

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

ROBO POR SORPRESA

I. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. ASPECTOS QUE COMPRENDE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. II. ACTUACIÓN DE LA POLICÍA, POR REGLA GENERAL, SE REALIZA BAJO LAS INSTRUCCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. III. REVISIÓN DE TELÉFONO CELULAR ENCONTRADO CON OCASIÓN DEL SEGUIMIENTO DEL IMPUTADO. PROCEDENCIA DE LA REVISIÓN O MANIPULACIÓN DEL TELÉFONO CELULAR POR PARTE DE LA POLICÍA. IMPUTADO CARECE DE LEGITIMIDAD PARA RECLAMAR LA SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA ESFERA DE INTIMIDAD DE LA VÍCTIMA.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria como encubridor del delito de robo por sorpresa previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 2° del Código Penal, en grado de consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *21430-2016, de 23 de mayo de 2016*

PARTES: *Ministerio Público con Víctor Constanzo Ruz*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- 1. El debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución y consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y, al efecto, el artículo 19 N° 3 inciso 6°, le confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar*

cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema).

II. *La regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha fijado un límite temporal para su vertiente más gravosa—las detenciones— con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos. Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado —y sometido a control jurisdiccional— en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*

III. *La impugnación a la revisión del teléfono celular encontrado con ocasión del seguimiento del acusado no resulta admisible, al no ser posible advertir cómo se vincula dicha actividad con alguna lesión de garantías procesales del acusado, ya que nada se dice sobre un presunto derecho conculcado, una facultad coartada, una prerrogativa cuyo ejercicio se ha impedido a propósito de la referida exploración. De esta manera, la referencia genérica al derecho al proceso legalmente tramitado, desde la perspectiva de la legalidad de los actos del procedimiento, no es suficiente para los fines propuestos, toda vez que la tutela que el ordenamiento procesal reconoce a los justiciables cuando sus derechos les han sido desconocidos, demanda que esta lesión sea efectiva, concreta, que produzca consecuencias apreciables en el devenir del proceso, todo ello con el objeto de adoptar las medidas efectivamente pertinentes tendientes a la reparación del vicio cometido, lo que no se advierte en la especie (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Por el contrario, la impugnación atiende más a la lesión de la intimidad de la víctima del delito, por lo que el reproche de la revisión y/o manipulación del teléfono en comento no resulta pertinente, tanto por encontrarse acorde al contexto del procedimiento adoptado como porque dicha actuación se advierte revestida del objetivo de obtener certeza de lo obrado, sea en favor de la persona retenida como de la afectada. El acusado no se encuentra legitimado para reclamar la vulneración de la esfera de intimidad de la víctima. Por lo demás, el procedimiento policial fue realizado en cumpli-

miento de los deberes que el artículo 83 del Código Procesal Penal impone a las policías, al ser obligatoria su intervención en atención a los indicios constatados sobre la comisión de un delito en instantes inmediatos a su perpetración, requerimiento que le impone el artículo 85 del mismo Código y cuyo ejercicio fue respaldado por los jueces del fondo, sin que las restantes actuaciones realizadas, tendentes a identificar o tomar contacto con la ofendida, se tradujeran en lesión de alguno de los derechos y garantías que el orden procesal reconoce a los imputados (considerandos 10° y 11° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/3363/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 80 y 83 del Código Procesal Penal.

INFRACCIÓN DE LEY Y DEBIDO PROCESO:
ACTUACIÓN POLICIAL SIN DIRECCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

CÉSAR RAMOS PÉREZ
Universidad Adolfo Ibáñez - Universidad de Chile

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de análisis rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa pública en contra de la decisión del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Valparaíso, invocando la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal (CPP), esto es cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. La sentencia recurrida condenó al imputado como encubridor del delito de robo por sorpresa, en circunstancias en que, sostiene el recurso, dicha condena fue antecedida de una investigación y un juzgamiento contrarios al debido proceso y al derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones.

La actuación policial cuestionada consiste en la revisión de un teléfono celular, que había sido previamente arrojado por una persona bajo los asientos de un microbús, conducta que dio lugar a la realización de un control de identidad y a dicha revisión sin orden del fiscal ni autorización del juez de garantía. Como consecuencia de dicha revisión, el funcionario policial observó un mensaje de texto que advertía la sustracción del teléfono. En esos términos, el recurso sostiene que dicha actuación policial fue realizada sin amparo legal y con in-

tromisión ilegítima en el derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones de la víctima, razones que justificaban la necesidad de informar al fiscal conforme al artículo 84 CPP y solicitar autorización al juez de garantía, conforme al artículo 9° CPP.

En consecuencia, a juicio del recurrente, la incorporación, rendición y valoración de los antecedentes obtenidos en la realización de dicha actuación policial importarían una infracción al debido proceso, en tanto incumplimiento de las reglas legales que delimitan los ámbitos de competencia de los órganos estatales que intervienen en la investigación de los delitos y de los referidos derechos constitucionales establecidos en los numerales cuarto y quinto del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR).

La Corte Suprema rechazó el recurso argumentando la inexistencia de una lesión de garantías procesales del acusado, añadiendo que una “*referencia genérica al derecho al proceso legalmente tramitado*” no es suficiente para acoger el recurso, “*toda vez que la tutela que el ordenamiento procesal reconoce a los justiciables cuando sus derechos les han sido desconocidos, demanda que esta lesión sea efectiva, concreta, que produzca consecuencias apreciables en el devenir del proceso*”. Por el contrario, la Corte entiende que la impugnación se orienta más bien a la afectación de la privacidad de la víctima del delito, razón impertinente, a juicio de la Corte, toda vez que la actuación impugnada se encuentra “*acorde al contexto del procedimiento adoptado*”, negando legitimación al imputado para reclamar la afectación de derechos de la víctima.

En esta breve exposición de la discusión, se observa el problema que la Corte Suprema debió resolver en conocimiento del recurso de nulidad, problema que se reduce a dos cuestiones específicas: i) primero, si la actuación policial impugnada fue realizada con infracción a reglas legales; ii) segundo, si en caso de estar frente a una infracción legal, ella es también constitutiva de una infracción a derechos y garantías supralegales objetables por el imputado vía recurso de nulidad.

II. ¿ES LEGAL LA ACTUACIÓN POLICIAL AUTÓNOMA SIN DIRECCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO?

La actuación denunciada por el recurrente, esto es, la revisión de un teléfono celular mediante lectura de mensajes y otras informaciones contenidas en él, constituye en el contexto del caso, el ejercicio de una actividad investigativa realizada con el objetivo de determinar si el hecho perseguido es o no delictivo. En consecuencia, la legalidad de la acción policial dependerá de su correspondencia con las reglas que definen atribuciones investigativas de las policías, en el contexto regulativo chileno definido por el CPP.

La Corte Suprema sin duda acierta en el considerando séptimo de la sentencia, en la descripción de ese contexto regulativo. Conforme a su comprensión y a los pre-

cedentes jurisprudenciales que invoca¹, el CPP es el cuerpo normativo que regula atribuciones policiales específicas en materia de investigación de hechos punibles², cuya exposición permite inferir sin mayores problemas un modelo regulativo que consagra como regla general la realización de actuaciones policiales investigativas bajo la dirección del Ministerio Público y, como excepción legalmente regulada, su ejercicio autónomo en determinados casos.

En consecuencia, resolver la correspondencia entre una determinada actuación policial autónoma y la regulación procesal penal depende de si aquella tiene sustento en alguna de las reglas que determinan competencias excepcionales en materia de investigación policial, pues en caso contrario rige plenamente el principio general que establece la dirección de los fiscales del Ministerio Público en materia de investigación de los hechos delictivos, conforme al artículo 80 CPP.

Desde esta perspectiva, la Corte distingue dos momentos del ejercicio de la actividad policial para efectos de determinar su legalidad. El primer momento corresponde al origen del procedimiento policial, el cual la Corte estima que fue realizado conforme a lo dispuesto en los artículos 83 y 85 CPP, aunque su fundamentación parece más bien referirse exclusivamente al presupuesto fáctico necesario para la realización de un control de identidad investigativo del artículo 85 CPP³, ante la falta de correspondencia con alguna de las situaciones reguladas explícitamente en la primera de dichas disposiciones.

Sin embargo, la impugnación del recurso de nulidad de la defensa no tenía por objeto —como sí fue debatido ante el juez del fondo conforme a la propia revisión efectuada por la Corte— cuestionar el presupuesto originario de la realización del control. Por el contrario, para el recurrente ello era irrelevante en tanto la ilegalidad denunciada se circunscribe únicamente a la revisión del equipo de telefonía celular.

La Corte no identifica expresamente una regla que otorgue sustento legal a la acción de revisar el equipo telefónico y comunicarse con los contactos de la víctima. Evidentemente, ello es consecuencia de la inexistencia de una regla semejante en el derecho procesal penal chileno. No existe en la regulación de las facultades

¹ Sentencia Corte Suprema, rol N° 4653-12, 11767-13 y 23683-14.

² La distinción entre atribuciones investigativas y meramente preventivas, en el contexto del ejercicio de funciones policiales, constituye una necesidad ineludible en la discusión actual, que ha sido legislativamente destacada con la creación del nuevo “control de identidad preventivo” del artículo 12 de la ley N° 20.391. En este contexto, debe ser distinguida una actuación policial orientada a la persecución de hechos delictivos, del ejercicio de funciones generales de policía preventiva, cuyo objetivo final se vincula más bien con ideas generales de orden y seguridad pública.

³ Pese a la cita del artículo 83, el considerando undécimo de la sentencia señala que fue obligatoria la intervención policial “*en atención a los indicios constatados sobre la comisión de un delito en instantes inmediatos a su perpetración, requerimiento que le impone el artículo 85 del Código Procesal Penal*”.

establecidas en el artículo 83, ni en las atribuciones concomitantes a la realización de un control de identidad o una detención policial, facultad alguna que permita la revisión del teléfono celular. En concreto, en relación al caso, conforme al artículo 85 CPP el registro policial se encuentra limitado a la vestimenta, equipaje y vehículo del controlado, y no existe otra regla que autorice una investigación autónoma policial relativa a la revisión del teléfono celular. El modelo de investigación penal configurado legalmente, en correspondencia a lo dispuesto en el artículo 83 CPR, sólo acepta excepcionalmente y en casos específicos, una actividad investigativa policial sin dirección del Ministerio Público.

Desde este punto de vista, es sorprendente que la Corte prescinda de sus propias consideraciones al momento de explicitar el modelo de regulación de la actividad policial investigativa autónoma. La Corte se limita a sostener que junto a la inexistencia de una legitimación activa para impugnar la lesión a la intimidad de la víctima, el reproche de la revisión y manipulación del teléfono no es pertinente *“tanto por encontrarse acorde al contexto del procedimiento adoptado, como porque dicha actuación se advierte revestida del objeto de obtener certeza de lo obrado, sea en favor de la persona retenida como de la afectada”*⁴.

Sin embargo, como ya se ha referido, la concurrencia del presupuesto habilitante para la realización de un control de identidad no justifica la realización de cualquier actividad investigativa concomitante o posterior a su desarrollo. En caso contrario, bastaría sólo con la concurrencia del presupuesto para el control, quedando abierta la realización de actuaciones policiales investigativas sometidas al mero arbitrio del agente policial. Sin embargo, ése no es el modelo seguido por la Constitución chilena ni por el legislador, ni siquiera la motivación de *“obtener certeza de lo obrado”*, expresión de un fin investigativo en el actuar policial, puede justificar en términos exclusivamente subjetivos la realización de diligencias policiales sin correspondencia con las reglas que autorizan excepcionalmente el actuar policial autónomo.

III. INFRACCIÓN LEGAL Y AFECTACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Conforme a la regulación del recurso de nulidad, según la causal del artículo 373 letra a) CPP, es necesario que exista infracción sustancial de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. Desde esa perspectiva, la pregunta a resolver es si toda infracción legal a las reglas de procedimiento constituye asimismo una infracción constitucionalmente relevante a efectos de acoger el recurso de nulidad.

Al respecto, una primera solución sería estimar que toda infracción a una regla legal es constitutiva de una infracción al debido proceso, en tanto vulneración de la garantía al proceso *legalmente* tramitado. En este sentido, el recurso se orienta *prima*

⁴ Sentencia Corte Suprema, rol N° 21430-2016, considerando 10°.

facie al seguimiento de esta tesis, en tanto alude a una infracción a los artículos 6° y 7° CPR y a las normas que regulan la exclusividad del Ministerio Público en la dirección de la investigación de los delitos (artículo 83 CPR, artículos 1° y 4° de la ley N° 19.640, y 77, 79, 80, 81, 84, 166 y 180 CPP).

Sin embargo, ésa no es la opinión de la Corte Suprema, cuya sentencia inicia la búsqueda de un derecho o garantía que tenga reconocimiento supralegal. Lo anterior se expresa de modo manifiesto en el siguiente párrafo: “*Que, en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a los efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales de los acusados*”⁵. En consecuencia, a juicio de la Corte, el rendimiento de la causal de nulidad del artículo 373 letra a) CPP depende de la existencia de una afectación sustancial a alguna dimensión específica de un derecho o garantía supralegal⁶.

En este contexto, la decisión de la Corte es concluyente al sostener que las diligencias “*tendientes a identificar o tomar contacto con la ofendida*” –vía revisión y operación del teléfono celular– no constituyeron lesión de alguno de los derechos y garantías que el orden procesal reconoce a los imputados⁷. Es decir, definido con precisión el problema a resolver, la Corte descarta la relevancia de la actuación impugnada como afectación de derechos y garantías del imputado.

En un primer sentido, la Corte descarta que el imputado tenga legitimación activa para impugnar una afectación del derecho a la vida privada y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones *de la víctima*. Esta decisión es consistente con la propia tradición jurisprudencial de la Corte Suprema, en tanto exigencia de un perjuicio sufrido por la parte que alega la nulidad, sólo reparable con la declaración de invalidez.

Sin embargo, en sus propios términos, el recurso afirmaba –en un segundo sentido– la existencia de una vulneración al derecho al debido proceso cuya titu-

⁵ Sentencia Corte Suprema, rol N° 21430-2016, considerando quinto.

⁶ Vid. tb. en este sentido, Sentencia Corte Suprema, rol N° 12494-2013, considerando séptimo: “*Que no obstante lo constatado, como es bien sabido, no toda infracción de la ley procesal ordinaria supone violación del derecho o garantía genérica constitucionalizada, en este caso, el debido proceso y el derecho de defensa, pues si así se pretendiera se estarían elevando a rango constitucional todas las normas del Código Procesal Penal, lo que resulta claramente inadmisibles y, por tanto, el recurrente que invoca la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, asilado en una infracción legal, debe demostrar que ésta importa a su vez la vulneración de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, pero no sólo eso, el mismo artículo 373 exige que esta afectación a derechos o garantías constitucionales sea sustancial, esto es, de una entidad y trascendencia tal que comprometa sus aspectos esenciales, de manera de ocasionar a la parte que la alega un perjuicio reparable sólo con la declaración de invalidez, el que debe influir además, por mandato del artículo 375, en lo dispositivo de la sentencia*”.

⁷ Sentencia Corte Suprema, rol N° 21430-2016, considerando undécimo.

laridad corresponde al imputado. En efecto, el recurso impugnó la realización de una investigación que quedó al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos que legalmente tienen la dirección y responsabilidad de la investigación, y en consecuencia, investigación realizada por *agentes no vinculados por los principios que rigen las actuaciones de los fiscales del Ministerio Público*, existiendo en consecuencia un procedimiento irracional e injusto proscrito por la Constitución.

En su explicación del derecho al debido proceso, la propia Corte invoca, en principio, el respeto por los procedimientos legales como exigencia integrante del debido proceso⁸, sin embargo, la Corte entendió en definitiva que debe existir una afectación sustancial a un derecho o garantía que exceda la mera ilegalidad del procedimiento, toda vez que *“la referencia genérica al derecho al proceso legalmente tramitado, desde la perspectiva de la legalidad de los actos del procedimiento, no es suficiente para los fines propuestos, toda vez que la tutela que el ordenamiento procesal reconoce a los justiciables cuando sus derechos les han sido desconocidos, demanda que esta lesión sea efectiva, concreta, que produzca consecuencias apreciables en el devenir del proceso, todo ello con el objeto de adoptar las medidas efectivamente pertinentes tendientes a la reparación del vicio cometido”*⁹.

Sin embargo, también es posible sostener que la realización de actuaciones investigativas con extralimitación de atribuciones policiales, importa el desarrollo de una investigación penal realizada por un órgano estatal desvinculado del principio de objetividad, constitucionalmente establecido en el artículo 83 CPR y legalmente desarrollado en los artículos 77 CPP y 2º de la ley N° 19.640, principio que constituye una manifestación de las garantías de una investigación racional y justa conforme al artículo 19 N° 3 CPR. En este sentido, Horvitz y López han señalado que *“el nacimiento de la institución del Ministerio Público está estrechamente vinculado a la necesidad de constituir una instancia de control entre la policía y el juez (inquisitivo) para verificar la juridicidad de la investigación [...] Por ello autores alemanes consideran que el fiscal, concebido como una autoridad ‘neutral’ y sometida al principio de objetividad, suma a sus obligaciones el deber de controlar y frenar los eventuales excesos de la policía y conducir, conforme a parámetros jurídicos, la investigación”*¹⁰.

⁸ “Se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas” (Sentencia Corte Suprema, rol N° 21430-2016, considerando 3º).

⁹ Sentencia Corte Suprema, rol N° 21430-2016, considerando noveno.

¹⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho procesal penal chileno, t. I, (Santiago, 2002), p. 189.

En efecto, el diseño del sistema procesal penal chileno, entendido como manifestación del imperativo de establecer un procedimiento y una investigación racionales y justas, ha diferenciado ámbitos de competencia y separación de funciones con el objetivo de asegurar y garantizar los derechos de los intervinientes y una persecución penal ajustada a derecho por parte del Ministerio Público y sus órganos auxiliares, depositando en aquel órgano estatal autónomo el rol de velar por la correcta aplicación de la ley penal, restringiendo asimismo el actuar autónomo de las policías a fin de evitar arbitrariedades, delimitando su función a colaborar con el órgano estatal encargado de dirigir la investigación con estricto cumplimiento del principio de objetividad. Por ello, la responsabilidad por los actos de la investigación es atribuida al Ministerio Público, órgano a quien compete velar por la corrección de los procedimientos en los que sus órganos auxiliares intervienen. Así, bajo este modelo regulativo, conforme ha sostenido la Corte Suprema (causa rol N° 115213-2011), *“se resguarda de manera más eficiente y efectiva, –mediante el control judicial– la legitimidad de los procedimientos y el pleno ejercicio de los derechos y garantías establecidas en favor de los ciudadanos frente a los abusos y arbitrariedades en que puedan incurrir los órganos de la indagación, debiendo desatender en el juzgamiento todas aquellas actuaciones o evidencias que provengan de actos viciados en razón de haberse practicado u obtenido al margen de la ley, prácticas que deben ser excluidas en un Estado de Derecho”*¹¹.

En este sentido, la decisión de la Corte en la sentencia objeto de este comentario, desvinculó una infracción legal de su contexto en un sistema de atribuciones y competencias legales entendidas como expresión de una garantía constitucional. La posibilidad de una decisión distinta, entendida en este comentario como correcta, no es extraña a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por el contrario, la Corte ya sostuvo en la sentencia anterior citada (causa rol N° 115213-2011) que acreditado el quebrantamiento del artículo 84 CPP, que establece el deber de información inmediata al Ministerio Público, existe vulneración de *“un precepto que integra un conjunto normativo, sistemático y armónico, que regula la legitimidad de los procedimientos en sede investigativa y judicial, sin que existan razones para considerar que dicha disposición, aisladamente considerada, no es depositaria del principio del debido proceso, idea fuerza que es transversal al ordenamiento jurídico general y particularmente a las normas de procedimiento, en cuanto garantes de los derechos que la Constitución y las leyes aseguran a las personas”*¹².

¹¹ Sentencia Corte Suprema, rol N° 115213-2011, considerando 12°. *Vid. tb.* considerando 5° y siguientes.

¹² *Ibidem*, considerando 15°.

CORTE SUPREMA

Santiago, veintitrés de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos:

En los antecedentes RUC N° 1500928938-8, RIT N° 53-2016 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, se dictó sentencia el uno de abril de dos mil dieciséis, por la que se condenó a Víctor Manuel Constanzo Ruz a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, como encubridor del delito de robo por sorpresa previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 2° del Código Penal, en grado de consumado, en perjuicio de Gabriela Andrea Iturria Cortés, ocurrido Valparaíso el 28 de septiembre de 2015. Por reunirse en la especie los requisitos del artículo 4° de la ley N° 18.216, el mismo fallo sustituyó al sentenciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por remisión condicional, quedando sujeto al control administrativo y a la asistencia del Centro de Reinserción Social de Gendarmería de Chile que corresponda, esto es, Valparaíso, por el lapso de un año y debiendo, además, cumplir durante el período de control con las condiciones legales del artículo 5° de la citada ley.

En contra del referido fallo, el abogado defensor don Nicolás Cisternas Vásquez interpuso recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación, verificándose el pasado tres del mes en curso la audiencia pública en que se conoció el recurso, citándose a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta de la misma fecha.

Considerando:

Primero: Que el recurso de nulidad se sustenta en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, porque durante el desarrollo de la investigación y de la audiencia de juicio oral se ha vulnerado en su esencia el derecho de su defendido al debido proceso, (artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental) en relación a lo que disponen los artículos 6°, 7° de la Constitución Política de la República y las normas relativas a la exclusividad del Ministerio Público en la dirección de las investigaciones criminales (artículo 83 de la Constitución Política de la República, artículos 1° y 4° de la Ley N° 19.640, –Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público– y 77, 79, 80, 81, 84, 166 y 180 del Código Procesal Penal). A su vez y a propósito de la vulneración a las normas y garantías anteriormente citadas, se conculcó además la garantía constitucional de la protección a la intimidad y a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, ambas garantías previstas en los números 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Como fundamento de la impugnación señala que los funcionarios policiales procedieron a un control de identidad a propósito de haber presenciado a tres sujetos que corrían en dirección a un microbús de la locomoción colectiva, instantes en los que pudieron percatarse que uno de los sujetos lanzaba un celular bajo los asientos, por lo que procedieron a “hacer descender del vehículo a los imputados y a fiscalizarlos”. Indica que, conforme se expuso en el juicio,

los referidos policías respondieron un mensaje enviado por la hermana de la afectada que señalaba que el celular era robado, o revisaron el aparato celular, dieron con el contacto y el número de la hermana y se pusieron en contacto vía WhatsApp de la afectada con su familiar para advertirle que el teléfono estaba en su poder, y que una u otra acción fue concretada por parte de los actuantes, haciendo uso del celular de la víctima sin su autorización expresa, ni del fiscal a cargo de la investigación, ni del juez de garantía.

Postula que la actuación policial se ejecutó con vulneración de garantías, ya que omitieron comunicar los antecedentes al Ministerio Público, en circunstancias que el catálogo del artículo 83 del Código Procesal Penal no prevé como diligencias que pueda realizar la policía, sin autorización del Fiscal, aquellas que digan relación con la revisión de correspondencia digital o la revisión de la información contenida en teléfonos celulares. Igualmente, no existe cuerpo legal alguno que autorice a funcionarios policiales al uso de los aparatos celulares o medios de comunicación de terceros para poder dar con la víctima, de modo que la policía habría actuado fuera de sus atribuciones. A su vez, y a partir de las diligencias efectuadas de manera autónoma por parte de los funcionarios policiales, se infringe además el derecho a la vida privada, a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones de la víctima, por lo que su utilización y revisión, ya sea para buscar el número telefónico de un familiar o ya sea para leer y responder el mensaje enviado

por un tercero, significa la privación, restricción o perturbación de una garantía constitucional de un tercero y, por tanto, debió ser autorizada por un fiscal y, además, por un Juez de Garantía.

Señala que, ante la sospecha de que el celular era de origen ilícito, los funcionarios policiales debieron haber dado noticia al fiscal de turno –artículo 84 del Código Procesal Penal–, quien a su vez debió solicitar autorización al juez de Garantía para realizar diligencias intrusivas al celular –conforme el artículo 9° del Código Procesal Penal–, ya sea su revisión manual, pericias, lectura de mensajes, revisión de contactos, todo ello para dar con la persona de la víctima y dar aviso de la tenencia del celular, entre otros. Sin embargo, este proceder ha vulnerado las garantías de los artículos 19 N°s. 4 y 5 de la Constitución de la República, ya que las actuaciones anteriormente descritas –efectuadas durante la etapa investigativa– y la incorporación, reproducción y valoración de antecedentes emanados de diligencias autónomas se traduce no sólo en una vulneración al debido proceso, en cuanto no se cumple con la legalidad vigente y con la normativa relativa al desempeño de dichas actuaciones, sino que además vulnera la garantía constitucional de la protección a la vida íntima, la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de terceros.

En síntesis, contra el imputado se llevó a cabo una investigación que en su parte sustancial y decisoria quedó al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos en quienes la ley radica la dirección y responsabilidad de la

investigación y, por tanto, en manos de agentes no vinculados por los principios que rigen las actuaciones de los Fiscales del Ministerio Público, sometiendo por tanto al encartado a un procedimiento irracional e injusto proscrito por la Constitución Política de la República que significó la vulneración de garantías constitucionales de terceros. Por tanto, la totalidad de la prueba obtenida a propósito de la investigación aquí expuesta no debió ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba contra el imputado, puesto que de lo contrario, se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país, a un proceso y una investigación previas racionales y justas, de manera que termina solicitando acoger su recurso y anular la sentencia definitiva y el juicio oral, disponiendo la exclusión de la totalidad de la prueba de cargo que detalla por haber sido esta obtenida con infracción de garantías fundamentales, ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, en el que se conozca de la acusación fiscal sin prueba de cargo.

Segundo: Que el hecho que se ha tenido por establecido por los jueces del Tribunal Oral en el motivo Octavo de la sentencia que se impugna, es el siguiente: “El día 28 de septiembre de 2015, alrededor de las 18:20 horas, en circunstancias que la víctima Gabriela Andrea Iturria Cortés se encontraba en calle Urriola con Blanco en Valparaíso

con su celular Huawei, en cuanto un sujeto procedió a arrebatárselo de sus manos iniciando un forcejeo, para finalmente huir del lugar. Luego, este sujeto en compañía del acusado Constanzo Ruz y un tercer individuo, abordaron un microbús en calle Esmeralda a la altura de calle Gómez Carreño y ante la llegada de Carabineros, Constanzo Ruz que portaba el celular antes sustraído, lo arrojó al piso”.

Asimismo, en el considerando Undécimo del fallo, los referidos jueces establecieron también como hecho de la causa que Carabineros no encontró el celular en poder del acusado con motivo de un registro de sus vestimentas, ni Constanzo lo entregó, sino que fue arrojado por éste al suelo, desprendiéndose de él. En tales circunstancias, Carabineros revisó un celular –respecto del cual en ese momento ninguna persona se reputaba dueño– en el cual se recibió un mensaje de texto en el que se leía que el aparato había sido robado.

Tercero: Que en lo concerniente a la infracción denunciada cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, le confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República,

los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

Cuarto: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como en lo referido al respeto y protección de la vida privada en relación a la manipulación del teléfono celular que fue encontrado en poder del recurrente y la obtención de evidencias, esta Corte Suprema ya ha señalado que el deber de repeler la prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. En este sentido, se afirma por la dogmática que “el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (...) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional”. (La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo pro-

ceso penal chileno, Héctor Hernández Basualto, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N° 2, pp. 65-66) (SCS 23930-2014, 25003-2014 y 999-2015).

Quinto: Que, en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a los efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales de los acusados.

Sexto: Que para la decisión de lo debatido resulta útil tener en consideración que esta Corte Suprema ha sostenido en los pronunciamientos SCS rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013, SCS rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013 y SCS 23683-2014, de 22 de octubre de 2014, que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal).

A su turno, el artículo 83 del mismo texto legal establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la deten-

ción en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f).

En relación a la hipótesis contemplada en la letra b) antes citada, el artículo 130 del código adjetivo define lo que se entiende por situación de flagrancia, señalando que se encuentra en ella el que actualmente se encontrare cometiendo el delito (letra a); el que acabare de cometerlo (letra b); el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice (letra c); el que en tiempo inmediato a la perpetración de un delito fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en sí mismo, o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo (letra d), y el que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato (letra e), precisando, a continuación, lo que debe entenderse por “tiempo inmediato”, para los efectos de estas dos últimas hipótesis enunciadas.

Por último, es necesario anotar que el artículo 85 del Código Procesal Penal permite a los funcionarios policiales solicitar la identificación de cualquier persona en casos que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; o de que se dispusiere a cometerlo. A tal efecto la identificación debe realizarse en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte, para lo cual el funcionario policial debe otorgar facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos. Añade la norma que durante este procedimiento y sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, agregando el artículo 89 de ese mismo cuerpo legal que “Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

Séptimo: Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha fijado un límite tempo-

ral para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos.

Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado –y sometido a control jurisdiccional– en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Octavo: Que de acuerdo a lo expuesto en la sentencia atacada, las defensas del acusado se centraron en objetar la legalidad del proceder policial a partir del control de identidad que se practicara al condenado (lo que fue desestimado en atención a la existencia de indicios plurales de la comisión de un delito por parte del recurrente y de las personas que lo acompañaban, conclusión que no fue impugnada) hasta la revisión del móvil en comento, lo que también fue rechazado validando este proceder al haber sido desplegado en resguardo del derecho de propiedad de su dueño, considerando además que para impetrar la protección de los derechos a la honra, libertad y privacidad, es requisito indispensable que exista un sujeto al que deban resguardarse tales garantías,

lo que no existe en este caso (motivo Undécimo).

Noveno: Que, conforme lo expresado, la impugnación a la revisión del teléfono celular encontrado con ocasión del seguimiento del acusado no resulta admisible, al no ser posible advertir cómo se vincula dicha actividad con alguna lesión de garantías procesales del acusado, ya que nada se dice sobre un presunto derecho conculcado, una facultad coartada, una prerrogativa cuyo ejercicio se ha impedido a propósito de la referida exploración. De esta manera, la referencia genérica al derecho al proceso legalmente tramitado, desde la perspectiva de la legalidad de los actos del procedimiento, no es suficiente para los fines propuestos, toda vez que la tutela que el ordenamiento procesal reconoce a los justiciables cuando sus derechos les han sido desconocidos, demanda que esta lesión sea efectiva, concreta, que produzca consecuencias apreciables en el devenir del proceso, todo ello con el objeto de adoptar las medidas efectivamente pertinentes tendientes a la reparación del vicio cometido, lo que no se advierte en la especie.

Décimo: Que, por el contrario, del examen del recurso y de las afirmaciones vertidas por la defensa en estrados aparece que la impugnación atiende más a la lesión de la intimidad de la víctima del delito, por lo que el reproche de la revisión y/o manipulación del teléfono en comento no resulta pertinente, tanto por encontrarse acorde al contexto del procedimiento adoptado, como porque dicha actuación se advierte revestida del objetivo de obtener certeza de lo obrado,

sea en favor de la persona retenida como de la afectada.

Undécimo: Que, de acuerdo a lo expresado precedentemente, entonces, resulta acertada la decisión de los jueces del grado que razonando sobre la base que el actuar policial resultaba ajustado a derecho, sin que el acusado se encuentre legitimado para reclamar la vulneración de la esfera de intimidad de la víctima.

Por lo demás, el procedimiento policial fue realizado en cumplimiento de los deberes que el artículo 83 impone a las policías, al ser obligatoria su intervención en atención a los indicios constatados sobre la comisión de un delito en instantes inmediatos a su perpetración, requerimiento que le impone el artículo 85 del Código Procesal Penal y cuyo ejercicio fue respaldado por los jueces del fondo, sin que las restantes actuaciones realizadas, tendientes a identificar o tomar contacto con la ofendida, se tradujeran en lesión de alguno de los derechos y garantías que el orden procesal reconoce a los imputados.

Duodécimo: 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 ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas

legales que orientan el proceder policial como tampoco a las garantías y derechos que el artículo 19° N° 3 de la Constitución Política reconoce y garantiza a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que el capítulo en estudio será desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por don Nicolás Cisternas Vásquez, abogado defensor penal público a favor de Víctor Manuel Constanzo Ruz, contra la sentencia de uno de abril del año en curso y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1500928938-8 y RIT 53-2016, del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, 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. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 21430-2016.