

Santiago, trece de octubre de dos mil veintidós.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos cuarto a sexto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que, en primer término, es preciso señalar que la norma del artículo 197 del Código Procesal Penal se encuentra ubicada en el Libro Segundo del “Procedimiento Ordinario”, Párrafo 3° de las “*Actuaciones de la investigación*” y, por ende, se encuentra regulada con anterioridad a la formalización de la investigación, normada en los artículos 229 y siguientes del mismo cuerpo normativo, situado dentro del Párrafo 5° del referido Libro Segundo.

SEGUNDO: Que tal distinción no resulta baladí, por cuanto conforme a ella no resulta aplicable, para los efectos de solicitar y decretar un examen corporal de aquellos referidos en el artículo 197 del Código Procesal Penal, la obligación de formalizar previamente la investigación contenida el artículo 230 inciso 2° de dicho código.

Reafirma lo anterior, la circunstancia de tratarse de una medida intrusiva respecto de la que el legislador únicamente exige para su otorgamiento –*en el inciso 3° del citado artículo 197*–, que el juez de garantía verifique que tengan por objeto constatar circunstancias relevantes para la investigación y que, de su concesión, no resultare menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

TERCERO: Que, además, y al tratarse de una actuación del procedimiento que perturba el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura al recurrente, ésta requiere de una autorización judicial previa –*conforme lo dispone el artículo 9*



del Código Procesal Penal-, la que será concedida solo tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia.

CUARTO: Que de la revisión de la resolución que concedió la medida intrusiva cuestionada, se sigue que la misma se hizo cargo de todas y cada una de las exigencias que las disposiciones antes citadas contemplan para su procedencia. A saber, determinó que la diligencia resultaba indispensable para el éxito de la investigación pues *“el examen corporal y la posterior prueba pericial la que se someta la muestra desde el punto de vista científico es un medio idóneo para determinar la pertinencia de vestigios biológicos con un alto grado de fiabilidad (...) lo anterior teniendo presente, además, que los datos hasta ahora reunidos invocados por el persecutor en el caso dicen relación con hallazgo de cabezas de espermatozoides (...)muestras respecto de las que se pueden extraer y determinar ADN y de las que se obtuvieron en las vestimentas y cuerpos del niño, unido a la circunstancia de que el imputado actualmente mantiene una investigación actual por un delito sexual unido a las expresiones proferidas por dicho imputado a la ofendida; adicionalmente se tiene presente el patrón de comportamiento sexual que ha sido informado que es poco habitual por parte de éste, zoofilia, según se informó por parte de la madre de la víctima”*.

En el mismo sentido, sostuvo que la misma es la menos invasiva, por lo que con ella *“no se afecta el derecho a la salud ni su dignidad puesto que objetivamente aquella no ocasiona sufrimiento a la persona afectada y tampoco su dignidad en atención a la forma de realización, el instrumento utilizado, la zona afectada provocando solo la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de*



muestra”.

Finalmente, y en cuanto a la urgencia de su otorgamiento argumentó que *“en el presente caso se trata de salvaguardar la persecución penal, en atención a la gravedad del hecho investigado, esto es, la desaparición de un niño y el posterior hallazgo de su cuerpo, el interés social en el descubrimiento del hecho y, además, en relación a la víctima en cuanto a que permite cumplir respecto de ésta el derecho a la tutela judicial efectiva para perseguir el castigo de los culpables a través de los medios establecido en la ley”.*

QUINTO: Que, por lo demás, y aun cuando se estimaré que resulta aplicable en la especie la obligación de formalizar previamente la investigación contenida el artículo 230 inciso 2° del Código Procesal Penal, no es posible obviar la propia frase final de este último precepto, en cuanto exceptúa de tal carga a aquellos *“casos expresamente previstos por la ley”*, dentro de los cuales, y como ya latamente se argumentó en los fundamentos que anteceden, se encuentra la realización de exámenes corporales.

SEXTO: Que, por las razones antes expuestas, esta Corte estima que la resolución impugnada fue dictada por autoridad competente, en un caso previsto por la ley, encontrándose además debidamente fundada, lo que descarta la existencia de ilegalidad en su emisión.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política, **se confirma** la sentencia apelada de veinticuatro de septiembre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción, en el Ingreso Corte N° 423-2022.

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



revocar el fallo en alzada y, en consecuencia, por acoger la acción constitucional intentada en autos y dejar sin efecto la resolución de 9 de septiembre de 2022, pronunciada en el RIT 255-2021 por el Juzgado de Garantía de Arauco, que dispuso la realización de exámenes corporales respecto del amparado, en virtud de los siguientes fundamentos:

1º) Que el recurso de amparo que regula el artículo 21 de la Constitución Política de la República no ha sido establecido sólo para la protección de la libertad personal de las personas, sino que también para quien sufra cualquier privación, perturbación o amenaza en su seguridad individual, facultándose a la magistratura para disponer las medidas que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Al efecto, el juez de garantía es el encargado de cautelar los derechos de quien ha sido objeto de la imputación de haber cometido un delito que, como en la especie, ha rehusado la práctica de una diligencia que según el representante del Ministerio Público, corresponden a exámenes corporales. Este sujeto que por la sola circunstancia de estar sindicado como posible autores o partícipe de la comisión de un hecho delictivo, puede ser compelidos por la fuerza a someterse a diligencias intrusivas deber ser amparado por el juez de garantía o por la magistratura superior, en su caso, del abuso de poder o de las decisiones arbitrarias que pongan en riesgo su integridad física o mental, en relación a la garantía de su seguridad individual.

En el escenario descrito, no es posible restringir el recurso de amparo deducido al punto de aseverarse que sus fundamentos resultan ajenos a la acción impetrada, puesto que desde luego, como pasa a analizarse, lo que se ha



dispuesto, es una medida que va dirigida contra la seguridad personal del recurrente.

2º) Que, como se lee de la resolución impugnada dictada en audiencia de nueve de septiembre del año curso, el tribunal autorizó la diligencia consistente en la práctica de exámenes corporales respecto del amparado *-específicamente la toma de muestras corporales por medio de la técnica de hisopado bucal-*, de conformidad a lo prevenido en el artículo 197 inciso 2º del Código Procesal Penal.

3º) Que el juez recurrido para fundar el otorgamiento de la medida intrusiva en comento, tuvo en consideración los siguientes fundamentos:

“(...) cabe hacer frente a los cuestionamientos de la defensa planteados, en relación a la inexistencia de antecedentes que vinculen al imputado con el presente caso, la afectación a la dignidad y, además, la negativa manifestado por el curador ad- litem para los efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos legales y la procedencia de la medida solicita, el tribunal resolverá la solicitud ponderando los intereses que entrar en conflicto, a saber, el interés del imputado y la finalidad perseguida, esto es el interés público la persecución y castigo del delito lo que conlleva a la aplicación del juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; en relación al juicio de idoneidad o adecuación, se debe determinar que la medida sea útil, esto es, que sirva objetivamente para constatar circunstancias relevantes para la persecución y castigo del delito, es decir, el ejercicio del ius puniendi del Estado; lo anterior se traduce entonces en efectuar un análisis objetivo de la medida en cuanto permite o no alcanzar el resultado, estimando que en este sentido resulta útil pues el examen corporal y la posterior prueba pericial la que se someta la muestra desde



el punto de vista científico es un medio idóneo para determinar la pertinencia de vestigios biológicos con un alto grado de fiabilidad y, en consecuencia, contribuye a la constatación de circunstancias relevantes para la investigación; lo anterior teniendo presente, además, que los datos hasta ahora reunidos invocados por el persecutor en el caso dicen relación con hallazgo de cabezas de espermatozoides, afirmando en esta audiencia el sr. fiscal respecto de que existen de acuerdo a lo referido en el respectivo laboratorio, muestras respecto de las que se pueden extraer y determinar ADN y de las que se obtuvieron en las vestimentas y cuerpos del niño, unido a la circunstancia de que el imputado actualmente mantiene una investigación actual por un delito sexual unido a las expresiones proferidas por dicho imputado a la ofendida; adicionalmente se tiene presente el patrón de comportamiento sexual que ha sido informado que es poco habitual por parte de éste, zoofilia, según se informó por parte de la madre de la víctima. Con fundamento en dicha información el tribunal estima que la medida también aparece adecuada para la consecución del fin propuesto”.

4°) Que, en la audiencia de rigor y pese a haberse requerido por la defensa al tribunal que se fijara al Ministerio Público un plazo para formalizar la investigación respecto del amparado, por el ilícito en cuyo mérito se solicitó la diligencia, el tribunal accedió a la medida intrusiva ya detallada argumentando que bastaría para ello con mantener el sujeto pasivo de la misma la calidad de imputado.

5°) Que si bien en la actualidad no es discutido por la jurisprudencia de esta Corte (como dan cuenta, entre otros, los pronunciamientos Roles N° 3.532-2014, de 16 de abril de 2014; N° 15.163-2018, de 10 de octubre de 2018 y; N°127.456-



2020, de 27 de mayo de 2021) que la calidad de imputado se adquiere al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal “*desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*”, concepto que es definido expresamente por el legislador en el inciso segundo del mismo artículo al disponer que “*se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a un persona responsabilidad en un hecho punible*”; no es menos cierto que los hechos por los que se ha accionado de amparo dan cuenta de que el amparado se negó a los exámenes corporales ordenados por el Fiscal, razón por la cual éste debió solicitar autorización al juez de garantía respectivo, como prescribe el artículo 197 inciso segundo del Código Procesal Penal.

6°) Que, en tales circunstancias, se ha verificado en el caso en estudio la hipótesis del inciso segundo del artículo 230 del Código Procesal Penal, precepto que contempla como consecuencia forzosa para el Fiscal que desee insistir en las diligencias investigativas del citado artículo 197 *-sin el consentimiento del imputado-*, la obligación de formalizar la investigación, actuación que, como ya se dijo, no se verificó en la especie.

Al haberse prescindido de ese trámite se ha incurrido en una ilegalidad, puesto que la formalización, en cuanto comunicación de hechos atribuidos al imputado, constituye un acto de información vital para su adecuada defensa y, además, permite circunscribir los actos de la investigación.



Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte, entre otros, en el pronunciamiento Rol N° 27.927-2014, de 11 de noviembre de 2014.

7º) Que, por otra parte, es preciso señalar que el artículo 197 inciso 2º del Código Procesal Penal, que ha sido la norma esgrimida por el Juez recurrido para disponer la práctica de la medida intrusiva arriba descrita, ordena, en relación a los exámenes corporales, que: *“Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.*

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.”

Conforme a ello, para otorgar la autorización respectiva, el juez de garantía debía verificar la concurrencia de las condiciones indicadas en el inciso primero del precepto en estudio, esto es, su carácter de necesaria para constatar circunstancias relevantes en la investigación y que no afectara la dignidad del imputado.

8º) Que, en tal sentido, debe tenerse en consideración que, conforme a la pericia psicológica aportada por la defensa –*emitida con fecha 19 de agosto de 2022*- aparece que el imputado padece de una discapacidad mental/psíquica del



70% debido a que se le ha diagnosticado un retraso mental moderado y un deterioro orgánico cerebral, habiéndosele designado un curador ad litem, quien se negó a la práctica de la diligencia intrusiva a su respecto.

9°) Que, en tales circunstancias, al ordenarse que se practique una toma de muestra mediante una técnica invasiva, como lo es el hisopado bucal, se está obligando al amparado a realizar una acción que él no desea, sin considerar además, su situación de discapacidad mental que le impide comprender los objetivos mismos de dicha diligencia, afectando con ello su dignidad, lo que resulta contrario a la normativa internacional recogida en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular a lo preceptuado en sus artículos 14 y 17.

10°) Que, por otra parte, es menester señalar que de la lectura de la resolución en contra de la que se acciona, no se divisa la urgencia y necesidad de la diligencia intrusiva solicitada, requisito indispensable para el otorgamiento de una medida que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, en cuanto los peritajes relativos a la muestras de ADN recogidas desde el cuerpo y las vestimentas del ofendido –*antecedentes invocados por el ente persecutor como fundamento de su petición*- aún se encuentran pendientes.

11°) Que, en tales circunstancias, es factible concluir que no sólo se ha infringido la obligación general de fundamentación que ordena el artículo 36 del Código Procesal Penal, sino que también aquella que exige específicamente la norma en estudio (Art. 197 del Código Procesal Penal) en torno a la necesidad de la diligencia pedida para constatar circunstancias relevantes para la



investigación, por lo que, en consecuencia, se ha incurrido en una actuación ilegal y a la vez arbitraria, porque se ha procedido sin razón aparente, obrándose fuera del marco constitucional.

12º) Que, por último, refuerza el principio general de que las diligencias intrusivas que afecten derechos fundamentales pueden ser decretadas previa autorización del juez una vez formalizada la investigación y previa autorización judicial, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 236 del Código antes citado, en cuanto dispone que determinadas diligencias intrusivas pueden decretarse sin conocimiento del afectado aún antes de la formalización; pero a la vez estatuye que ello tiene lugar exclusivamente cuando se cumplen los requisitos que dicha norma establece, los que, como anteriormente se dijo, no concurren en la especie.

Acordada, asimismo, con el voto en contra de la Ministra Sra. Letelier, quien estuvo por revocar el pronunciamiento impugnado y, consecuencialmente acoger el recurso de amparo interpuesto en autos, teniendo únicamente presente para ello que en la especie no se encuentra acreditado *–por ahora–* que se trate de un caso urgente en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la investigación, requisito exigido por el artículo 9 del Código Procesal Penal para el otorgamiento de una medida intrusiva que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, en cuanto de los anteces expuesto en estrado fluye que los peritajes relativos a la muestras de ADN recogidas desde el cuerpo y las vestimentas del ofendido aún se encuentran pendientes, una de ellas en un país extranjero.

Regístrese y devuélvase.



Rol N° 115.031-2022.

Pronunciada por la Segunda Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S. y Sra. María Teresa Letelier R. No firma la Abogada Integrante Sra. Tavorari, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



En Santiago, a trece de octubre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

