

Santiago, veinte de abril de dos mil veintidós.

Vistos:

En esta causa R.U.C. N° 2100162457-9 y R.I.T N° 41-2021 del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de doce de junio de dos mil veintiuno, se condenó al acusado Claudio Antonio Moya Tudela como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, descrito y sancionado en el artículo 440 N°1 en relación con el artículo 432 del Código Penal, en grado consumado, ocurrido el día 18 de febrero de 2021, en la comuna de Lo Barnechea, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. También se le impone las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

La defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, cuya vista se verificó el pasado veintidós de marzo, según da cuenta el acta de la audiencia de impugnación.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de nulidad se funda de manera principal en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, denunciándose que se realizó un control de identidad fuera de las exigencias establecidas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que deriva en una detención ilegal practicada por guardias municipales, sumado al hecho que realizaron diligencias investigativas autónomas, extralimitándose con ello en sus facultades legales.

Indica que la detención del imputado la practicaron guardias municipales, los que observan a dos individuos que llevaban un cilindro de gas,



sospechando que estaban presenciando la comisión de un ilícito, pero verifican esta situación ex post y para ello realizaron diligencias investigativas a fin de determinar el domicilio desde el cual debió ser sustraída dicha especie. Es decir, que la ostensibilidad de encontrarse ante una situación de flagrancia no era evidente, y requerían realizar diligencias posteriores, labor que llevan a cabo fuera del marco legal permitido, al no existir una situación de flagrancia descrita en el artículo 130 del Código Procesal Penal, así como tampoco tal actividad se encontraba asilada en la facultad de detener que se le confiere a los particulares conforme al artículo 129 del mismo código.

Añade que lo anterior se intenta suplir por parte de funcionarios policiales señalando que efectuaron un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, y que el indicio se sustentaba en la sindicación de testigos, en este caso los guardias municipales, quienes señalan que observan al imputado huyendo con especies presuntamente sustraídas de un domicilio del sector.

Hace presente que el indicio para poder limitar la garantía fundamental de la libertad ambulatoria debe ser corroborado ex ante por los funcionarios policiales y no por particulares, y además, por otro lado, debe ser claro y preciso, circunstancias que en la especie no concurren.

Indica que no hay ninguna disposición legal que autorice a particulares a realizar labores investigativas para el esclarecimiento de los hechos, es más bajo ningún aspecto los guardias municipales pueden ser considerados auxiliares en la investigación de un hecho delictivo.

Finaliza solicitando se acoja el recurso, se declare la nulidad del juicio oral y la sentencia, y se retrotraigan los autos al estado de realización de un



nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de apertura la prueba que individualiza.

Segundo: Que, como causal subsidiaria, invoca la contemplada en el artículo 373 b) del Código Procesal Penal, pues se incurrió en una errada interpretación de los artículos 440 N° 1 y 432 del Código Penal.

Explica que la defensa considera que los hechos descritos por el tribunal no satisfacen todos los requisitos de tipicidad del artículo 440 N° 1 del Código Penal, por cuanto falta el requisito de la fuerza en las cosas descrito por el legislador. En efecto, le da al elemento escalamiento del tipo penal un alcance extensivo, toda vez que el forzamiento de la chapa de una reja perimetral no constituye alguna de las modalidades típicas establecidas por el legislador, el cual se limita a señalar la fractura de puertas o ventanas, y es más, en la especie no concurre fuerza alguna, toda vez que la aldaba de la reja no tenía signos de fractura, lo que se pudo apreciar con las fotografías incorporadas en juicio.

Concluye pidiendo se acoja el recurso, se anule solo la sentencia dictada en aquella parte en que condenó a su defendido como autor del delito de robo con fuerza en lugar habitado, por concurrir los errores señalados y se dicte, sin nueva audiencia –pero separadamente– la respectiva sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, absolviendo a su defendido de los hechos acreditados por no ser constitutivos de delito.

Tercero: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de las causales esgrimidas, la defensa incorporó como prueba pasajes de registros de audio de declaraciones prestadas por testigos.



Cuarto: Que, en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado en su fundamento décimo que *“El día 18 de febrero del año 2021, a eso de las 06:20 horas de la madrugada aproximadamente, el acusado, CLAUDIO ANTONIO MOYA TUDELA, junto a un sujeto a la fecha no identificado, llegaron hasta el domicilio ubicado en calle San Andrés N° 856, comuna de Lo Barnechea, que le sirve de habitación y morada a la víctima LUIS ALEJANDRO BRILLAY SEPULVEDA y su grupo familiar, donde con elementos aptos forzaron la chapa de la reja perimetral, accediendo de esta forma al interior del inmueble, desde donde sustraen dos balones de gas, avaluados en la suma de \$100.000 (cien mil pesos) dándose a la fuga, siendo detenido el acusado en las inmediaciones del lugar, recuperando las especies sustraídas, conociendo el origen ilícito de éstas.”*

Estos hechos fueron calificados como constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 1 en relación con el artículo 432 del Código Penal, en grado de consumado.

Quinto: Que, en relación a la causal principal de invalidación esgrimida, como se desprende del recurso, las afectaciones en que la defensa fundamentó su reclamo se originarían con motivo de determinadas diligencias que habrían realizado guardias municipales respecto del acusado, en especial respecto a determinar si el cilindro que portaba el imputado había sido sustraído y el inmueble desde donde supuestamente se sacó. Se cuestiona la realización de un control de identidad y diligencias de investigación por parte de particulares, lo que vulneraría, de manera trascendental, la garantía del debido proceso, al incorporarse al juicio prueba obtenida de manera ilícita.



Sexto: Que, es importante comenzar el análisis fijando el contexto fáctico en que se habría concretado la vulneración de garantías alegada; de acuerdo a los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, un guardia municipal vio alrededor de las 6:30 horas de la mañana al imputado junto a otro sujeto, arrancando con un cilindro de gas, escondiéndose detrás de un vehículo, logrando huir su acompañante, en un sector donde no habían transeúntes, por lo que procedió a detener al acusado y otro funcionario municipal logró dar con la ubicación del inmueble afectado, que se emplazaba en un lugar cercano a donde fue encontrado el imputado y que se hallaba con el portón abierto, apreciándose desde el exterior el calefón con sus conexiones colgando y sin los cilindros de gas.

Séptimo: Que, relacionando la acción cuestionada con las garantías que se invocan como transgredidas, 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, 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 (SCS 23930-2014, 25.003-2014, 999-2015 y 21430-2016).

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 subroque –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.

Octavo: Que, además, 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 ésta.

Noveno: Que, entonces, delineados los contornos de las vulneraciones de garantías fundamentales que ameritan, en abstracto, el uso del remedio de exclusión, cabe analizar si la infracción denunciada por la defensa, reúne la entidad suficiente para ser considerada una acción ilícita que habilita a poner en marcha tal institución, de acuerdo a los supuestos de hecho asentados en el motivo sexto.

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 el guardia municipal observó a dos personas transitando a tempranas horas de la mañana con un cilindro de gas, los que al verlo, uno emprende la



huida y el otro, el imputado, se escondió detrás de un vehículo, constatando otro funcionario municipal que un inmueble que se encontraba a una corta distancia estaba con su portón abierto y con cables colgando desde el calefón, lo que se apreciaba desde el exterior.

Décimo: Que, entonces, tal como asienta el fallo impugnado, no se observan razones para haber prohibido la incorporación al juicio del testimonio del guardia municipal Cristóbal Alejandro Cofre Troncoso, las declaraciones de los funcionarios de Carabineros y la prueba material.

Undécimo: Que, en consecuencia, cabe estimar que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria en la prueba rendida en el juicio, conforme a sus facultades soberanas, de manera que la causal del recurso en estudio será rechazada.

Duodécimo: Que, como causal subsidiaria de nulidad, la defensa esgrime que se violó la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal en relación con los artículos 440 N° 1 y 432, ambos del Código Penal, al considerar que la aldaba de la puerta de la reja se encontraba forzada, por cuanto la fractura de la chapa de la reja perimetral no se encuentra acreditada, dando una interpretación errónea al término escalamiento.

Décimo tercero: Que, en relación a la consideración de esta circunstancia, los sentenciadores expresan los hechos por los cuales estiman que se encuentra acreditada la fuerza requerida por el tipo penal, de modo tal que al estar asentados los presupuestos fácticos de ella, debe desecharse la causal de nulidad, al exceder su ámbito propio que sólo incumbe a la correcta aplicación del derecho material a los hechos sentados en el juicio.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letras a) y b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se



decide que **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Claudio Antonio Moya Tudela contra la sentencia dictada en la causa RUC N° 2100162457-9 y RIT N° 41-2021 por el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago con fecha doce de junio de dos mil veintiuno, y contra el juicio oral que le antecedió, los que en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Llanos, quien fue del parecer de acoger el recurso de nulidad por la causal principal invocada, anulando tanto la sentencia como el juicio oral y disponiendo la realización de un nuevo juicio por tribunal no habilitado, teniendo para ello presente:

1° Que en la especie se ha esgrimido como fundamento para llevar a cabo la detención del imputado la circunstancia de haber apreciado un guardia municipal a dos sujetos que se encontraban transportando un cilindro de gas a eso de las 6:30 horas de la mañana, en un sector sin transeúntes, huyendo uno de ellos y ocultándose el acusado detrás de un vehículo. Sin embargo, tal comportamiento, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno.

En efecto, de acuerdo a lo asentado en el fallo, lo que motiva la detención del imputado es la circunstancia que transportaba un cilindro de gas a tempranas horas de la mañana y que se escondió detrás de un vehículo, no existiendo noticia alguna sobre la comisión de un delito.

2° Que, asentadas las circunstancias fácticas descritas no es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba visiblemente cometiendo un delito ni existía un grado de certeza sobre si acababa de cometerse, pues el funcionario municipal sólo vio el transporte de un cilindro de gas por parte de unos sujetos, a tempranas horas



de la mañana. Solo en forma posterior a la detención del imputado y para efectos de establecer el inmueble desde donde presumiblemente provenía la especie, un funcionario municipal constató que un domicilio cercano al lugar de la detención, tenía su portón abierto y se apreciaba que los cables del calefón se encontraban sueltos y sin cilindros de gas.

3° Que, de acuerdo al artículo 129 del Código Procesal Penal, cualquiera persona que sorprendiere a otra en delito flagrante, podrá detenerla, debiendo entregar al aprehendido inmediatamente a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.

La única facultad otorgada a los particulares es detener para entregar a la policía u otra autoridad, no para efectuar diligencias propias de los funcionarios policiales y sustituyéndolos, como ha ocurrido en este caso.

4° Que las circunstancias anotadas precedentemente confirman la tesis de que los funcionarios aprehensores debieron realizar diligencias de investigación previas destinadas a la constatación de la comisión de un delito, lo que descarta la ostensibilidad de la flagrancia, pues la evidencia no era manifiesta, lo cual no les habilitaba para detener a una persona que se encuentra caminando con un cilindro de gas, circunstancia que no da cuenta de la comisión de un delito.

5° Que, en consecuencia, al haberse detenido al imputado un particular que no estaba autorizado a efectuar diligencias de investigación ni controlar su identidad para verificar el origen de la especie que portaba, conculca con ello sus garantías fundamentales y, en consecuencia, se ha vulnerado el derecho del acusado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el ordenamiento jurídico, de modo que la evidencia recogida en el



procedimiento incoado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida al margen de la ley.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama y de su disidencia, su autor.

Rol N° 41322-2021.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, veinte de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a veinte de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

