no se reproducen los razonamientos y no se alcanzan las conclusiones a que arriba el tribunal al apreciar la prueba rendida por las partes respecto de los delitos en que fue absuelto, protesta que en esos términos resulta inaceptable, pues se trata de distintos medios probatorios, incorporados en base a diferentes exámenes y contra exámenes de las partes, y para acreditar diversos hechos, por lo que no puede pretenderse que mecánicamente los jueces hayan debido concluir respecto del delito en estudio lo estimado en relación a los demás objeto de absolución.

Respecto del cuestionamiento del tribunal en lo tocante al documento médico incorporado por la defensa, que el Ministerio Público no haya objetado su ofrecimiento en la audiencia de preparación de juicio oral ni su autenticidad en el juicio, no tiene ningún efecto vinculante para el tribunal, desde que no se alcanzó convención probatoria sobre los hechos y circunstancias de que daba cuenta, de manera que recaía sobre los jueces determinar, fundadamente como lo hicieron, el valor que darían a los mismos. En ese orden, aun cuando el documento hubiera entregado información concordante a la versión del acusado, quedaba a los jueces su apreciación, la que hicieron justificando las razones por las que estimaron que el certificado no permitía determinar el origen de las lesiones que informaba -principalmente por no haber comparecido al juicio el facultativo que lo emite-. Engarzado a lo anterior, dado que el tribunal no tuvo por acreditado que la fractura de que da cuenta el certificado médico hubiese sido causada al imputado el 27 de septiembre de 2015, no resulta pertinente exigir al tribunal -como lo hace el recurso- que explique en su fallo cómo se causaron entonces esas lesiones.

En lo concerniente a que el doctor Roubaud Tebache señaló que la lesión del funcionario había ocurrido en un dedo diferente del indicado en la acusación, tal circunstancia, que el tribunal explicó por el tiempo transcurrido, no tienen relevancia si en definitiva no se niega la agresión y la lesión de uno

de los dedos de la misma mano, como no lo hace el acusado en su declaración prestada en el juicio.

Finalmente, el que el tribunal supiese que se había excluido en la audiencia de juicio oral que se excluyó una prueba de audio, no constituye un elemento que permitiera arribar a ninguna conclusión al seguir siendo desconocido el contenido de dicho registro y, en cuanto al requerimiento de corroboración sobre los dichos de la testigo -Eliana Lincopil- para que ésta, a su vez, permitiera corroborar la versión del acusado, dado precisamente el vínculo de parentesco entre la testigo y el acusado, resulta esperable la exigencia planteada en la sentencia -un dato o antecedente "*independiente"* que pudiera dar credibilidad a su relato- y que, por ende, no infringe ninguna regla de la sana crítica.

Por las razones anotadas, no se advierten defectos en la exposición de la valoración de la prueba con que el tribunal tuvo por acreditados los hechos imputados al encartado que sean constitutivos del motivo absoluto de nulidad de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, deberá también ser desestimado este motivo subsidiario del arbitrio.

Décimo quinto: Que, en síntesis, no habiéndose constatado alguna infracción sustancial a los derechos y garantías que se denuncian como vulnerados en el arbitrio, ni tampoco los motivos absolutos de nulidad invocados, necesariamente deberá ser desestimado el recurso.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a) y 374 letras c) y e) del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado **FRANCISCO EMANUEL LINCOPIL SÁNCHEZ**, contra el juicio y la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de uno de junio de dos mil dieciséis, dictada en la causa RUC Nº 1500921786-7 y RIT Nº 190-2016, los que, por ende, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo

por acoger la causal principal del recurso de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, por anular el juicio y la sentencia, ordenando la celebración de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, incluyendo en el auto de apertura la prueba de audio ofrecida por la defensa del acusado, por las siguientes consideraciones:

1°) Que, en un primer orden, la prueba de audio excluida sí tiene trascendencia en lo resuelto por el tribunal del grado, pues éste, en su motivo 37° afirma que la versión del imputado respecto de la agresión por carabineros no se encuentra corroborada por otros medios de prueba, entre los que menciona al testimonio de Eliana Lincopil, respecto de la cual, a su vez, expresa que sus asertos -coincidentes con los del acusado- no están corroborados por algún dato o antecedente independiente que pudiera dar credibilidad a su relato, señalando que "*sería un elemento fundamental para su versión de los hechos*" el haber aportado la grabación. De esa manera, el propio fallo explicita la relevancia y, por ende, la trascendencia de esa grabación para haber respaldado la versión de la testigo y, con ello, la del acusado, la que tenía aptitud entonces para crear una duda razonable en los jueces sobre la forma en que ocurrieron los hechos que condujera a la absolución del encartado.

2°) Que, sentada la trascendencia en lo decidido por el tribunal de fondo de la prueba excluida en la audiencia de preparación de juicio oral, el fundamento esgrimido por la magistrado de garantía para resolver tal exclusión, según se conoció con la prueba de audio introducida por la defensa de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, obedece a la vulneración de garantías de los carabineros al grabarse una conversación de éstos en la Comisaría.

3°) Que tal razonamiento resulta vulneratorio del derecho de defensa del imputado y, con ello, del debido proceso, primero, porque la magistrado de garantía no menciona qué garantía de los policías habría sido vulnerada y, aun

suponiendo, que alude al derecho a la privacidad, tampoco refiere que la conversación se haya llevado por los policías de un modo o en un entorno privado o reservado en el que los interlocutores buscaran excluir a terceros del conocimiento de sus dichos y en el que éstos pudieran albergar una expectativa de privacidad, y al cual hubiera accedido subrepticia o ilícitamente la testigo, de manera de entender que esa conversación ostentara un "carácter privado" (extremo demandado por el delito del artículo 161-A del Código Penal al que alude la jueza en su resolución) sino al contrario, lo único que le constaba, por la escueta información entregada por las partes en esa audiencia como demuestra la prueba rendida al respecto, es que la grabación se obtiene en la unidad policial en el contexto de la detención, por lo tanto, sólo había elementos de que se trata de dichos proferidos por carabineros durante el desempeño de sus funciones públicas, en un recinto público, y en un sector del mismo en el cual la testigo podía permanecer como familiar de un detenido que allí se mantenía -es decir, de acceso al público-.

4°) Que, de ese modo, sin perjuicio que en opinión de este disidente ni siquiera en el caso contrario se autoriza la exclusión de la prueba de la defensa ilícitamente recabada si ella evita la condena de un inocente -fin último, en definitiva, de todas las garantías del proceso penal moderno-, lo relevante es que en el caso sub judice la jueza de garantía no contaba con elemento alguno para aseverar que la grabación de los dichos de los carabineros afectaba de algún modo su derecho a la privacidad u otra garantía que justificase la exclusión decretada, por lo que al así resolverlo vulneró sustancialmente el derecho de defensa y el debido proceso garantizado al imputado por nuestra Carta Fundamental, por lo que debe acogerse la causal principal del recurso de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la disidencia su autor.

Rol Nº 35552-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de julio de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.