

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

ROBO CON INTIMIDACIÓN

PUBLICACIÓN EN RED SOCIAL “FACEBOOK”. I. PUBLICACIÓN EN “FACEBOOK” BAJO UN PERFIL PÚBLICO. NO SE PUEDE TENER UNA RAZONABLE EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD SOBRE EL CONTENIDO DE UN PERFIL PÚBLICO. PROCEDENCIA DE ACCEDER A LAS FOTOGRAFÍAS SUBIDAS POR LOS IMPUTADOS EN UN PERFIL PÚBLICO DE FACEBOOK. RESPETO DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD DEL HOGAR Y DE TODA FORMA DE COMUNICACIÓN PRIVADA. II. EMISIÓN DE ORDEN DE INVESTIGAR DE CARÁCTER AMPLIO POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO. MINISTERIO PÚBLICO AL INSTRUIR LA INVESTIGACIÓN DE UN ILÍCITO NO REQUIERE MENCIONAR CADA UNA DE LAS DILIGENCIAS A REALIZAR. PROCEDENCIA DE RECOPIRAR INFORMACIÓN EN FUENTES DE ACCESO PÚBLICO.

HECHOS

Tribunal del Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por delitos de robo con intimidación. Defensas de condenados recurren de nulidad, la Corte Suprema rechaza los recursos deducidos.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *3-2017, de 27 de febrero de 2017*

PARTES: *Ministerio Público con Alfredo Castillo Morales y otro*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Sra. Andrea Muñoz S. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- En el nivel actual de masificación y penetración del uso de la red social Facebook en nuestra sociedad, tanto a nivel individual como institucional –no puede pasarse por alto que el Poder Judicial de Chile como la Defensoría Penal Pública cuentan con páginas de Facebook–, resultan hoy un hecho público y notorio las características básicas de funcionamiento de dicha red, entre las que interesan, que Facebook admite diversas configuraciones de privacidad para la información subida por los usuarios a sus cuentas personales, de modo que según el nivel de visibilidad de dicho contenido*

que haya decidido el propio usuario, estará visible para más o menos gente. Pues bien, uno de esos niveles de visibilidad corresponde al de “público”, lo que importa que cualquier persona puede acceder libremente al contenido que el propio usuario ha incluido dentro de esa categoría, a diferencia del material que se publica de manera restringida para que sea conocido sólo por determinadas personas según los elija o defina el usuario, caso en el que un tercero o extraño interesado en conocer esa información, deberá efectuar una solicitud al titular de la cuenta para que éste le permita el acceso a la misma. Así, el material –texto, fotografías, videos, etc.– incorporado a Facebook bajo un perfil “público”, equivale a aquél puesto en un blog o en un aviso de venta efectuado a través de un sitio web, donde el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por cualquiera que tenga acceso a internet. En ese contexto, quien difunda información en la forma expresada no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre ese contenido, menos aún si se tiene en cuenta que, precisamente al contrario, en general con una publicación emitida bajo esas condiciones se persigue por el difusor que sea conocida por el mayor número de personas (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).

En la especie, los funcionarios policiales accedieron a las cuentas de los imputados, que no presentaban ninguna restricción para su acceso. Estos hechos –la ausencia de restricciones de acceso–, importan que los acusados subieron las imágenes de que se valen los policías en su investigación a su cuenta de Facebook para que sea de conocimiento público, de cualquiera que tenga interés en ellas. En razón de lo antedicho es que no han podido los agentes policiales vulnerar, respecto de los acusados, su derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, porque, en las condiciones que se han mencionado –bajo la categoría “público”–, el contenido subido a Facebook no puede considerarse “privado” y, por ende, no está protegido por la garantía constitucional en comento (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *El recurrente no cuestiona la existencia de una orden de investigar los ilícitos de autos expedida por el Ministerio Público a los policías, sino el que ésta tenga un carácter “amplio”, sin especificar en ella que se instruya para ingresar a la red social Facebook y captar de ahí imágenes de los acusados. Sin embargo, se encuentra definido que los policías obtuvieron información que los propios imputados quisieron compartir con cualquiera que tuviera interés en ella y que, por tanto, no hubo ninguna intromisión ni afectación de ningún derecho de los acusados o terceros protegido constitucionalmente con la actuación en estudio, no se divisa la razón constitucional o legal por la que el Fiscal a cargo de la causa, al ordenar a los policías investigar los*

delitos y, por ende, realizar las diligencias orientadas a aclararlo, haya debido especificar que entre tales pesquisas se comprendían las ya comentadas. Tal postulado en definitiva conlleva que el Fiscal, al instruir a los agentes policiales que indaguen un hecho ilícito determinado, debería siempre mencionar una a una las diligencias pertinentes, en circunstancias que el Fiscal puede, cuando la naturaleza de los hechos indagados lo permita, encargar a las policías determinar en base a su experiencia y capacitación, así como al avance, desarrollo y resultados de la pesquisa, cuál diligencia resultará más útil para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables, más aún si se trata de recabar información de fuentes de acceso público –como lo es Facebook cuando se configura de esa forma por el usuario, como en este caso–. De otra manera, esto es, si ya con una orden de investigar un determinado delito, cada vez que las policías tengan noticia de un antecedente que pudiera ser útil para la investigación, y a los cuales se puede acceder libremente o sin ninguna afectación de derechos, como registros públicos o un testigo mayor de edad que quiere voluntariamente aportar información, etc., los agentes policiales deben acudir al Fiscal a solicitar una instrucción o autorización para llevar a cabo tal pesquisa, implicaría una carga desmesurada para ambas instituciones –Fiscalía y policías– que, en definitiva, impediría cumplir la obligación constitucional que pesa sobre el Ministerio Público de dirigir la investigación y, finalmente –y en su caso– ejercer la acción penal contra los responsables de los ilícitos investigados (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/667/2017

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 5 de la Constitución Política de la República; 9° del Código Procesal Penal.

SOBRE LA FALTA DE VULNERACIÓN A LA PRIVACIDAD AL ACCEDER
A INFORMACIÓN DE PÁGINAS WEB DE LIBRE ACCESO AL PÚBLICO
DURANTE LA INVESTIGACIÓN PENAL

ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI
Universidad de Chile

Con fecha 27 de febrero de 2017 la Corte Suprema conoció de sendos recursos de nulidad interpuestos por las defensas de quienes fueran condenados como coautores de robo con intimidación. El primero de los recursos, materia del presente comentario, se funda en la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal, y afirma una doble vulneración. En primer lugar, se habría infringido el debido proceso por

parte de los funcionarios policiales al capturar fotografías que se encontraban en el sitio web de redes sociales Facebook, sin que el fiscal de la causa se los haya instruido.

En segundo lugar, los recurrentes sostienen que existiría una vulneración al derecho a la inviolabilidad del hogar y toda comunicación privada, consagrado en el art. 19 N° 5 de la Constitución. Dicha vulneración se habría materializado por parte de los funcionarios de policía al llevar a cabo, sin instrucción del fiscal, diligencias consistentes en ingresar al sitio web Facebook y capturar fotos de los imputados sin el consentimiento de éstos, usándolas en sus informes y en posteriores diligencias. Para efectos del presente comentario, se comenzará analizando este segundo punto planteado por los recurrentes.

Para el estudio de la protección jurídica de la intimidad, ha de distinguirse entre actos de intromisión y de indiscreción.¹ Los primeros consisten en actos de obtención de la información, actos que pueden llegar a vulnerar las expectativas de los particulares de excluir a otros de información que dichos particulares manejan. Los segundos, por su parte, consisten en actos de difusión, que podrían llegar a vulnerar las expectativas de particulares de control sobre el uso de información que otros poseen.

Ahora bien, la protección jurídica de la intimidad no es equivalente respecto a actos de intromisión y de indiscreción. En efecto, mientras la protección contra actos de intromisión encuentra consagración no sólo constitucional (y supraconstitucional²), sino también legal, estableciéndose delitos específicos para actos de intromisión³ y condiciones de intromisión legítima⁴, la protección contra actos de indiscreción resulta excepcional. Así, los casos en los que se prohíbe la difusión de información que se posee son, por regla general, casos en los que dicha información se encuentra protegida por el secreto profesional.

En este caso, el argumento de los recurrentes sería que, al ingresar a las páginas de Facebook correspondientes al perfil de cada imputado, los funcionarios policiales habrían realizado un acto de intromisión ilegítimo a la luz de lo establecido tanto en la Constitución como a nivel legal⁵. Dicha ilegitimidad estaría

¹ Latamente al respecto, BASCUÑÁN, Antonio, Grabaciones subrepticias en el Derecho Penal chileno. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso Chilevisión II, en *Revista de Ciencias Penales sexta época, Vol. XLI* (2014), pp. 50 y ss.

² Los recurrentes citan los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³ Por ejemplo, los delitos de violación de domicilio, violación de correspondencia y aquellos establecidos en el art. 161-A.

⁴ Por ejemplo, la regulación de la entrada y registro en lugares cerrados, retención e incautación de correspondencia e interceptación de comunicaciones telefónicas, entre otros.

⁵ Resulta interesante notar que, en caso de estar los recurrentes en lo correcto, los policías serían autores del delito establecido en el inciso primero del art. 161-A del Código Penal.

fundada en el carácter privado de la información contenida en dichas páginas. La Corte descarta esta caracterización de la información contenida en la página web, afirmando que resulta un hecho público y notorio que una de las características básicas de Facebook es permitir distintas configuraciones de seguridad respecto a la información que sus usuarios incorporan, permitiéndoles limitar los niveles de “visibilidad” de dicha información. Así, la información a la que accedieron los policías estaba configurada bajo un perfil público, perfil que la misma plataforma describe como uno al que tiene acceso “*cualquiera dentro y fuera de Facebook*”. En ese sentido, los recurrentes incorporaron la información al sitio web asumiendo el riesgo de “*que lo publicado pueda ser conocido por cualquiera que tenga acceso a internet*”⁶.

La Corte correctamente concluye que no puede afirmarse la presencia de una razonable expectativa de privacidad por parte de los recurrentes sobre el contenido que incluyeron en el sitio web, considerando la configuración con la que lo incluyeron. Precisamente el hecho de incluir dicho contenido bajo una configuración que posibilita su conocimiento a cualquiera con acceso a internet permite descartar una vulneración de la expectativa de exclusión de otros respecto a la información obtenida, es decir, descartar la intromisión de los policías en información privada. Así, quien otorga información a otro u otros (como ocurre cuando se publica información) asume el riesgo de uso y difusión de dicha información, salvo que se trate de uno de los casos en que el uso y difusión de dicha información se encuentre restringido por la ley.

En cuanto al primer argumento esgrimido por los recurrentes, la Corte correctamente descarta que exista una infracción al debido proceso en la realización de la diligencia correspondiente a la revisión de los respectivos perfiles de Facebook de los imputados, hecha sin existir instrucción específica emitida por el fiscal a cargo de la investigación. En efecto, no se requiere que el fiscal haga mención de cada una de las diligencias de investigación que se requieren durante dicha etapa, sino que cumpla su rol guiando, supervisando y solicitando autorización del Juez de Garantía en caso de que la diligencia restrinja, perturbe o prive de algún derecho al imputado. Descartándose que este último sea el caso, tal como lo hace la sentencia, basta con la orden general de investigar para entender a los funcionarios de policía autorizados para realizar la diligencia de visitar los perfiles de Facebook de los imputados y sacar de ahí la información que requieran.

⁶ Considerando cuarto.

CORTE SUPREMA:

Santiago, veintisiete de febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS:

En esta causa RUC N° 1501232960-9 y RIT N° 558-2016 del Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis, se condenó a Alfredo Humberto Castillo Morales y a Gian Carlos Ramos Estrada a la pena de quince años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, como coautores de cinco delitos de robo con intimidación, cometidos en esta ciudad, los días 16 de julio, 22 de agosto, 22 de octubre, 16 de diciembre y 18 de diciembre de 2015. En el mismo fallo se condenó a Luis Fernando Remicio Benavides, a la pena de trece años de presidio mayor en su grado medio, más accesorias legales, como coautor de tres delitos de robo con intimidación cometidos en esta ciudad, los días 22 de agosto, 22 de octubre y 16 de diciembre de 2015.

En contra de esa decisión las defensas de los acusados Castillo Morales y Remicio Benavides, y del acusado Ramos Estrada, interpusieron sendos recursos de nulidad, los que se estimaron admisibles por este tribunal y fueron conocidos en la audiencia pública del día 7 de los corrientes, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso deducido en favor de los imputados Castillo Morales y Remicio Benavides se funda en la causal de la letra a) del artículo 373 del

Código Procesal Penal, aduciendo, en primer término, la vulneración del debido proceso y de los artículos 19 N° 3, inciso sexto, y N° 7 letra f) de la Constitución Política de la República, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 83, 91, 93, 181, 193, 194, 195, 196, 227 del Código Procesal Penal.

Señala el recurso que la infracción al debido proceso se comete por los funcionarios policiales al realizar diligencias de investigación sin contar con instrucción u orden del Fiscal de la causa. Precisa que en la especie los agentes no contaban con instrucciones u orden para realizar las diligencias relativas a capturar fotografías desde la plataforma social Facebook de los condenados y hacer uso de aquellas imágenes en diversas diligencias, entre ellas informes policiales, comparación física y de vestimentas de los condenados, reconocimiento de los condenados por parte de víctimas y testigos, entre otras. La labor policial, de acuerdo a lo vertido en juicio, se basa en una orden judicial amplia, que no especifica instrucciones para que la Policía ingrese a la red social ya descrita ni menos capture las imágenes de los acusados. Los funcionarios policiales entienden que su actuar se encuentra justificado porque el Fiscal de la causa se encontraba en conocimiento de dichas diligencias, aceptando su realización, pero sin dictar la respectiva orden particular, conclusión de la que el recurrente difiere.

También invocando la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del

Código Procesal Penal, se protesta ahora por la conculcación del derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, reconocido en los artículos 19 N° 5 de nuestra Carta Fundamental, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Refiere que para tener por acreditada la participación de los acusados, el Tribunal consideró como relevantes las declaraciones de tres funcionarios de la Policía de Investigaciones Cos Henríquez, Montenegro Becerra y Micaly Castillo, quienes llevaron a cabo diligencias intrusivas al acceder a los perfiles de Facebook de los acusados Castillo Morales y Remicio Benavides, revisar su historial de fotografías, analizar su historial de amigos, proceder a capturar desde la red social determinadas fotos de los acusados y proceder a usar éstas en diversos informes policiales y reconocimientos con las víctimas de los hechos, todo ello sin obtener el consentimiento de los acusados ni existir una orden particular destinada a que los funcionarios policiales llevaran a cabo dichas diligencias.

Respecto de ambos motivos el recurrente solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, para que el procedimiento se retrotraiga hasta la realización de una nueva audiencia de preparación del juicio oral ante el Tribunal de Garantía no inhabilitado que correspondiere, donde se proceda conforme a derecho, para que posteriormente un tribunal oral no inhabilitado disponga la realización de un nuevo juicio oral con la exclusión de la prueba que indica.

Segundo: Que la defensa del acusado Ramos Estrada, por su parte, deduce recurso de nulidad por la causal de la letra e) del artículo 374 letra del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo texto.

Afirma el recurrente, en síntesis, que los miembros del Tribunal llegaron, mediante una valoración apartada de los parámetros que exigen las últimas dos normas citadas, a una convicción de participación que no corresponde con la conclusión que se habría obtenido de una racional e íntegra ponderación de la prueba rendida. Resumiendo sus alegaciones, expresa que el tribunal en reiteradas oportunidades infringió las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y en definitiva terminó condenando al acusado Ramos Estrada “con la sola declaración de una víctima”, pero sin dar a ningún interviniente la posibilidad de poder reproducir los razonamientos utilizados para alcanzar dicha conclusión de condena, infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, lo que además resulta absolutamente peligroso, porque se ha utilizado la más feble de todas las pruebas para condenar al acusado.

En segundo término, cuestiona que no se haya tenido como muy calificada la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal en favor del acusado Ramos Estrada, obviando diferenciar que éste con su colaboración permite aclarar cuatro de los cinco delitos objeto de la condena.

Al concluir, pide la nulidad del juicio oral y de la sentencia en la parte

en que ha sido impugnada, declarando que la resolución específica de condena respecto del acusado Ramos Estrada “en el primer hecho” queda nula como consecuencia del recurso; se disponga la realización de un nuevo juicio oral con el objeto de que emita un nuevo pronunciamiento sobre las decisiones que han sido anuladas; se determine cuál es el estado en que ha de quedar el procedimiento, ordenando al Juez de Garantía que proceda a la dictación de un nuevo auto de apertura en que, de conformidad con lo previsto por el artículo 275 del Código Procesal Penal, separe las acusaciones determinando aquellas que deberán ser objeto del nuevo juicio. En subsidio de lo anterior, solicita la modificación parcial de la sentencia, en el sentido de calificar la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y, como consecuencia de ello, rebajar la pena impuesta a la de presidio mayor en su grado mínimo

Tercero: Que los hechos que se tienen por probados en el considerando noveno de la sentencia recurrida son los siguientes:

Hecho N° 1: “El día 16 de julio de 2015, en el local comercial ‘Alfa Ltda.’, ubicado en Avenida Libertador Bernardo O’Higgins N° 3157, comuna de Santiago, siendo las 18:30 horas aproximadamente, el imputado Mailer Rebaza Morales, previamente concertado con los imputados Alfredo Castillo Morales y Gian Ramos Estrada, ingresa a dicho local simulando ser cliente para luego colocarse en el acceso en actitud de vigilancia mientras los imputados Alfredo Castillo Morales y Gian Ramos

Estrada, proceden a intimidar a la dueña Xiao Jun Li, mediante la utilización de un arma aparentemente de fuego, para luego reducirla, arrojándola al piso, procediendo el imputado Mailer Rebaza a ingresar nuevamente a la tienda y correr unos exhibidores para evitar que se pudiera ver el accionar de los coimputados, luego de unos minutos huyen del lugar, logrando apropiarse del dinero en efectivo producto de la recaudación de las ventas del día, además de un teléfono celular y una cartera con documentación personal, todos de propiedad de la víctima”.

Hecho N° 2: “El día 22 de agosto de 2015, a las 18:00 horas aproximadamente, los imputados Alfredo Castillo Morales, Gian Ramos Estrada y Luis Remicio Benavides, hacen ingreso al local comercial ‘Centro de Llamadas, Internet y Caja Vecina Miguel’, ubicado en calle Victoria N° 709, comuna de Santiago, y mediante la utilización de armas aparentemente de fuego, proceden a intimidar a la cajera Carolina Olivera Cordiglia y a la propietaria Nancy Dávila Sánchez, registrando el lugar, sustrayendo \$ 250.000 en dinero en efectivo, y la cartera de la cajera, dándose a la fuga con el dinero y especies”.

Hecho N° 3: “El 22 de octubre de 2015 a las 19:30 horas aproximadamente, al interior del local comercial ‘Kayma-Disney’ ubicado en calle San Pablo 3139, comuna de Santiago, en circunstancia que el empleado y víctima Leonel Silva Gutiérrez estaba en proceso de cierre de local, llegaron los imputados Luis Remicio Benavides, Alfredo Castillo Morales y Gian Ramos Estrada

quienes portando armas de fuego, lo intimidaron, lo redujeron y sustrajeron la suma aproximada de \$ 200.000 desde la caja registradora, además del teléfono celular y \$ 40.000 de propiedad de la víctima.

Huyendo con dichas especies del lugar”.

Hecho N° 4: “El día 16 de diciembre de 2015 a las 00:15 horas al interior del restaurante ‘Heng Chang’, ubicado en calle Santa Rosa N° 1399, comuna de Santiago, los imputados Alfredo Castillo Morales y Luis Remicio Benavides, ingresan simulando ser clientes, para luego retirarse y regresar junto con el imputado Gian Ramos Estrada y otro sujeto que se encuentra sin identificar, proceden a intimidar a la víctima Zhi Lun Zhong y a los trabajadores y clientes que se encontraban en el lugar, utilizando para el efecto armas aparentemente de fuego logrando sustraer dinero en efectivo ascendente a \$ 3.500.000 y diversas especies de valor, como computador y celulares”.

Hecho N° 5: “El 18 de diciembre de 2015, a las 18:30 horas, al interior del domicilio ubicado en calle Padre Hurtado 127, comuna Estación Central, llegaron los imputados Gian Ramos Estrada, Alfredo Castillo Morales, y un tercer sujeto no identificado, quienes portando armas de fuego, intimidaron y agredieron a la víctima Juan Mejía Reyes y a personas que se encontraban en el lugar, logrando sustraer un maletín en cuyo interior la víctima mantenía la suma de \$ 5.000.000, dinero destinado al pago de trabajadores, además de su teléfono celular y documentación personal.

Huyendo los imputados con estas especies”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como cinco delitos de robo con intimidación previsto y sancionado en los artículos 432 y 436 inciso 1° en relación al artículo 439 del Código Penal, todos en grado de consumado.

Cuarto: Que la adecuada resolución de los asuntos planteados en el recurso deducido en representación de los acusados Castillo Morales y Remicio Benavides, demanda en un primer orden asentar que en el nivel actual de masificación y penetración del uso de la red social Facebook en nuestra sociedad, tanto a nivel individual como institucional (no puede pasarse por alto que el Poder Judicial de Chile como la Defensoría Penal Pública cuentan con páginas de Facebook), resultan hoy un hecho público y notorio las características básicas de funcionamiento de dicha red, entre las que interesan, que Facebook admite diversas configuraciones de privacidad para la información subida por los usuarios a sus cuentas personales, de modo que según el nivel de visibilidad de dicho contenido que haya decidido el propio usuario, estará visible para más o menos gente. Pues bien, uno de esos niveles de visibilidad corresponde al de “público”, lo que importa que cualquier persona puede acceder libremente al contenido que el propio usuario ha incluido dentro de esa categoría, a diferencia del material que se publica de manera restringida para que sea conocido sólo por determinadas personas según los elija o defina el usuario, caso en el que un tercero o extraño

interesado en conocer esa información, deberá efectuar una solicitud al titular de la cuenta para que éste le permita el acceso a la misma.

Así, el material (texto, fotografías, videos, etc.) incorporado a Facebook bajo un perfil “público”, equivale a aquél puesto en un blog o en un aviso de venta efectuado a través de un sitio web, donde el usuario acepta que lo publicado pueda ser conocido por cualquiera que tenga acceso a internet.

En ese contexto, quien difunda información en la forma expresada no puede tener una razonable expectativa de privacidad sobre ese contenido, menos aún si se tiene en cuenta que, precisamente al contrario, en general con una publicación emitida bajo esas condiciones se persigue por el difusor que sea conocida por el mayor número de personas.

Quinto: Que aclarado lo anterior, en el considerando 11º se establece que los funcionarios policiales “accedieron a las cuentas de Castillo y Ramos, que no presentaban ninguna restricción para su acceso”, agregando en el razonamiento siguiente que “es de público conocimiento, que las redes sociales tienen las restricciones de acceso que sus propietarios quieran imponer, de no ser así, son de libre acceso, así lo manifestaron los funcionarios policiales y no se ha demostrado lo contrario”. Estos hechos –la ausencia de restricciones de acceso–, respecto de cuyo asentamiento conforme a la prueba rendida en el juicio, el recurso no alega alguna infracción de aquellas que dan lugar al motivo absoluto de nulidad de

la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, importa que los acusados subieron las imágenes de que se valen los policías en su investigación a su cuenta de Facebook para que sea de conocimiento público, de cualquiera que tenga interés en ellas.

En razón de lo que se ha venido explicando, es que respecto del segundo motivo en que se sostiene la causal de nulidad en estudio, no han podido los agentes policiales vulnerar, respecto de los acusados Castillo y Ramos, su derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, porque, en las condiciones que se han mencionado –bajo la categoría “público”–, el contenido subido a Facebook no puede considerarse “privado” y, por ende, no está protegido por la garantía constitucional en comento.

Sexto: Que en lo concerniente al primer fundamento de la causal de nulidad en análisis, esto es, la violación del derecho al debido proceso por la actuación autónoma de las policías al haber recabado información de Facebook sin una orden particular de la Fiscalía que así lo instruyera, cabe primero evidenciar que tal postulado no se condice con el que se acaba de desestimar, pues si el recurrente arguye que si los policías hubiesen obrado bajo instrucción del Ministerio Público, entonces su diligencia sería válida, entonces necesariamente está aceptando que la actuación de los policías no privó, restringió ni perturbó el ejercicio de algún derecho que la Constitución asegura a los acusa-

dos—como el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas antes alegado—, pues de haber sido así, el artículo 9º, inciso 1º, del Código Procesal Penal demanda autorización judicial previa, no bastando la mera instrucción particular del Ministerio Público.

Séptimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, el recurrente en esta sección, no cuestiona la existencia de una orden de investigar los ilícitos de autos expedida por el Ministerio Público a los policías, sino el que ésta tenga un carácter “amplio”, sin especificar en ella que se instrúa para ingresar a la red social Facebook y captar de ahí imágenes de los acusados.

En primer término, ya definido que los policías obtuvieron información que los propios imputados quisieron compartir con cualquiera que tuviera interés en ella y que, por tanto, no hubo ninguna intromisión ni afectación de ningún derecho de los acusados o terceros protegido constitucionalmente con la actuación en estudio, no se divisa la razón constitucional o legal por la que el Fiscal a cargo de la causa, al ordenar a los policías investigar los delitos y, por ende, realizar las diligencias orientadas a aclararlo, haya debido especificar que entre tales pesquisas se comprendían las ya comentadas. Tal postulado en definitiva conlleva que el Fiscal, al instruir a los agentes policiales que indaguen un hecho ilícito determinado, debería siempre mencionar una a una las diligencias pertinentes, en circunstancias que el Fiscal puede, cuando la naturaleza de los hechos indagados lo permita, encarar a las policías determinar en base a su

experiencia y capacitación, así como al avance, desarrollo y resultados de la pesquisa, cuál diligencia resultará más útil para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de los responsables, más aún si se trata de recabar información de fuentes de acceso público—como lo es Facebook cuando se configura de esa forma por el usuario, como en este caso—. Ello, no está de más aclarar, no importa que el Ministerio Público renuncie a la dirección exclusiva de la investigación, pues sus Fiscales siempre pueden—y deben—supervisar las diligencias en curso, limitar o excluir algunas diligencias propuestas por los policías, o instruir algunas específicas.

De otra manera, esto es, si ya con una orden de investigar un determinado delito, cada vez que las policías tengan noticia de un antecedente que pudiera ser útil para la investigación, y a los cuales se puede acceder libremente o sin ninguna afectación de derechos, como registros públicos o un testigo mayor de edad que quiere voluntariamente aportar información, etc., los agentes policiales deben acudir al Fiscal a solicitar una instrucción o autorización para llevar a cabo tal pesquisa, implicaría una carga desmesurada para ambas instituciones—Fiscalía y policías—que, en definitiva, impediría cumplir la obligación constitucional que pesa sobre el Ministerio Público de dirigir la investigación y, finalmente—y en su caso—ejercer la acción penal contra los responsables de los ilícitos investigados.

Octavo: Que en el sentido recién expuesto ya ha resuelto antes esta Corte al señalar en la causa rol N° 37018-15 de

29 de enero de 2016 “Que, asentada la existencia de una orden del fiscal, cabe analizar la posibilidad de cuestionarla a la luz del debido proceso por su generalidad o vaguedad, al decir relación en términos amplios con ‘identificar a los sujetos que participaron en el delito’. En tal sentido, no hay que perder de vista que se está frente a un delito grave sancionado con pena de crimen, el cual pese a su lesividad es de normal ocurrencia y simplicidad investigativa, por lo que exigir una mayor especificidad en la dirección de la instrucción no resulta particularmente necesario o exigible bajo la óptica de prevenir una persecución policial sin control sino, por el contrario, sólo sería una puerta de entrada a la burocratización del procedimiento penal en perjuicio de su necesaria eficacia (‘Pareciera, en todo caso, que la peor de las soluciones es establecer un control absoluto o minucioso de la policía, que estrangule su capacidad de actuación inmediata o entorpezca seriamente sus labores habituales. Esta situación sólo podría conducirla a una burocratización ineficiente de sus tareas o a la infracción cotidiana de las reglas con el asentimiento tácito de todos los demás operadores del sistema’. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I, pp. 182 y ss. María Inés Horvitz Lenon y Julián López Masle. Editorial Jurídica de Chile. 1ª Edición 2005)”.

Noveno: Que, a mayor abundamiento, el fallo en su basamento 10º, consigna con claridad que la información obtenida desde la red social Facebook no fue el elemento de prueba más importante ni afectó gran parte de la

prueba, pues, como explica la misma sentencia “en el establecimiento de los hechos, tuvo relevancia máxima, la existencia en los primeros 4 delitos, de cámaras de vigilancia que grabaron con claridad los acontecimientos y dos de ellos fueron incluso difundidos a toda la ciudadanía a través de un canal de televisión y, la determinación de sus partícipes, surgió de un control de identidad a Castillo y Ramos y la de Benicio y Rebaza, de la sola observación de imágenes del Facebook de Castillo y Ramos. La circunstancia que esas imágenes se capturaran y se usaran como material de comparación de las ropas de los acusados, lo fue, sólo a mayor abundamiento, porque al decir, de los propios policías, sus rostros aparecían con claridad en las imágenes provenientes de las cámaras de seguridad, de tal suerte que, en caso alguno, afecta el valor de la prueba. Valga agregar, que en el delito N° 5, fueron directamente reconocidos por las víctimas”.

De esa manera, en la especie la infracción denunciada –que no es tal como ya se ha demostrado– ni siquiera tendría la sustancialidad necesaria para dar lugar a la nulidad del juicio, pues del párrafo transcrito se colige que, incluso de prescindir de la prueba cuestionada por el recurrente, la convicción de condena alcanzada por los jueces se hubiese sostenido igualmente en el resto de la evidencia aportada en el juicio.

Décimo: Que, en consecuencia, cabe estimar que al proceder del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el orde-

namiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales invocados en el arbitrio, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria en la prueba cuestionada, de manera que el recurso en estudio será desestimado.

Undécimo: Que en cuanto al recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado Ramos Estrada por la causal de la letra e) del artículo 374 letra del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo texto, en éste se realizan dos cuestionamientos.

El primer vicio advertido en el recurso dice relación con el establecimiento de la participación del encartado Ramos Estrada, únicamente en el Hecho N° 1 –como se precisa en el petitorio del arbitrio al pedir la nulidad sólo por dicho ilícito–, esto es, el ocurrido el día 16 de julio de 2015, en el local comercial “Alfa Ltda.”, ubicado en Avenida Libertador Bernardo O’Higgins N° 3157, comuna de Santiago, que afectó a Xiao Jun Li, y fundando los cuestionamientos precisamente en defectos en el supuesto reconocimiento de dicha víctima respecto de Ramos Estrada.

Sin embargo, como se lee en considerando 11° de la sentencia, la responsabilidad de los acusados “fue determinada, principalmente, con la sindicación que les han realizado los funcionarios de la Policía de Investigaciones a cargo de la investigación, Montenegro, Cos y Micaly”, describiendo luego el fallo

las diligencias que éstos efectúan para identificar a los autores de los cuatro primeros hechos, precisando que “en cuanto al delito al contratista Juan Mejía [hecho N° 5], su individualización fue entregada por la víctima y una testigo presencial de inmediato, puesto que fueron reconocidos en el acto”. A estos antecedentes probatorios, el fallo añade que “Por otra parte, algunas de las víctimas lograron reconocer en la audiencia a los acusados, así, Xiao Jun Li, del hecho N° 1, reconoció a Alfredo Castillo” –y no a Ramos Estrada–. De ese modo, en la especie el testimonio de Xiao Jun Li no sirvió a los sentenciadores para el establecimiento de la participación del acusado Ramos Estrada en el Hecho N° 1, convicción que fue alcanzada por otros medios probatorios como se ha evidenciado, por lo que mal podrían haber errado al exponer la valoración de esa prueba conforme a las reglas de la sana crítica en el establecimiento de su autoría. Lo anterior es motivo suficiente para desestimar este capítulo del recurso.

Duodécimo: Que también al amparo de la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, el arbitrio objeta el que la sentencia no haya advertido que Ramos Estrada hizo un aporte más relevante que los otros acusados para el esclarecimiento de estos hechos y que, por ende, a su respecto se justificaba tener como muy calificada la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal que le fue reconocida.

Más allá de que los fundamentos por los cuales los jueces de la instancia deniegan lo pretendido por el recurso

se hallan expresados en el motivo 16° del fallo y que, dadas las peticiones que por este defecto realiza en el petitorio del recurso –modificación parcial de la sentencia, reconocimiento de la mitigante y rebaja la pena– tal pretensión debió entablarse bajo la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se desestimaré este capítulo por la falta de influencia en lo dispositivo del fallo que demanda el artículo 375 del Código Procesal Penal para admitir la nulidad, dado que al concurrir en contra del encartado la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal, como se establece en el basamento 15° del fallo, ello impedía, conforme al mismo texto del artículo 68 bis del Código Penal, acceder a la calificación pretendida.

Decimotercero: Que, así las cosas, por las razones antes expuestas, el recurso deducido por la defensa de Ramos Estrada deberá ser igualmente desechado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letra a), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechazan los recursos de nulidad deducidos las defensas de los acusados Alfredo Humberto Castillo Morales y Luis Fernando Remicio Benavides y de Gian Carlos Ramos Estrada, contra la sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 1501232960-9 y RIT N° 558-2016 del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Sra. Andrea Muñoz S. y Sr. Jorge Dahm O.

Rol N° 3-2017.