

6. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PROCESAL PENAL

Robo con violencia. I. Fundamento del deber de repeler la prueba ilícita. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales. No cualquier actuación de particulares pone en movimiento la sanción de ineficacia probatoria. II. Funcionario municipal que obtuvo material en un contexto de flagrancia. Procedencia de incorporar al juicio de la evidencia encontrada por el funcionario municipal.

HECHOS

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

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (Rechazado).*

TRIBUNAL: *Corte Suprema.*

ROL: *17414-2021, de 31 de mayo de 2021.*

PARTES: *Ministerio Público con José Fuenzalida Ubilla.*

MINISTROS: *Sr. Haroldo Brito C., Sr. Manuel Antonio Valderrama R., Sr. Jorge Dahm O., Sr. Leopoldo Llanos S. y Abogada Integrante Sra. Pía Tavorari G.*

DOCTRINA

I. *La Corte Suprema 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, el Estado está obligado a velar por el respeto de las garantías fundamentales y a evitar los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, a fin de resguardar la legitimidad del sistema penal y la integridad judicial. En nuestro ordenamiento se reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, de lo que se desprende que la acción estatal no puede ser requisito sine qua non para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto de evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, postura*

que se ve reafirmada por la circunstancia de que la regla de exclusión se encuentra presente no sólo en materia penal –donde es dable convenir que la abrumadora mayoría de las vulneraciones de derechos son cometidas por agentes del Estado– sino también en materia de derecho laboral y derecho de familia, en que los atropellos a derechos fundamentales tienden a ser ejecutados por privados. Ahora bien, no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la sanción de ineficacia probatoria; se requiere, a lo menos, que el privado se subroge –de facto, o en connivencia con un agente estatal– en actuaciones o diligencias propias de la investigación penal, es decir, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *Tal como se establece en el fallo recurrido, el funcionario municipal no obtuvo el material a instancias o en cooperación con los agentes estatales, ni tampoco arrogándose facultades investigativas reservadas a los órganos de persecución, sino que el hallazgo se produjo en un contexto de flagrancia, en el que personas que se encontraban en el lugar le dieron aviso de la ocurrencia de un robo y que el autor del mismo se daba a la fuga en esos instantes por el camino que le señalaron, por lo que el funcionario se dirigió al sitio indicado donde el imputado movió sus ropas, lo que permitió que pudiera observar una llave punta de corona que utilizó para intimidar a la víctima, deteniéndolo, para luego ser reconocido por la ofendida en ese lugar. Tampoco puede estimarse que el acusado haya visto seriamente dañada su legítima expectativa de privacidad respecto de lo que llevaba entre sus vestimentas, desde el momento en que es él quien mueve sus ropas para que viera que nada portaba, permitiendo que el funcionario municipal accediera a conocer que tenía en su tobillo la llave utilizada en la comisión del delito, siendo identificado el imputado, en ese lugar, por la víctima y posteriormente fue entregado a la policía. Entonces, tal como asienta el fallo impugnado, no se observan razones para haber prohibido la incorporación al juicio de la evidencia encontrada por el funcionario municipal, así como el reconocimiento practicado por la víctima en el lugar donde estaba el imputado y, consecuentemente, su valoración positiva no ha lesionado la garantía del debido proceso (considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*

Cita online: CI/JUR/57414/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 129, 130, 295 del Código Procesal Penal.*

LA ENTIDAD SUFICIENTE DE LA INFRACCIÓN EN LA OBTENCIÓN
DE EVIDENCIA PARA QUE ESTA SEA CONSIDERADA PRUEBA ILÍCITA

ALEXIA ALTAMIRANO TABILO
Universidad Alberto Hurtado

Por medio de la sentencia de fecha 31 de mayo de 2021, la Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado en contra de la sentencia definitiva dictada por el 7° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago con fecha 26 de febrero de 2021, que condenó a su representado por el delito de robo con violencia frustrado, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 436 del Código Penal, en relación con el inciso segundo del artículo 7° del mismo cuerpo legal, a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

El recurso de nulidad se fundó en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, debido a la transgresión del artículo 19 N° 3, inciso sexto, en relación con los artículos 6°, 7° y 83 de la Constitución Política de la República, 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7.2 de la Convención Americana de Derechos humanos, 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y 5°, 83, 91 y 129, inciso primero, 180 y 295 del Código Procesal Penal. Concretamente, alega que el Tribunal *a quo* haya valorado positivamente y dado pleno mérito probatorio a prueba obtenida ilícitamente, esto es, por un particular que se atribuyó ilegalmente las facultades investigativas propias del personal policial.

En efecto, la alegación de la defensa puede ser dividida en dos. En primer lugar, afirma que la detención practicada a su representado por parte del funcionario municipal, que da origen a la causa, fue llevada fuera del caso previsto en el artículo 129 del Código Procesal Penal, que solo lo autoriza a detener a quien “sorprendiere” en delito flagrante. Esto, según su lectura, no concurre en el caso concreto, ya que dicho funcionario no fue testigo presencial del supuesto robo que habría cometido su defendido. Es más, el funcionario se entera del robo luego de ocurrido este, a través de las personas que se encontraban en el lugar, quienes le indican que una mujer acababa de ser víctima de un asalto por parte de un sujeto que le intentó quitar su camioneta poniéndole un objeto metálico en su cuello. Asimismo, estas personas le entregan una descripción del autor, indicándole que se trataba de un sujeto que vestía un gorro rojo, pantalón de buzo y polera de rayas. Finalmente, le señalan la dirección hacia la cual el sujeto huyó.

Ahora bien, el 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estimó, en el considerando decimocuarto de su sentencia, contrario a la tesis planteada por la

defensa, que la autorización contenida en el artículo 129 del Código Procesal Penal debe complementarse necesariamente con lo dispuesto en el artículo 130 del mismo cuerpo legal, en el cual el legislador ha dado una definición de lo que ha de entenderse por flagrancia para los efectos previstos en la disposición en cuestión. Así, concluye que la detención del acusado fue realizada en el marco de lo previsto en las letras c) y e) del artículo 130 del Código Procesal Penal. En efecto, la inmediata sindicación que testigos presenciales hicieron del acusado, en los momentos en que este se estaba dando a la fuga, posibilitó su detención.

En segundo lugar, la defensa alega en su recurso que, aun aceptando que el funcionario municipal hubiese estado autorizado legalmente para detener al imputado, este llevó a cabo una serie de diligencias posteriores de manera ilegal, subrogándose en las facultades privativas de los policías: interrogó a su representado, fuera de la hipótesis prevista en el artículo 91 del Código Procesal Penal; procedió a registrar sus vestimentas y a levantar evidencia que se encontraba dentro de sus ropas; y, finalmente, efectuó un reconocimiento del imputado con la víctima, a quien facilitó su desplazamiento con apoyo de otros guardias municipales que llegaron al lugar.

Lo anterior lo funda en que, luego de que el funcionario municipal se desplazara en su camioneta hacia la dirección señalada por los testigos, llegó a una plaza en la que divisó a un sujeto que concordaba con la descripción que le había sido entregada, por lo que se acercó a su posición. Inmediatamente, cuando el sujeto vio su camioneta y cambió de vereda, el funcionario se interpuso, descendió del vehículo y lo retuvo tomándolo de su polera. En seguida, le preguntó “¿en qué andai [sic]?”, respondiéndole el acusado que acaba de pelear con su mujer. Luego le preguntó: “¿qué le hiciste a la señora?”, a lo que le responde que había tenido una pelea con su pareja y que se había ido para no pegarle. Después le preguntó “¿con qué andai [sic]?”, momento en el cual el acusado se levanta su polera y se baja los pantalones, diciéndole que no andaba con nada. En ese momento, el funcionario ve en su tobillo una llave punta corona, por lo que procedió a sacársela y dejarla en el pasto de la plaza en donde se encontraban. Posteriormente, llegaron unos motoristas al lugar, quienes le indicaron al funcionario municipal que fueran a buscar a la víctima, la cual finalmente llega junto a Carabineros. Situándose en la vereda de al frente, el funcionario municipal le hace un gesto a la mujer, la que responde asintiendo por la vía de levantar el dedo.

A su respecto, el Tribunal *a quo* señala en el considerando decimoquinto de la sentencia que los hechos que se dieron por establecidos no muestran que el funcionario haya efectuado registro alguno de las vestimentas del acusado, ni antes ni después de detenerlo. De hecho, la incautación material de la llave punta corona que el acusado mantenía escondida fue resultado de una maniobra de

apoderamiento que aquel efectuó con el solo ánimo de evitar que el detenido la usara en su contra para, de esa manera, eludir la detención.

A mayor abundamiento, y para terminar con esta necesaria contextualización, el Tribunal agrega en el considerando decimosexto que, sin perjuicio de lo anterior, es razón suficiente para desestimar la ilegalidad de la detención y la ilicitud de la evidencia material que de ella se obtuvo considerar que las acciones que realizan los particulares con motivo de una detención no se encuentran sometidas a las reglas y garantías del debido proceso, en la medida en que lo que con ellas se busca es precaver y proteger al ciudadano de los excesos en que puedan incurrir el Estado y sus agentes con motivo de la persecución penal.

Ahora bien, la Excelentísima Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado, principalmente en virtud de las siguientes consideraciones: en primer lugar, descartó en su considerando séptimo que el funcionario municipal haya actuado a instancias o en cooperación con los agentes estatales, o que se haya arrogado facultades investigativas reservadas a los órganos de persecución penal. Ello, en virtud de que el hallazgo de la llave punta corona se produjo en un contexto de flagrancia, conforme lo dispone el artículo 130 del Código Procesal Penal, así como también debido a que fue el propio imputado quien movió sus ropas para que el funcionario viera que nada portaba, permitiendo que el funcionario municipal accediera a conocer que tenía en su tobillo la llave utilizada en la comisión del delito. Esto último excluiría la vulneración a la legítima expectativa de privacidad del acusado. Reafirma esta última idea al señalar que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, relevante, de gravedad, de tal modo que el defecto constituya un atentado de tal entidad que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de esta, cuestión que no puede estimarse que haya concurrido respecto del acusado.

En segundo lugar, y sin perjuicio de que el fallo reconoce la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, aquella que establece que, para dar lugar a la exclusión probatoria de evidencia obtenida con vulneración de garantías constitucionales, no es requisito *sine qua non* que esta provenga de una acción estatal –descartando con ello lo planteado por el Tribunal *a quo* en orden a afirmar que los particulares no se encontrarían sometidos a las reglas y garantías del debido proceso–, precisa que no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la referida sanción de ineficacia probatoria, ya que es necesario que el particular efectúe diligencias propias de la investigación penal, esto es, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes, cuestión que tampoco habría ocurrido en la especie.

Lo dicho precedentemente plantea la cuestión sobre *la entidad necesaria* que ha de tener la infracción en la obtención de evidencia para que la misma pueda

ser considerada prueba ilícita y, con ello, poner en movimiento la sanción de ineficacia probatoria.

A diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación, en la que esta cuestión no se encuentra despejada, esta discusión no es nueva en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En efecto, el juicio o análisis de proporcionalidad que ha de efectuarse en caso de infracciones de las formas procesales para legitimar la exclusión de la prueba tras ella obtenida constituye un presupuesto claro en materia de prueba ilícita¹. Para esta Corte, la existencia de una prueba ilícita no significa inmediatamente la nulidad de una actuación, sino que es preciso traspasar primero el cedazo de la preparación y luego el de la trascendencia que el legislador nacional impuso en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal². En otros términos, solo resultará legítimo excluir la prueba ilegalmente obtenida cuando la ilicitud en que se funda corroe de un modo intolerable la legitimidad de la persecución penal³.

Compartimos la conclusión a la que arriba la Corte Suprema en el caso de marras, en cuanto a que la entidad de la infracción alegada por la defensa respecto del actuar del funcionario municipal no tuvo la entidad suficiente para excluir la prueba obtenida.

En primer lugar, resulta claro que la detención efectuada por el funcionario municipal se produjo en el contexto que consigna el artículo 129 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 130 del mismo cuerpo legal. Ya que, inmediatamente después de ocurrido el delito, el autor fue señalado por los testigos presenciales a través de la indicación de sus vestimentas y el lugar hacia dónde había huido, información que precisamente utilizó el funcionario aprehensor para interceptar minutos después al sujeto, con claras *sospechas* de su participación en los hechos.

En segundo lugar, no se desprende de los hechos que el funcionario, al efectuar preguntas al imputado sobre en qué o con qué andaba, se haya arrogado facultades investigativas reservadas para las policías, sino que más bien con ellas buscaba dar algún grado de certeza a sus sospechas previas sobre la participación que le cabía al imputado en el delito de robo que acababa de cometerse, para así proceder a su detención. En efecto, sin tales preguntas, la hipótesis que lo habilitaba para proceder a la detención carecería de sustento. En otros términos,

¹ Véase Corte Suprema, 9.10.2020, rol N° 104209-2020; 8.06.2020, rol N° 30708-2020; 21.02.2020, rol N° 33252-2019; 18.10.2017, rol N° 37972-2017.

² Corte Suprema, 21.02.2020, rol N° 33252-2019, considerando cuarto.

³ HERNÁNDEZ, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Santiago: Colección de Investigaciones Jurídicas N° 2, Universidad Alberto Hurtado (2005), p. 68.

conforme al criterio de la Corte Suprema, no se trataría de diligencias propias de la investigación penal, es decir, que tiendan a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes, sino que más bien estuvieron destinadas a acreditar la hipótesis de flagrancia para así proceder a su detención.

En tercer lugar, en lo referente al hallazgo de la llave punta corona, si bien el argumento previo no puede ser ya utilizado, debido a que sería complejo descartar su relevancia como una diligencia de investigación propiamente tal, sí es posible afirmar que dicha infracción en la obtención de evidencia no sería suficiente para excluirla como prueba ilícita. En efecto, dicha infracción, si bien se puede vincular con una garantía fundamental consagrada en nuestra Constitución (derecho al respeto y protección de la vida privada de las personas), no la transgrede de modo intolerable, toda vez que fue el propio imputado quien la deja al descubierto. Más aún cuando de los hechos se desprende que la maniobra efectuada por el funcionario municipal de sacarle la llave punta corona al imputado respondió a un acto de defensa.

Finalmente, en lo que dice relación con la diligencia de reconocimiento del imputado por parte de la víctima, la cual tampoco puede descartarse como diligencia propiamente de investigación, lo cierto es que la misma carece de significación y trascendencia, ya que se llevó a cabo en presencia del personal policial, quienes llegaron junto con la víctima al lugar en donde se encontraba el funcionario municipal y el imputado.