II. Corte Suprema

1. Derecho Penal - Corte Suprema

COHECHO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

I. PARTICULARES NO PUEDEN LLEVAR A CABO ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN QUE VULNEREN DERECHOS FUNDAMENTALES. EXCEPCIÓN CONSISTENTE EN UN ACTO DE DEFENSA RESPECTO DE ILICITUDES EN MARCHA. DIFUSIÓN DE DIÁLOGOS QUE DABAN CUENTA DE COHECHO POR EL PARTÍCIPE DE LOS MISMOS NO VULNERA GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. II. PAGO DE LAS COSTAS EN EL PROCESO PENAL. III. CONVERSIÓN DE LA MULTA IMPUESTA POR LA SENTENCIA. APLICACIÓN DE LA LEY Nº 20.587.

Hechos

La defensa del condenado como autor de cohecho calificado de funcionario público recurre de nulidad en contra de la sentencia del tribunal. Funda su arbitrio en las causales de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letra e) del Código Procesal Penal. La Corte Suprema acoge el recurso únicamente por la causal del artículo 373 letra b), toda vez que los jueces del fondo aplicaron una pena sustitutiva no vigente, luego de la modificación introducida al Código Penal por la Ley Nº 20.587.

Antecedentes del fallo:
Tipo: *Recurso de nulidad (acogido).*
Rol: *12279–2013, de 2 de enero de 2014.*
Partes: *"con Cristián Avendaño Avendaño".*
Ministros: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Juan Escobar Z. y Abogados Integrantes Sr. Jorge Baraona G. y Sr. Emilio Pfeffer U.*

Doctrina

I. La negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo. La ley chilena no proporciona razones para no aplicar la exclusión de la prueba ilícita frente a actuaciones estrictamente privadas, ya que el Estado está obligado de modo especial a velar

por el irrestricto respecto 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. Esto significa que los particulares no están autorizados para llevar a cabo actuaciones de investigación que transgredan las garantías constitucionales de las personas. Sin embargo, tal regla admite una excepción: cuando la acción del particular representa un acto de defensa respecto de ilicitudes en marcha. Precisamente así ocurrió en el caso de autos, donde al momento de efectuarse la grabación había una ilicitud en marcha, por cuanto en ese entonces el funcionario público imputado ya había efectuado dos solicitudes de dinero a cambio de información y de ayuda en la obtención del beneficio de salida dominical. En tales condiciones, la intervención del particular por la vía de grabar una conversación estaba permitida.

Por lo demás, la referida actuación –la grabación de una conversación– no vulnera las garantías de los artículos 19 Nºs. 4 y 5 de la Carta Fundamental, pues la intromisión ilegítima en la esfera de la intimidad o privacidad de las comunicaciones aparece determinada en función de los partícipes, es decir, tendrán ese carácter la información o hechos que se revelan cuando la expectativa de intimidad exceda al interlocutor, ya que quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad. Es lo que aconteció en la especie, en que no fue un tercero quien difundió los diálogos sostenidos entre el imputado y la víctima, sino esta última, partícipe de los mismos, quien es titular de la conversación y dueño de su contenido, estando autorizado por ello para reproducirla (considerando 5º de la sentencia de nulidad).

II. *Si bien el artículo 600 del Código Orgánico de Tribunales establece que las personas que gocen de privilegio de pobreza no serán condenadas al pago de las costas, lo cierto es que tal precepto se ve desplazado por el artículo 47 del Código Procesal Penal que, en virtud del principio de especialidad y por tratarse de una norma posterior, prima sobre lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales, prescribiendo en forma perentoria que las costas serán de cargo del condenado. Pese a que el artículo 47 inciso final alude a la exención de las mismas, ella es una facultad con que cuenta el tribunal y, por ende, de libre ejercicio (considerando 7º de la sentencia de nulidad).*

III. *Previo a la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.587, el Código Penal preveía que, si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufriría por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por*

cada quinto de UTM, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses. Sin embargo, la referida ley cambió el texto del artículo 49 del Código Penal, agregando la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y en caso de no contar con acuerdo del condenado para ello, la imposición, por vía de sustitución y apremio, de la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de UTM, sin nunca exceder de seis meses (considerando 7º de la sentencia de nulidad).

Cita online: CL/JUR/1/2014

Normativa relevante citada: *Arts. 19 Nºs. 4 y 5 de la Constitución Política de la República; 49 y 248 bis inciso 1º del Código Penal; 47, 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal; 600 del Código Orgánico de Tribunales; 2º Nº 2 de la Ley Nº 20.587.*

La infracción de garantías fundamentales por parte de particulares y su excepcional admisibilidad probatoria

Miguel Schürmann Opazo
Universidad de Chile

La defensa del imputado presenta ante la Corte Suprema un recurso de nulidad en contra de una sentencia condenatoria por el delito de cohecho de funcionario público, en virtud de la causal prevista en el artículo 373 a) y, en subsidio, por las causales previstas en el artículo 374 e), en relación a lo previsto en el artículo 342 c), y 373 b), todos del Código Procesal Penal. Es decir, se recurre inicialmente por la infracción sustancial de derechos o garantías establecidos en la Constitución Política o en los tratados internacionales de derechos fundamentales, cometidos por un particular –la víctima denunciante– y su utilización del material probatorio obtenido en el Juicio Oral. Por su parte, el primer argumento subsidiario se funda en que se habrían omitido en la sentencia una exposición clara, lógica y completa de los hechos que se tuvieron por probados y la valoración de los medios de prueba rendidos en juicio en el juicio oral, al evidenciar una contradicción en ellos; y, en segundo lugar, impugna la sentencia subsidiariamente también, por una errónea aplicación del derecho al condenar en costas al sentenciado e imputar incorrectamente la conversión de la multa impuesta por días de reclusión en caso de incumplimiento. Sólo será analizada la primera causal de nulidad, dado que las causales subsidiarias no despiertan un gran interés teórico y práctico.

La primera causal de nulidad del recurso se funda en que la evidencia material presentada como prueba de cargo habría sido obtenida por la víctima, un interno

del C.D.P. de Calama, mediante la grabación en dos oportunidades de conversaciones con el imputado, en las cuales éste habría requerido una suma de dinero para entregar información y realizar gestiones a favor del interno. Tanto el audio de las grabaciones como los testigos y peritos ofrecidos por el Ministerio Público que daban cuenta de dicha grabación fueron aceptados como prueba en la audiencia de preparación de juicio oral –pese a la oposición de la defensa– y posteriormente recibidos y valorados por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama.

El caso presenta una serie de interrogantes que –esta vez– la Corte Suprema no elude responder, aunque ello no implique necesariamente la corrección de dichas respuestas. Las preguntas planteadas pueden ser resumidas en las siguientes: ¿Constituye una infracción de garantías fundamentales la grabación subrepticia de una conversación por parte de uno de los interlocutores en la misma? ¿Existe un ámbito de ilicitud de la conducta distinto al delito previsto por el artículo 161-A del Código Penal? ¿Puede valerse el Estado de pruebas obtenidas por particulares con infracción de garantías? ¿Es posible plantear una valoración diferenciada de la admisibilidad de la prueba obtenida por la actividad ilícita de un particular? El orden de las preguntas no es trivial, pues aunque se conteste afirmativamente cualquiera de las primeras, bien podría hacerse lo mismo con las segundas y concluir que la ilicitud de la actuación del particular no afecta a la del Estado, si sus agentes han recibido de buena fe la prueba así producida, sin tomar parte en ni instigar su obtención ilícita. Luego, sólo rechazando las últimas dos se rechazaría toda posibilidad de introducir en juicio pruebas obtenidas ilícitamente por particulares. Y al revés, si se acepta la licitud de una determinada forma de obtención de pruebas por particulares, todas las restantes preguntas sobran.

El análisis de la Corte Suprema sobre este punto se detalla en el considerando quinto de la sentencia, pero en un orden diverso al planteado. Así, respondiendo a las dos últimas cuestiones, la Corte adopta una postura que estimo correcta, citando al profesor Héctor Hernández al efecto, cuando se consulta por la admisibilidad de la prueba ilícita obtenida por actuaciones privadas: la prueba obtenida ilícitamente debe ser excluida si funda la acusación, el fundamento de ello radicaría en que el proceso, en tanto instrumento de resolución de conflictos dentro del ordenamiento jurídico, no podría valerse de infracciones al mismo para la resolución de los conflictos, pues hacerlo implicaría otorgarle una validez incompatible con su valoración por el Derecho como conducta ilícita.

Luego, sin embargo, la Corte Suprema acepta que dicho razonamiento no es absoluto, y por tanto admitiría excepciones. Así, considerando implícitamente que, por regla general, la grabación subrepticia de conversaciones privadas por parte quienes intervienen en ella sería de alguna manera ilícita, en el caso analizado identifica como excepción a dicha ilicitud (y por tanto a la regla que declara inadmisibles las pruebas obtenidas ilícitamente por particulares) la acción del particular que se configura como defensa respecto de ilicitudes en marcha. En el

caso concreto, el imputado ya habría efectuado a quien realizó la grabación dos solicitudes previas de dinero, lo que justificaría el proceder inicialmente ilícito de quien graba subrepticiamente y presenta a juicio esa grabación como prueba de una tercera solicitud de dinero. Este razonamiento, sin embargo, no es en mi parecer correcto, pues un comportamiento previamente calificado como ilícito, sólo puede justificarse si existe una causal de justificación aplicable al caso. Y en este caso concreto, si bien se pueda aceptar que las causas de justificación en el Derecho Penal no se encuentren limitadas por el principio de legalidad, los comúnmente aceptados como principios informadores de las mismas –incluyendo la legítima defensa– difícilmente parecen aplicarse a una situación como ésta. La situación más bien se asemeja a lo que se conoce como actuación *pro magistratu*, regulada en nuestro derecho como detención en caso de flagrancia practicada por un particular. Sin embargo, en este caso, la actuación del particular sólo podría ser admitida si ella satisface al menos los requisitos *materiales* de actuación de un agente encubierto, pues no es exigible que un particular obtenga una autorización judicial o del Ministerio Público. Y la Corte no se pronunció sobre este aspecto.

Por otra parte, creo necesario destacar que, pese a haber resuelto el asunto por la vía expuesta, la Corte Suprema adiciona a su razonamiento las afirmaciones que contestan las dos primeras preguntas planteadas más arriba y, dado que las respuestas son afirmativas, podrían haber sido suficientes para resolver de entrada la cuestión debatida. Citando el precedente asentado en el proceso SCS 8.393-12 de 21 agosto de 2013, la Corte sostiene que "quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad". Pero si en realidad la conducta de grabar subrepticiamente una conversación por parte de uno de los intervinientes fuese *lícita en general*, por no constituir el delito del art. 161-A del Código Penal, con independencia del lugar en que se desarrolla y del contenido de la conversación, entonces la prueba así obtenida sería *lícita*, y no habría lugar para discutir la excepción de *legítima defensa* o *actuación pro magistratu*, conclusiones que no comparto por entender que no es ese el verdadero sentido y alcance del mencionado art. 161-A del Código Penal.