

## 8. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### ROBO CON VIOLENCIA

I. ACTUACIÓN DE LA POLICÍA, POR REGLA GENERAL, SE REALIZA BAJO LAS INSTRUCCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. II. PROCEDENCIA DEL REGISTRO DEL TELÉFONO CELULAR QUE SE LE CAYÓ AL IMPUTADO MIENTRAS HUÍA SIN ORDEN PREVIA DEL FISCAL. PROCEDENCIA DE LA ACTUACIÓN AUTÓNOMA DE LA POLICÍA EN CASO DE FLAGRANCIA. AUTORIZACIÓN DEL ENCARGADO DEL INMUEBLE PARA LA REALIZACIÓN DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO. III. FACULTAD PRIVATIVA DE LOS JUECES DEL FONDO PARA DETERMINAR LA CONCURRENCIA DE LA ATENUANTE DE COLABORACIÓN SUSTANCIAL AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS.

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de robo con violencia. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: 27787-2016, de 25 de julio de 2016

PARTES: *“Ministerio Público con Alexander Guzmán Silva”*

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

### DOCTRINA

- La regla general, en cuanto a la policía, es que sus actuaciones se realicen 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 9° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *En la especie, al acusado se le cayó el celular mientras huía. Por lo tanto, resulta de absoluta lógica suponer que, ante la existencia de una víctima lesionada, que fue objeto de violencia por dos sujetos a quienes en la huida se les habían caído especies, los funcionarios policiales encontrarían elementos que por su naturaleza ayudarían a su identificación, de manera que no se vislumbra la trascendencia de la omisión acusada en el ejercicio de las garantías que la Constitución Política de la República reconoce al imputado. En efecto, la infracción al artículo 84 del Código Procesal Penal que acusa la defensa, por no solicitar instrucciones al Fiscal de turno una vez recibida la noticia del hallazgo del aludido celular, no resulta atendible, desde que es incontrovertible que el procedimiento ya se había iniciado, que existían noticias ciertas de la existencia de una víctima de robo con violencia y que se estaba dentro del ámbito temporal que permitía la actuación autónoma de la policía en situación de flagrancia, en los términos que prescribe el artículo 130 letra d) del Código precitado, todo ello sujeto a criterios de evaluación sobre la emergencia o necesidad de premura de la intervención, de manera que no se advierte sustento al reproche que se formula, sino, por el contrario, la actuación policial aparece ajustada a derecho (considerando 10° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Respecto a la acusación de haber realizado el ingreso y registro del domicilio del acusado fuera del marco regulatorio excepcional que consagra el artículo 205 del Código Procesal Penal, cabe tener en cuenta que la exposición de agravios formulada por la defensa es confusa, pues postula, por una parte, que no se ajustó a la hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, para –a continuación– sostener que la autorización que fuera otorgada por la madre del acusado no constituye un consentimiento válido, porque se obtuvo con error o engaño. Lo cierto es que los términos de la norma que se estima conculcada validan el actuar policial, desde que el consentimiento de ingreso fue prestado por quien aparecía como encargado del inmueble, en consideración a la información proporcionada por los funcionarios policiales, de manera que no es posible reprochar ilegalidad por omisión de requisitos en el señalado proceder (considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- III. *La jurisprudencia de la Corte Suprema ha resuelto uniformemente que ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no*

*calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de las instancias, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculpado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso (considerando 15° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/5195/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 11 N° 9 del Código Penal; 84, 130 y 205 del Código Procesal Penal.*

#### ACTUACIONES INVESTIGATIVAS AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA EN CASOS DE FLAGRANCIA

FRANCISCO GÓMEZ MUÑOZ  
*Universidad de Chile*

La segunda sala de la Excelentísima Corte Suprema tuvo oportunidad de conocer un recurso de nulidad, sustentado en la causal del artículo 373 letra a) CPP, interpuesto por la defensa de un imputado que fue detenido por el delito de robo con violencia a causa de que, al momento de escapar del sitio de los hechos dejó su teléfono móvil en el lugar, cuestión que aprovechó la policía para acceder a él y obtener una imagen de su persona. Esta fotografía fue luego contrastada con la base de datos policial, lo que permitió identificarlo plenamente y ubicar su domicilio, al cual se concurrió y se accedió tras obtener autorización de la propietaria, encontrando en la pieza del imputado, distintos artefactos que habrían sido usados en la comisión del delito y un teléfono móvil sustraído a la víctima del delito.

Ante dicha alegación, la Corte Suprema decidió rechazar el recurso de nulidad presentado por considerar que no existió en los hechos una vulneración de las garantías fundamentales del imputado. Sustenta su argumentación en la interpretación que realiza del artículo 83 en relación con el 130 letra b), ambos del CPP, lo cual la lleva a concluir que para el caso de las actuaciones de la policía, si bien la regla general determina que las mismas deben ser realizadas bajo la orden y dirección del Ministerio Público, existen casos excepcionales en los cuales se le entrega a los funcionarios policiales un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, como sería el caso de la flagrancia. Incluso

más, ahonda en lo anterior señalando que “*Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos, con los derechos y garantías de los ciudadanos [...] (Considerando noveno).*”

Debemos señalar desde ya que discrepamos del argumento vertido por nuestra máxima magistratura, puesto que consideramos que en este caso, efectivamente, se vulneraron garantías fundamentales, toda vez que, mediante una interpretación a nuestro juicio incorrecta, afectó el derecho a la intimidad de éste cuando la policía decidió *motu proprio* acceder al teléfono móvil, vulnerando el procedimiento legal establecido para obtener prueba.

Hay que tener presente que la exigencia del derecho al debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, cuestión que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos (tal y como señala el artículo 1° de la LOC N° 19.640: “*El Ministerio público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado [...]*”) y que éste, a su vez, preste información veraz y oportuna a los tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental.

Por ello, el legislador procesal penal ha tenido presente que sea el Ministerio Público quien someta discrecionalmente su actuar al control de los tribunales *cada vez que considere preciso* limitar algún derecho fundamental atendido el mérito de la investigación, aplicando una sanción procesal en caso que no lo haga. Lo anterior tiene una “irrefutable razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima, ignorando las mismas normas por él predispuestas. Y, por otro lado, existen motivaciones dirigidas a los funcionarios que ilegalmente hubiesen obtenido el material, con el propósito disuasivo de desalentar este tipo de proceder”<sup>1</sup>.

Por tal razón, nuestro sistema originalmente limitaba drásticamente las posibilidades “*autónomas*” que poseía la policía para dirigir una investigación remitiendo su labor a la ejecución de la misma bajo la tutela del Ministerio Público, del cual resulta ser un auxiliar subordinado. Sin embargo, las diversas reformas que ha experimentado nuestro sistema procesal penal han mermado esta idea en pos de la búsqueda de mayor cantidad para inculpar a los individuos, estableciendo distintas excepciones a la exclusividad en la dirección de la investigación.

---

<sup>1</sup> JAUCHEN, Eduardo, Tratado de la Prueba en Materia Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 614.

En este marco encontramos en el art. 83 letra c) inciso IV CPP una excepción en la que se encomienda a la policía, *en el caso de los delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, “realizar las primeras diligencias investigativas dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, lo más pronto posible”*. Si se presta atención, la necesidad de reforma de este artículo surgió precisamente para sortear la problemática que ocurría respecto de la flagrancia y la inactividad de la policía ante la falta de instrucción del Ministerio Público, razón por la cual se le dotó de la posibilidad de dirigir inicialmente la investigación, con el resguardo de informar al Fiscal de lo realizado.

En este sentido, y dado que el legislador se preocupó de dotar expresamente a la policía de la facultad de dirigir la investigación en determinados casos de flagrancia, a mi juicio, no resulta posible realizar una interpretación extensiva como la que señala la Corte en este caso, dado que resulta incorrecto apelar a *“criterios de evaluación sobre la emergencia o necesidad de premura de la intervención” (considerando décimo)* que no han sido considerados por el legislador en la normativa, más allá de lo que significa la custodia del sitio del suceso y del resguardo de pruebas. En efecto, implementar este criterio abre un abanico de posibilidades discrecionales a la policía que expande gravemente el riesgo de vulneración de derechos fundamentales.

Finalmente, si bien resulta cierto que *“ante la existencia de una víctima lesionada, que fue objeto de violencia por dos sujetos a quienes en la huida se les habían caído especies, los funcionarios cuestionados se encontrarían con elementos que por su naturaleza ayudarían a su identificación” (considerando décimo)*, resulta también efectivo que el legislador previniendo estas situaciones procesales, ha creado un proceso legal para canalizar la búsqueda de la verdad a través de la obtención de pruebas.

En ese contexto, podemos señalar que el levantamiento de información realizado por la policía infringe dicho procedimiento, siendo por tanto un caso de prueba ilícita, ya que la pérdida del teléfono móvil por parte del imputado no implica a su vez una renuncia a la privacidad de la información contenida en él que pudiese habilitar al funcionario policial para su obtención, razón por la cual aún se encuentra amparado por el derecho a la intimidad en dichos datos, razón suficiente para considerar que el correcto accionar de la policía debió ser el de contactar al fiscal inmediatamente para que éste, realizando el trámite correspondiente, coordinase el acceso y obtención de la información que finalmente se obtuvo.

#### CORTE SUPREMA

Santiago, veinticinco de julio de dos mil dieciséis.

VISTOS:

En estos antecedentes RUC 1500402609-5, RIT 74-2016, del 7°

Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veintisiete de abril de dos mil dieciséis, se condenó al acusado Alexander Nahuel Guzmán Silva, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias

legales como autor del delito consumado de robo con violencia, perpetrado el día 26 de abril de 2015 en la comuna de La Florida. Asimismo, se le condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como autor del delito consumado de tenencia ilegal de arma de fuego de fabricación artesanal, también cometido el día 26 de abril de 2015 en la misma comuna. Se le eximió del pago de las costas de la causa y se ordenó el cumplimiento efectivo de las penas impuestas, reconociéndole los abonos que precisa. De igual modo se decretó el comiso de las especies y del arma incautada.

Contra este fallo, la defensa del acusado Nahuel Guzmán Silva dedujo recurso de nulidad, invocando como causal principal y subsidiaria la del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal. Asimismo, invocó como tercera y cuarta causales subsidiarias, la hipótesis contemplada en la letra b) del mismo artículo 373 del Código Procesal Penal por las razones que expone, que fue declarado admisible y se ordenó pasar estos antecedentes al señor Presidente para que fijase audiencia con el objeto de conocerlo.

Se conoció el recurso en la audiencia pública de cinco de julio pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

*Primero:* Que, en forma principal el recurso interpuesto se sustenta en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, que durante el desarrollo del procedimiento

se vulneraron garantías constitucionales del imputado, en particular las previstas en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en relación con el derecho a un debido proceso, el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Señala que la causal que se invoca guarda relación con los artículos 83 y 130 del Código Procesal Penal, toda vez que sin autorización del Ministerio Público, un civil y la policía, efectuaron diligencias investigativas fuera del ámbito de sus atribuciones, entre ellas la recolección de evidencia incriminatoria, que culminó con la detención de su representado.

En subsidio de la argumentación anterior agrega que las referidas infracciones también afectaron el derecho de defensa material de su representado, en especial, a contar con el tiempo suficiente para preparar de forma adecuada su defensa y no enfrentar pruebas sorprendidas.

Sostiene que esta conducta le ha provocado un perjuicio a su parte, ya que se le ha condenado fundado en prueba ilícitamente obtenida, al haberlo sido con infracción de garantías constitucionales, por lo que solicita acoger el recurso, invalidar la sentencia y el juicio oral que le precedió, reponiendo la causa al estado de preparación del juicio oral para que el Juez de Garantía excluya la prueba del Ministerio Público que indica, al haber sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

*Segundo:* Que, asimismo, la defensa del sentenciado dedujo en forma subsidiaria, por distintos motivos, la hipó-

tesis de nulidad consagrada en la letra b) de la misma norma, esto es, errónea aplicación del derecho en cuanto a la determinación de la pena.

Como fundamento principal de tal motivo de invalidación, indica que se le impuso al acusado una pena superior a la que legalmente le correspondía, por estimar erradamente concurrente la agravante de pluralidad de malhechores y, a su vez, negar la configuración de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

Señala que la sentencia yerra al acoger la mencionada agravante debido a que la presencia de la pluralidad de sujetos no contribuyó a doblegar la voluntad de la víctima y no existen otros sujetos enjuiciados además del acusado. Por otra parte, estima errada la decisión de negar la concurrencia de la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, no obstante que la declaración de su representado despejó toda duda sobre su participación y, por ende, formó convicción condenatoria.

Al describir la influencia que el vicio acusado ha tenido en lo dispositivo de la sentencia, expone que de no haber incurrido en estos errores habría rebajado la pena en un grado y concedido la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

*Tercero:* Que la cuestión subsidiaria del capítulo reseñado en el fundamento que precede, descansa en el error de derecho en que ha incurrido la sentencia impugnada al no otorgar el mérito de muy calificada a la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, que le fue reconocida a su representado. Sostiene que la situación denunciada

le perjudica, ya que de haberse aplicado correctamente el derecho, se le habría rebajado la pena en un grado, concediéndole la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Finaliza solicitando acoger el recurso y en la sentencia de reemplazo que se dicte se realice una nueva y concreta determinación de la pena, condenando a su representado a la de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y otorgándole la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

*Cuarto:* Que, como se advierte, el primer recurso deducido por Alexander Nahuel Guzmán denuncia la configuración de una hipótesis de nulidad fundada en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, porque tanto la detención del acusado como la recolección de la evidencia de cargo fueron ejecutadas apartándose del ámbito de las atribuciones de los funcionarios policiales que intervinieron, los que se arrogaron facultades que no tenían.

*Quinto:* Que, en lo concerniente a la infracción al debido proceso, cabe indicar que esta Corte condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que esté asegurado por reglas formales que garanticen un racional y justo procedimiento e investigación. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos protegidos por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier

pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser– los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal, Jornadas sobre la justicia penal*, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en *Tratado de Derecho procesal penal*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 947). Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”.

*Sexto:* Que, en este mismo orden de consideraciones, en cuanto a las

facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, en lo referido al respeto y protección de la vida privada en relación al registro del celular del recurrente y la obtención de evidencias para averiguar su identidad, así como al ingreso a su domicilio y la incautación de evidencias de su interior, 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 proceso penal chileno, Héctor Hernández Basualto, *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N° 2, pp. 65-66) (SCS 23.930-2014, 25.003-2014 y 999-2015).

*Séptimo:* Que resulta necesario proceder al análisis de las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, para poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos funda-

mentales del acusado, como denuncia la defensa.

*Octavo:* Que tal como esta Corte Suprema ha sostenido reiteradamente 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 23.683-2014, de 22 de octubre de 2014, 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 vigente a la fecha de los hechos 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 detención 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.

*Noveno:* Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general, en cuanto a la policía es que sus actuaciones se realicen 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.

*Décimo:* Que conforme la prueba rendida en el juicio, el hallazgo del celular del acusado, tuvo su origen en la persecución que el hermano de la víctima efectuó a dos sujetos que observó saltar desde el interior del colegio en el cual su hermano y él trabajaban, luego que encontrara al primero amordazado, atado de pies y manos y con un calcetín en la boca, dinámica en la cual a uno de los individuos se le cayó el celular y un destornillador, lo que informó al personal policial que se constituyó de inmediato en el colegio, entregándoles la aludida especie, quienes en una fotografía lo reconocieron, verificando su identidad y domicilio en la Comisaría, lo que desde ya legitima sus actuaciones efectuadas en cumplimiento del mandato que el artículo 83 b) del Código Procesal Penal les entrega y que en ningún caso puede entenderse como información privada o sobre la cual pudiera reclamarse alguna legítima y razonable expectativa de privacidad,

que viciara el conocimiento que de ella se tomara luego que se encontrara la especie en la vía pública.

En todo caso, resulta de absoluta lógica suponer que, ante la existencia de una víctima lesionada, que fue objeto de violencia por dos sujetos a quienes en la huida se les habían caído especies, los funcionarios cuestionados se encontrarían con elementos que por su naturaleza ayudarían a su identificación, de manera que no se alcanza a vislumbrar la trascendencia de la omisión acusada en el ejercicio de las garantías que la Constitución Política de la República reconoce al imputado y que el recurso denuncia. En efecto, la infracción al artículo 84 del Código Procesal Penal, que acusa la defensa, por no solicitar instrucciones al fiscal de turno una vez recibida la noticia del hallazgo del aludido celular, no resulta atendible, desde que es incontrovertible que el procedimiento ya se había iniciado, que existían noticias ciertas de la existencia de una víctima de robo con violencia y que se estaba dentro del ámbito temporal que permitía la actuación autónoma de la policía en situación de flagrancia, en los términos que prescribe la letra d) del artículo 130 del Código Procesal, todo ello sujeto a criterios de evaluación sobre la emergencia o necesidad de premura de la intervención, de manera que no se advierte sustento al reproche que se formula, sino que por el contrario, la actuación policial aparece ajustada a derecho.

Por lo demás, la recuperación del teléfono sustraído a la víctima junto con una escopeta artesanal con un cartucho

en su interior, que tenía el sentenciado debajo del colchón y que fue reconocida por la víctima como el arma empleada en el ilícito, sólo da cuenta de lo acertado del proceder policial, en atención a la inmediatez o proximidad temporal de los hechos con la alerta, situación que coloca al actuar de Carabineros en la óptica de la flagrancia, como acertadamente han concluido los jueces del fondo.

Que de acuerdo a lo expresado precedentemente, entonces, resulta adecuada la decisión de los jueces del grado que han entendido la situación de autos comprendida en el marco regulativo que imponen los artículos 83 y 130 del Código Procesal Penal, al señalar que la situación en comento es una de aquellas constitutivas de flagrancia que, como tal, se encuentra regulada en el artículo 130 mencionado, al ser solicitada la intervención de la policía para asistir a una víctima en circunstancias e instantes próximos a la perpetración de un delito de robo con violencia. A su turno, la detención del acusado aparece razonablemente revestida de los elementos que el artículo 130 ordena considerar para admitir la hipótesis excepcional de actuación en circunstancias de flagrancia, como se desprende de los antecedentes hechos valer en el juicio y la audiencia, por lo que sólo cabe concluir que ella lo ha sido dentro del marco fáctico, temporal y legal que las disposiciones citadas prescriben, sin que la referencia del lugar donde se materializó tenga la trascendencia que la defensa le atribuye, atendida la forma de ocurrencia de los hechos indagados.

*Undécimo:* Que en lo tocante a la acusación de haber realizado el ingreso y registro del domicilio del acusado fuera del marco regulatorio excepcional que consagra el artículo 205 del Código Procesal Penal, cabe tener en cuenta que la exposición de agravios formulada en su descripción es confusa, al postular por una parte, que no se ajustó a la hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, para —a continuación— sostener que la autorización que fuera otorgada por la madre del acusado no constituye un consentimiento válido, porque se obtuvo con error o engaño.

Lo cierto es que los términos de la norma que se estima conculcada validan el actuar policial, desde que el consentimiento de ingreso fue prestado por quien aparecía como encargado del inmueble, en consideración a la información proporcionada por los funcionarios policiales, de manera que no es posible reprochar ilegalidad por omisión de requisitos en el señalado proceder.

Que, en consecuencia, cabe estimar que al actuar 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 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 las referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el

Ministerio Público, de manera que el recurso en estudio será desestimado.

*Duodécimo:* Que el segundo cuestionamiento del recurso, que dice relación con la afectación del derecho de defensa material de su representado, en especial, a contar con el tiempo suficiente para preparar de forma adecuada su defensa y no enfrentar pruebas sorprendidas, el recurrente no explica en qué efecto preciso se ha traducido dicho menoscabo, aspecto relevante para la decisión del punto propuesto en atención a que la infracción a los derechos acusados ha de ser sustancial, conforme lo exige la causal invocada, por lo que no habiéndose constatado alguna infracción sustancial a los derechos y garantías que se denuncia como vulneradas en este capítulo del recurso, necesariamente deberá ser desestimado.

*Decimotercero:* Que en relación a la causal denunciada por la defensa de Alexander Guzmán Silva por infracción de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el recurrente la hace consistir en la improcedencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, en el delito de robo con violencia, debido a que la pluralidad de sujetos no contribuyó a doblegar la voluntad de la víctima y porque no había nadie más sentenciado ni imputado por esos hechos.

Al respecto, esta Corte ya ha señalado que este motivo de invalidación dice relación con el contenido de la sentencia impugnada y, en particular, con las consideraciones de derecho tenidas a la vista por los jueces del fondo para

—en lo atinente al recurso— establecer las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal del acusado. En este entendido, resulta indispensable puntualizar que, frente a la causal invocada, los hechos asentados por los jueces del grado resultan inamovibles para esta Corte.

*Decimocuarto:* Que, más allá de la efectividad de la afirmación, que no había nadie más sentenciado ni imputado por esos hechos, las consideraciones precedentes determinan la suerte del recurso deducido, imponiendo su rechazo, porque los yerros presuntamente cometidos referidos a la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal no tiene la influencia sustancial que la ley requiere para la admisión de la hipótesis de nulidad y porque ésta se construye cuestionando los hechos asentados en la sentencia que se revisa.

En efecto, en el fundamento séptimo de la sentencia cuestionada se estableció que la víctima fue abordada por el sentenciado Guzmán Silva quien en compañía de otro sujeto procedieron a intimidarlo, golpearlo e inmovilizarlo, maniatándolo de pies y manos y colocándole un calcetín en su boca, lo que llevó a los sentenciadores del grado a concluir la concurrencia de la agravante de la pluralidad de malhechores, por estimar que en la comisión del ilícito hubo un actuar conjunto de dos individuos, que aumentaron la desprotección del bien jurídico, asegurando con ello la ejecución del delito y la impunidad. Que la aplicación que hacen los jueces de la circunstancia de agravación de que se trata aparece como acertada, pues de

su razonamiento se colige que el fundamento estimado por ellos para darla por justificada, dice relación con el obrar conjunto de partícipes que concurrieron materialmente en el momento y lugar del delito, destinado a facilitar la apropiación de las especies muebles ajenas, ocasionando un mayor peligro para la víctima y la disminución evidente de sus posibilidades de defensa.

Asimismo, el vicio denunciado carece de trascendencia, toda vez que no obstante que fue considerada, consta del motivo décimo séptimo del fallo recurrido que se le aplicó el mínimo de la pena por el delito de robo con violencia, por lo que no tuvo influencia sustancial en la determinación de la pena.

*Decimoquinto:* Que, despejada la concurrencia de la pluralidad de partícipes, el siguiente capítulo de impugnación del libelo de nulidad de Guzmán Silva se vincula al error de derecho en que los jueces habrían incurrido al no considerar a favor de su defendido la minorante de responsabilidad penal consagrada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal lo que según el recurrente habría determinado que al acusado se le aplicara una pena superior a la que legalmente le corresponde.

En tal sentido, el fundamento décimo sexto del fallo en estudio, señaló en su párrafo cuarto que "...la actividad desplegada en el juicio por el imputado no fue de una real colaboración, en tanto que solo trató de exculparse, puesto que aunque reconoció haber acompañado a los otros dos sujetos en la comisión del delito de robo, trató en todo momento de morigerar su parti-

cipación, reconociendo que él sólo los acompañó y que fueron los otros los que actuaron, lo que está en abierta contradicción con lo que efectivamente se probó y, asimismo, respecto del delito de tenencia de arma de fuego, negó toda responsabilidad en ese ilícito", por lo que de acuerdo al razonamiento precedente, para los sentenciadores no fue relevante su testimonio, al considerarse suficientemente justificada su participación, con su detención con especies sustraídas en su poder y el arma empleada en la comisión del ilícito, lo que no resulta compatible con los fines tenidos en cuenta por el legislador para su admisión, como es "paliar sus consecuencias o facilitar la tarea de hacer justicia."

Que esta protesta debe ser igualmente desestimada, pues como ha resuelto uniformemente esta Corte en relación a las denuncias de infracción del artículo 11 N° 9 del Código Penal, ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de las instancias, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por el inculcado a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los hechos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad, pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso

(entre otras, SCS rol N° 24887-14 de 29 de diciembre de 2014).

*Decimosexto:* Finalmente, en cuanto al último reproche, si bien el Tribunal reconoce en su fundamento décimo sexto, la atenuante de irreprochable conducta anterior del encartado, no le otorga el mérito del artículo 68 bis del Código Penal, al considerar que no existen antecedentes de relevancia en la conducta pretérita del acusado que amerite así estimarlo, antecedente que ha sido calificado por el tribunal, en el ejercicio de sus facultades privativas, rigiendo plenamente la potestad jurisdiccional para considerar su configuración al caso, que el ordenamiento procesal y penal vigente confiere de a los jueces de la jurisdicción criminal, de forma tal que no ha podido configurarse el yerro de derecho sustentado por la defensa, lo que conlleva a desestimar el libelo de nulidad.

Que, en atención a lo expuesto precedentemente, el recurso será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a) y b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, *se rechaza el recurso de nulidad* deducido por Christian Basualto Olivares en contra de la sentencia de veintisiete de abril pasado, dictada en estos antecedentes RUC 1500402609-5, RIT 74-2016 del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, los que, en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción a cargo del Ministro señor 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° 27787-2016.