

## 12. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### COHECHO

TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO, CONCEPTO Y LÍMITES. PRINCIPIO DEL VÍNCULO ATENUADO COMO LÍMITE A LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO. OFRECIMIENTO DE UNA ESPECIE A LOS FUNCIONARIOS POLICIALES PARA QUE DIERAN TÉRMINO AL CONTROL DE IDENTIDAD. IMPROCEDENCIA DE APLICAR LA TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO RESPECTO DE LA PRUEBA OBTENIDA DE UN DELITO COMETIDO DE MANERA FLAGRANTE CON MOTIVO U OCASIÓN DE UNA ACTUACIÓN ILEGAL PREVIA DE LOS FUNCIONARIOS POLICIALES. ILICITUD DE BASE NO PRODUCE UNA INMUNIDAD ABSOLUTA DEL IMPUTADO.

### HECHOS

*Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de cohecho. Analizado lo expuesto, la Corte Suprema rechaza el recurso.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *92878-2016, de 29 de diciembre de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Cristóbal Salfate Troncoso”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sra. Andrea Muñoz S.*

### DOCTRINA

*La doctrina del “fruto del árbol envenenado” sostiene que la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Constitución no afecta sólo la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino se extiende también a todos los “frutos” de dicha prueba, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la protección constitucional. La jurisprudencia comparada ha ido reconociendo ciertos límites a ese principio, sobre todo por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse “purgado”. Las*

*excepciones suelen presentarse en tres grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada. Este último –principio del “vínculo atenuado”– corresponde a la idea de que un vínculo causal entre ilegalidad y obtención de determinada evidencia puede encontrarse tan atenuado que llega a “disipar” el vicio (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*En el caso de autos, incluso estimando que los agentes policiales sometieron a un control de identidad al imputado sin concurrir los presupuestos legales habilitantes para ello, producto de lo cual éste, para liberarse de ese control, ofrece una especie que portaba al policía, siendo, por tanto, indudable que no se hubiera llegado al ofrecimiento de esa especie ni a la prueba con que se acredita ello de no ser por la supuesta ilegalidad originaria en el control de identidad, como igualmente innegable el vínculo causal entre la supuesta ilegalidad y la prueba, lo cierto es que dicho vínculo, producto de la propia iniciativa ilícita del acusado sometido a control, quedó lo suficientemente atenuado o disipado como para entender que la prueba del cohecho se ha alcanzado de una fuente autónoma –el delito flagrante del acusado– que se superpone y desplaza a la supuesta actuación ilícita que generó el contexto situacional en que tiene lugar aquélla. En efecto, de no haberse realizado el ofrecimiento del imputado al carabinero para poner término al control de identidad, de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal, luego de haberse determinado su identificación y comprobado que el encartado no tenía órdenes de detención pendientes, y no existiendo otros motivos para mantener su detención ahora por la flagrancia de algún delito –al no existir a la sazón ningún antecedente de que el teléfono fuera el botón de alguna apropiación penalmente prohibida–, el imputado iba a ser necesariamente dejado en libertad; sin embargo, este devenir que establecía la ley fue interrumpido voluntaria y espontáneamente por el acusado al ofrecer al policía que llevaba a cabo la diligencia que diera un término irregular a la misma, abandonándola a cambio de cederle el teléfono celular que portaba, con lo cual, producto de la actuación ilícita del propio imputado, el control de identidad muta a la detención de un delito de cohecho flagrante (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Por otra parte, resultaría igualmente infundado desde la perspectiva de una protección racional de las garantías fundamentales, atenta a los restantes valores involucrados en la persecución penal, consagrar simplemente con fundamento en la actuación ilícita una suerte de inmunidad general y absoluta del imputado por la vía de tornar el hecho investigado en inaccesible para el sistema de justicia criminal y, más aún, en el caso sub judice derechamente conllevaría levantar una suerte de impunidad respecto de todos los delitos cometidos posteriormente por quien fue afectado por el procedimiento policial ilegal original y que, de alguna manera, se hallen relacionados o causalmente vinculados con*

*dicha actuación, atendida la posterior imposibilidad de acreditar tales ilícitos subsecuentes, resultado inaceptable e intolerable, porque vulnera de manera flagrante la garantía constitucional de igualdad ante la ley al poner a ese sujeto en una situación de privilegio y excepción frente a todos los demás por motivos que no pueden admitirse, desde que supone, como contrapartida, dejar en total desprotección los bienes jurídicos que podrían afectarse con esos ilícitos ulteriores, algunos tan fundamentales como la vida y la salud, ya sea de los agentes estatales que hayan incurrido en tal ilegalidad procedimental o de terceros. Nada más piénsese que en el caso de marras, si el acusado, en vez de ofrecer un objeto a los policías a cambio de su huida, hubiese disparado mortalmente a los mismos, pues conforme a la tesis de la defensa el Estado no podría hacerse de ninguna prueba para demostrar ese homicidio, al tener toda ella un nexo causal con la solicitud de identificación que, ilegalmente como sostiene el arbitrio, le piden los policías, corolario que no puede compartirse (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*En otras palabras, el control de identidad que llevan a cabo los policías, si bien fue “condición necesaria” para la actuación posterior del imputado que presencian los policías –el ofrecimiento del dinero–, no fue “condición suficiente” para la misma, pues el imputado debió haberse sometido a la diligencia de control de identidad hasta el término de la misma en la que recuperaría su libertad, sin perjuicio de efectuar posteriormente las denuncias que pudieran proceder a fin de que se determine la responsabilidad administrativa o penal de los funcionarios en caso de que se estime que se hizo un ejercicio abusivo de los procedimientos dirigidos a obtener la identidad –ante la falta de presupuestos para llevarla a cabo–, lo que, conforme al artículo 85 inciso final del Código Procesal Penal, puede ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. Sin embargo, al optar por intentar ponerle término irregular a la diligencia mediante el ofrecimiento prohibido al funcionario público, el acusado, motu proprio, produce las consecuencias procesales ya explicadas (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema)*

*Cita online: CI/JUR/8517/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 85 del Código Procesal Penal; 248 bis y 250 del Código Penal.*

CORTE SUPREMA:

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RIT

523-2016, RUC 1600419337-0, por sentencia de ocho de noviembre de dos mil dieciséis, en procedimiento ordinario condenó a Cristóbal Orloff Salfate Troncoso como autor del delito de cohecho, perpetrado el día 2 de mayo

de 2016, a sufrir las penas de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, inhabilidad absoluta para cargos u oficios públicos temporal menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de una multa de \$100.000.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el doce de los corrientes, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

*Primero:* Que el recurso invoca únicamente la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por vulneración a las garantías de debido proceso y libertad personal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5°, inciso 2°, y 19 N°s. 3 y 7 de la Constitución Política de la República, 7 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9 y 14.1 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y 85 del Código Procesal Penal.

Explica que el procedimiento de control de identidad al que fue sometido el acusado fue realizado sin que se contara con indicios de que éste hubiere cometido o intentado cometer un delito o de que se dispusiera a cometerlo. Precisa que el control de identidad fue producto de una apreciación subjetiva de los funcionarios policiales, los que vieron que en la intersección de la Alameda con calle Amunátegui un sujeto corría tratando de cruzar la calzada de sur a norte por la Alameda, llamándoles

la atención que lo hiciera por entre los autos, lo que no se justificaba ya que el acusado no se dirigió a tomar la micro ni procedió a juntarse con otra persona, y mientras corría miraba hacia atrás y adelante, al tiempo que observaba un teléfono celular que llevaba en la mano. Estos fueron los indicios en que los funcionarios justifican la realización del control de identidad, ya que esta acción según ellos es típica de los que han cometido delitos de robo y hurto. Pero lo cierto es que nadie seguía al acusado, durante el lapso en que se realizó el control de identidad en la vía pública no se acercó ninguna víctima de un delito de robo o hurto que denunciara la sustracción del celular, tampoco se logró encontrar a la supuesta víctima pese a llamar a otras unidades policiales para constatar si habían denuncias sobre la sustracción de un celular de las características del que portaba el acusado.

En consecuencia, en este procedimiento no había ningún elemento objetivo, salvo la apreciación subjetiva de los funcionarios policiales, que diera cuenta que el acusado hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o de que se dispusiera a cometerlo, que habilitara a aquéllos para realizar respecto de éste la diligencia de control de identidad.

Al concluir pide que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de Haroldo González Fernández y Anyelo Ta-

lavera Bello, funcionarios policiales que llevaron a cabo el control de identidad, tres fotografías tomadas el 2 de mayo de 2016 al teléfono celular y la prueba material consistente en el teléfono celular, “por versar y derivar todos ellos de una prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”.

*Segundo:* Que, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias que constituyen la causal esgrimida, el recurrente incorporó prueba de audio, consistente en parte de los atestados rendidos en el juicio oral por los funcionarios de carabineros Haroldo González Fernández y Ányelo Talavera Bello.

*Tercero:* Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditados en su considerando noveno que: “Con fecha 2 de mayo de 2016, aproximadamente a las 16:00 horas, en la intersección de las calles Alameda Libertador Bernardo O’Higgins con Amunátegui, comuna de Santiago, el imputado Cristóbal Orloff Salfate Troncoso, ofreció al funcionario público, funcionario de Carabineros en ejercicio de sus funciones, Haroldo González Fernández, un teléfono celular marca Samsung, modelo Galaxy S6 Edge Plus avaluado en 50.000 pesos, con el objeto de que no persiguiera (sic) practicando el procedimiento de control de identidad en que imputado no mantenía documento de identidad y no ser detenido por carabineros al no tener cómo justificar la procedencia del teléfono. El imputado actuó a sabiendas de que el funcionario no está

habilitado legalmente para acceder a dicha solicitud”.

Estos hechos fueron calificados por la sentencia como delito de cohecho, prescrito y sancionado en el artículo 250 del Código Penal, en relación al artículo 248 bis del mismo cuerpo legal.

*Cuarto:* Que, respecto a los reclamos en que se basa el recurso, el fallo señaló en su considerando noveno que: “...la defensa indicó que los únicos indicios con los que se contó por parte de funcionarios de Carabineros fue la presencia de un sujeto que corría mientras cruzaba la Alameda y que miraba con alegría un teléfono celular.

Sin embargo, en estrados se escuchó la declaración de Haroldo González Fernández, Sargento primero de Carabineros, quien explicó que durante un patrullaje preventivo por la Alameda, al llegar a la intersección de calle Amunátegui, efectivamente vieron que un sujeto corría tratando de cruzar la calzada en dirección sur a norte. Pero que lo que les llamó la atención era que lo hacía entre los vehículos, y no en la zona demarcada para peatones por el cambio del semáforo, como lo aseverara el acusado, ya que el individuo al que vieron cruzó con vehículos en pleno movimiento. Esta temeraria acción, pudo haber estado justificada de la misma manera como lo señaló el sargento González (y en igual tenor el cabo Talavera) por querer abordar un bus de la locomoción colectiva o bien, para poder dar alcance a una persona determinada en el paradero de buses, sin embargo, nada de eso fue apreciado por los funcionarios policiales, quienes no

vieron a persona o micro que explicara la conducta riesgosa de la que estaban siendo testigos.

Tanto el testigo González como Ányelo Talavera Bello, declararon en forma conteste que junto con correr entre los vehículos, sin que lo esperara bus o persona alguna, les llamó la atención que este sujeto corría mirando hacia delante y hacia atrás, como verificando que no lo siguieran, al tiempo que observaba un teléfono celular que llevaba en la mano. El sargento González —con estos indicios— creyó observar una acción que él denominó como ‘típica’ a un reciente delito de hurto, robo o receptación de un teléfono celular, de las que aprecia a menudo, por formar parte del Equipo Foco Delictual de la comuna de Santiago. Y por ello decide realizar un procedimiento de control de identidad. Al inicio de éste, verificó otra acción que le llamó la atención, y que consistió en que el individuo trató de esconder con sus manos el teléfono celular, razón por la cual el sargento González le preguntó que por qué escondía su celular.

Hasta este punto, y tal como lo han observado los intervinientes, no se cuenta —obviamente— con otros testimonios que los de los funcionarios policiales que estaban en el lugar y que relataron las acciones ya descritas como el procedimiento de control de identidad. El tribunal, no observó en los testimonios de los policías ninguna actitud o acción que permita siquiera sugerir que se encuentran los dos faltando a la verdad, o que dan cuenta de un procedimiento falso. Por tanto, este relato razonablemente estructurado, porque no contó

con aportes fantasiosos o mendaces, gana en fuerza no sólo por el número (dos funcionarios contestes), sino porque es un relato completo, lógico, capaz de sostenerse ante las preguntas de la defensa como las del Ministerio Público, y por ello, es que su contenido resulta por cierto, ya que la probabilidad de su ocurrencia es considerablemente alta.

Además, se debe tener presente que no existió antecedente alguno en el juicio que fuera capaz de desvirtuar el postulado fáctico de los testimonios que se vienen analizando, ya que la autodefensa que importó la declaración del acusado no tuvo la fuerza suficiente para sentar ninguna duda razonable. Muestra de este aspecto, fue la múltiple explicación que dio en estrados sobre la razón del bloqueo del celular, ya que en una misma declaración dijo que el aparato había sido bloqueado al pagar una cuenta y luego, que en verdad fue una sobrina quien al apretar botones del dispositivo, terminó por bloquearlo. Así, la versión del acusado no aparece como una consistente, ya que ni siquiera pudo sustentar con presupuestos de notorio y público conocimiento (como el uso de un teléfono celular) la aparente veracidad de sus postulados.

Así las cosas, este tribunal estima que los funcionarios sí contaron con indicios suficientes y en más de dos inclusive, para actuar conforme al mandato del artículo 85 del Código Procesal Penal, ya que observaron a un sujeto que cruzaba la calle de forma temeraria, en plena Alameda con un número considerable de automóviles en movimiento, que miraba para atrás y adelante y que

se mostraba abiertamente interesado en la revisión de un teléfono celular, indicios que justifican plenamente la realización del control de identidad de que se trata, sin observar esta Sala vulneración a garantía alguna”.

*Quinto:* Que como se desprende del petitorio del recurso en estudio, en éste se pretende en definitiva la exclusión de diversos medios probatorios que sirvieron al tribunal de la instancia para tener por acreditado el delito de cohecho que se imputó al acusado Salfate Troncoso, todo ello, por “versar y derivar todos ellos de una prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”, inobservancia que se habría producido en opinión de esa parte, al llevar adelante los policías un control de identidad sin que se presentara la pluralidad de indicios que la ley demanda para autorizar tal diligencia.

En ese contexto, la ilegalidad que se denuncia no tiene lugar al producirse los antecedentes probatorios del delito de cohecho, sino que tiene su origen o germen en la determinación de los policías de someter al acusado a las actuaciones que implica el control de identidad que trata el artículo 85 del Código Procesal Penal y del desarrollo de esas actuaciones derivan aquellos antecedentes probatorios. Es así como de no haberse iniciado el control de identidad que el recurrente estima efectuado sin los presupuestos legales habilitantes para el mismo, el imputado no habría intentado evadir esta diligencia ofreciendo a cambio una especie al policía que lo controlaba y, consecuentemente, no se habría obtenido la prueba testimonial y

los otros medios probatorios –fotografía y el mismo aparato telefónico– que sirvieron para formar la convicción condenatoria del tribunal por el delito de cohecho.

*Sexto:* Que, sentado lo anterior, en principio pareciera aplicable al caso *sub judice* lo que la jurisprudencia estadounidense denomina como “fruto del árbol envenenado”, doctrina en virtud de la cual la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Constitución, no afecta sólo la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los “frutos” de dicha prueba, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la protección constitucional (Hernández B., Héctor. “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”. Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, 2005, N° 2, p. 21).

Sin embargo, la misma jurisprudencia norteamericana ha ido reconociendo ciertos límites a ese principio, sobre todo por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse “purgado”. Las excepciones suelen presentarse en tres grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable

y el principio de la conexión atenuada (Hernández, ob. cit., p. 22).

El principio del “vínculo atenuado”, que viene al caso, corresponde a la idea de que un vínculo causal entre ilegalidad y obtención de determinada evidencia puede encontrarse tan atenuado que llega a “disipar” el vicio, tesis que está enunciada en *Nardone v. United States* (308 U.S. 338 [1939]) (Hernández, ob. cit., p. 25).

*Séptimo:* Que en la especie, aun de estimarse —únicamente para este raciocinio— que los agentes policiales sometieron a un control de identidad al acusado Salfate Troncoso sin concurrir los presupuestos legales habilitantes para ello, producto de lo cual éste, para liberarse de ese control ofrece una especie que portaba al policía, siendo, por tanto, indudable que no se hubiera llegado al ofrecimiento de esa especie ni a la prueba con que se acredita ello de no ser por la supuesta ilegalidad originaria en el control de identidad, como igualmente innegable el vínculo causal entre la supuesta ilegalidad y la prueba, en la especie dicho vínculo, producto de la propia iniciativa ilícita del acusado sometido a control, quedó lo suficientemente atenuado o disipado como para entender que la prueba del cohecho se ha alcanzado de una fuente autónoma —el delito flagrante del acusado— que se superpone y desplaza a la supuesta actuación ilícita que generó el contexto situacional en que tiene lugar aquélla.

En efecto, debe repararse que, de no haberse realizado el ofrecimiento del imputado al carabinero para poner tér-

mino al control de identidad, de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal, luego de haberse determinado su identificación y comprobado que el encartado no tenía órdenes de detención pendientes, y no existiendo otros motivos para mantener su detención ahora por la flagrancia de algún delito —al no existir a la sazón ningún antecedente de que el teléfono fuera el botín de alguna apropiación penalmente prohibida—, el imputado iba a ser necesariamente dejado en libertad, sin embargo, este devenir que establecía la ley fue interrumpido voluntaria y espontáneamente por el acusado al ofrecer al policía que llevaba a cabo la diligencia que diera un término irregular a la misma, abandonándola a cambio de cederle el teléfono celular que portaba, con lo cual, producto de la actuación ilícita del propio imputado, el control de identidad muta a la detención de un delito de cohecho flagrante.

Por otra parte, resultaría igualmente infundado desde la perspectiva de una protección racional de las garantías fundamentales, atenta a los restantes valores involucrados en la persecución penal, consagrar simplemente con fundamento en la actuación ilícita una suerte de inmunidad general y absoluta del imputado por la vía de tornar el hecho investigado en inaccesible para el sistema de justicia criminal (Hernández, ob. cit., p. 77) y, más aún, en el caso *sub judice* derechamente conllevaría levantar una suerte de impunidad respecto de todos los delitos cometidos posteriormente por quien fue afectado por el procedimiento policial ilegal original y que, de alguna manera, se hallen relacionados o causal-

mente vinculados con dicha actuación, atendida la posterior imposibilidad de acreditar tales ilícitos subsecuentes –como se plantea en la especie–, resultado inaceptable e intolerable, porque vulnera de manera flagrante la garantía constitucional de igualdad ante la ley al poner a ese sujeto en una situación de privilegio y excepción frente a todos los demás por motivos que no pueden admitirse, desde que supone, como contrapartida, dejar en total desprotección los bienes jurídicos que podrían afectarse con esos ilícitos ulteriores, algunos tan fundamentales como la vida y la salud, ya sea de los agentes estatales que hayan incurrido en tal ilegalidad procedimental o de terceros. Nada más piénsese que en el caso de marras, si el acusado, en vez de ofrecer un objeto a los policías a cambio de su huida, hubiese disparado mortalmente a los mismos, conforme a la tesis de la recurrente el Estado no podría hacerse de ninguna prueba para demostrar ese homicidio, al tener toda ella un nexo causal con la solicitud de identificación que, ilegalmente como sostiene el arbitrio, le piden los policías, corolario que, como se dijo, no puede compartirse.

*Octavo:* Que, en otras palabras, el control de identidad que llevan a cabo los policías, si bien fue “condición necesaria” para la actuación posterior del imputado que presencian los policías –el ofrecimiento del dinero–, no fue “condición suficiente” para la misma, pues el imputado debió haberse sometido a la diligencia de control de identidad hasta el término de la misma en la que recuperaría su libertad –dado

que no hay antecedente alguno de que en el presente caso la forma de llevar a cabo esta diligencia o su extensión temporal estuviera al margen de lo permitido legalmente o que de alguna otra forma se haya puesto en riesgo o se afectara la dignidad o integridad física o psicológica del controlado, de modo que pudiera justificarse el intento de evadir la diligencia por medios ilícitos–, sin perjuicio de efectuar posteriormente las denuncias que pudieran proceder a fin de que se determine la responsabilidad administrativa o penal de los funcionarios en caso de que se estime que se hizo un ejercicio abusivo de los procedimientos dirigidos a obtener la identidad –ante la falta de presupuestos para llevarla a cabo–, lo que, conforme al inciso final del artículo 85 del Código Procesal Penal, puede ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. Sin embargo, al optar por intentar ponerle término irregular a la diligencia mediante el ofrecimiento prohibido al funcionario público, el acusado, *motu proprio*, produce las consecuencias procesales ya explicadas.

*Noveno:* Que todo lo razonado, en definitiva, conlleva que aun de ser efectivas las ilegalidades que se acusan en el arbitrio por la falta de los presupuestos legales habilitantes para llevar a cabo el control de identidad, su declaración no importa igualmente la ilegalidad y, en definitiva, la exclusión de aquellas probanzas que persigue el recurrente y, en consecuencia, los jueces de la instancia no han vulnerado las garantías que se refieren en el recurso al valorar

dichas pruebas y en base a ellas tener por acreditada la comisión del delito de cohecho y su autoría por parte del acusado Salfate Troncoso, razón por la cual el arbitrio intentado deberá ser desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y 373 letra a) del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Cristóbal Orloff Salfate Troncoso, contra la sentencia dictada con fecha ocho de noviembre de dos mil dieciséis, por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RIT 5232016, RUC 1600419337-0, y el juicio oral que le antecedió, los que, por ende, no son nulos.

Se previene que los Ministros Sr. Künsemüller y Sr. Brito concurren a la decisión de rechazar el recurso, pero estimando que el vínculo causal entre la ilegalidad alegada del control de identidad –de ser efectiva– y la prueba con que se acredita el delito de cohecho, se rompe en el presente caso, no en virtud del principio del “vínculo atenuado”, sino conforme a la doctrina de la “fuente independiente”, por los siguientes motivos:

1º) Que, como ha dicho esta Corte en el fallo dictado en la causa rol N° 49714-16 de 15 de septiembre de 2016, “no debe confundirse la prueba que se deriva o proviene de otra obtenida ilegalmente por los policías, que corresponde a lo que se ha entendido como fruto del árbol envenenado, con la prueba obtenida de un delito que se comete de manera flagrante con motivo u ocasión de una actuación ilegal previa

de los policías para obtener prueba de otro delito”.

2º) Que en la especie, las probanzas con que se tiene por demostrado el delito de cohecho, no derivan de la ilegalmente conseguida en la diligencia de control de identidad, sino que se trata de prueba recabada de manera autónoma y en relación a un hecho delictivo diverso de aquel respecto del cual los policías creyeron tener indicios para realizar el control –robo o hurto–, aunque en el mismo contexto espacio-temporal en que se desarrolla aquel procedimiento.

3º) Que, en efecto, cuando los policías intentaban concretar el control de identidad del acusado, éste realiza una actuación que no está vinculada al mismo –el ofrecimiento de la especie a cambio de su liberación–, pues no es el resultado de las diligencias para determinar su identidad, como sí lo sería, por ejemplo, si al ser requerida su identificación, el controlado hubiera entregado el nombre de un tercero, constitutivo del delito de usurpación de identidad del artículo 214 del Código Penal, o hubiese ocultado su verdadera identidad, proporcionado una falsa, o se negare a acreditarla, constitutivo de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal en relación al artículo 85 del Código Procesal Penal, o usare para ese efecto un instrumento público falso, tipificado en el artículo 196 del Código Penal, etc. Tampoco la actuación del controlado es producto de su registro, como si con motivo del mismo se hubiese descubierto el porte prohibido de drogas, armas o

especies robadas o hurtadas, ni siquiera de un interrogatorio de los policías, sino que, en el marco de esas actuaciones policiales, el imputado solicita el término de la diligencia a cambio de la cesión de la especie que portaba –un teléfono celular–, lo que, desde luego, es observado y percibido directamente por el policía receptor de la oferta como por el funcionario que lo acompañaba, de manera que el conocimiento que éstos toman sobre estos hechos y la autoría del acusado, así como los demás antecedentes que se producen posteriormente para dejar constancia de este delito flagrante –registro fotográfico del teléfono e incautación del mismo– no son el resultado o no provienen de medios probatorios obtenidos con motivo de la realización del control de identidad que los policías llevan a cabo por creer tener indicios de la comisión de un delito de robo o hurto, sino que tienen una fuente suficientemente diferenciable e independiente que impide considerar que ella sea fruto de las supuestas ilegalidades cometidas previamente.

Se previene que el Ministro Sr. Cisternas y la Ministra Sra. Muñoz, que concurren al fallo, para desestimar el recurso de nulidad tuvieron presente, además, lo siguiente:

1°) Que al establecer los sentenciadores del grado que los funcionarios policiales “observaron a un sujeto que cruzaba la calle de forma temeraria, en plena Alameda con un número considerable de automóviles en movimiento, que miraba para atrás y adelante y que se mostraba abiertamente interesado en la revisión de un teléfono celular”, ex-

presan la conclusión alcanzada por ellos de la valoración de la prueba rendida en el juicio, en particular de las declaraciones prestadas por los funcionarios aprehensores.

2°) Que, de esa manera, los hechos reseñados y que fueron asentados por los magistrados de la instancia, constituyen un supuesto fáctico inamovible para esta Corte desde que fue fijado como resultado de su privativa labor de apreciación del material probatorio introducido por las partes en el juicio, labor de ponderación que además ni siquiera ha sido cuestionada por el recurrente mediante la respectiva causal de nulidad.

3°) Que, entonces, esos elementos considerados por los jueces conforman un conjunto de indicios objetivos que podían ser estimados por los policías como un caso fundado habilitante para efectuar el control de identidad que trata el artículo 85 del Código Procesal Penal. En efecto, más allá de si se comparte o no esa apreciación de los policías –respecto de que en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad del imputado–, lo relevante es que el fallo da por ciertas circunstancias objetivas que admiten calificarse como indicios de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de dichos indicios para llevar a cabo el control de identidad.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y de la prevención sus autores.  
Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Mil-  
ton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Sra. Andrea Muñoz S.  
Rol N° 92878-2016.

COMENTARIO SENTENCIA ROL 3268-2016,  
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

DIEGO ROCHOW  
*Universidad de Chile*

La sentencia que a continuación comentaré posee dos aspectos que es necesario analizar. En primer término, las reclamaciones y argumentos relativos a la causal de nulidad invocada por el Ministerio Público. En segundo lugar, la valoración del razonamiento de la Corte en relación a la concurrencia de las circunstancias atenuantes alegadas por la defensa.

El Ministerio Público fundó su recurso de nulidad en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal como causal principal. Señaló que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo al recalificar como un delito de violación de morada los hechos objeto de la acusación. A su juicio, tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo de robo con fuerza en lugar habitado se satisfacían en la especie, pues el ingreso mediante medios ilícitos a una morada ajena y la intención de sustraer especies con ánimo de señor y dueño se acreditaron debidamente. Sin embargo, ninguna de dichas circunstancias logró verificarse durante el desarrollo del juicio. El único hecho que se probó a este respecto fue que el imputado entró a una vivienda ajena sin autorización. Subsumir una determinada conducta en un tipo, así como la decisión de absolución o condena en un juicio penal son operaciones que deben circunscribirse a las circunstancias fácticas que se acrediten durante el proceso. La valoración de los hechos requiere ajustarse a las reglas de la sana crítica, cuestión que impone una cierta limitación al momento de realizar afirmaciones concluyentes en torno a la intencionalidad que subyace a determinadas acciones. En este caso, el supuesto “ánimo rem sibihabiendi” que alegó el ente persecutor no se puede colegir del simple hecho de que el imputado logró “mover” algunos maceteros del domicilio de la víctima. Es por esto que la decisión de la Corte resulta correcta en este punto.

En cuanto a la causal subsidiaria del artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal y la supuesta infracción al principio de no contradicción, cabe señalar que

el argumento esgrimido por el Ministerio Público resulta artificioso. Como se desprende del fallo de la Corte, la supuesta contradicción entre las premisas relativas al ingreso al hogar de la víctima por parte del condenado no es tal y se basa en una lectura parcial de la sentencia. El tribunal de segunda instancia acierta al descartar este supuesto. Pareciera ser que el recurrente construyó su razonamiento sobre la base de aseveraciones desarticuladas de dos considerandos de la resolución del tribunal de primera instancia. Con ello, dejó de lado la concatenación de razones que se presentaban en la sentencia y, a su vez, incurrió en un error de interpretación respecto al sentido que otorgó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal a dichas premisas. En un correcto examen de la sentencia, la Corte comprendió que se trataba de dos afirmaciones complementarias que se explican de manera adecuada a partir de una lectura global del fallo. Si bien es cierto que a primera vista las resoluciones judiciales suelen contener fundamentos inapropiados o incluso incoherentes, un ejercicio de interpretación global como el que realizó la Corte en este caso puede subsanar dicha clase de problemas.

La defensa del imputado también justificó su recurso de nulidad en la causal del artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal. Su argumento consistió en que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal habría incurrido en una errónea aplicación del derecho al momento de descartar la procedencia de las circunstancias atenuantes del artículo 11 numerales 7 y 9. Ello derivó en la imposición de una pena privativa de libertad más alta que la que hubiera correspondido aplicar en caso de haberse aceptado de ambas atenuantes. En este punto, es relevante examinar los argumentos acuñados por la Corte para reafirmar el fallo del tribunal de primera instancia.

En opinión del tribunal superior, la doctrina y jurisprudencia nacional son unánimes en estimar que la concurrencia de la atenuante del artículo 11 N° 7 requiere que el imputado realice conductas que tiendan a reparar el perjuicio causado o sus posteriores consecuencias y que la acción se lleve a cabo con el mayor esfuerzo posible. El tribunal de primera instancia estableció que ninguno de dichos requisitos concurría en este caso, pues la suma de dinero depositada a modo de reparación era exigua y el breve tiempo anterior a la realización de la audiencia de juicio en que se realizó el depósito demostraba que no existió una verdadera intención de reparar el mal causado con el delito. Ambas consideraciones resultan improcedentes. El “celo” con que se procure reparar el mal causado o impedir las ulteriores consecuencias del delito es una cuestión que no puede medirse en términos cuantitativos absolutos; tampoco cabe aducir criterios de temporalidad para establecer si ha existido o no la intención de alcanzar el propósito que supuestamente perseguiría el “espíritu” de la legislación. La opinión mayoritaria en la doctrina considera que la motivación del autor es un aspecto irrelevante para estos efectos y que ni siquiera es necesaria la reparación efectiva del mal. Para configurar el “celo” en la reparación basta con

que exista una preocupación y sacrificio que se ajuste al desarrollo de un esfuerzo personal por parte del autor.<sup>1</sup> Por otra parte, autores como Cury y Garrido han sostenido que el intento por reparar el mal causado por el delito puede hacerse incluso hasta antes de la dictación de la sentencia definitiva.<sup>2</sup> El criterio acuñado por ambos órganos judiciales carece de un asidero normativo y de razones jurídicas suficientes para descartar la procedencia de la atenuante del artículo 11 N° 7. Lo que se aprecia es un ejercicio argumentativo *ad hoc* para descartar esta circunstancia modificatoria. Al aplicar a este caso el fundamento político-criminal que subyace a esta atenuante, es decir, proteger los intereses de la víctima, se debiera haber concluido que su concurrencia resultaba efectiva, ya que el depósito de la suma de dinero hecho por el imputado constituyó una reparación suficiente en atención al daño provocado por el delito de violación de morada.

En relación a la circunstancia del numeral 9° del artículo 11 del Código Penal se observa una errónea fundamentación por parte de la defensa y una interpretación sumamente exigente por parte del tribunal superior. Lo primero, por cuanto, como señala correctamente la Corte, el mero hecho de prestar declaración durante el juicio y con ello renunciar al derecho a guardar silencio no constituye una base para estimar que concurre la colaboración sustancial. Es necesario que se aporten antecedentes que contribuyan al desarrollo de la investigación, sea mediante la declaración del imputado ante el tribunal o el ente persecutor, o a través de otros medios idóneos para alcanzar dicho propósito. Lo segundo se debe a que ambos tribunales parecieran comprender que esta atenuante requiere prácticamente un esclarecimiento total por parte del imputado de los hechos objeto del juicio. La Corte señaló que la colaboración sustancial procede únicamente ante “una disposición total, completa y permanente de aportación al esclarecimiento de los hechos”. No obstante, esto excede el contenido mínimo que la doctrina ha establecido para su verificación. Como señala Mera, la colaboración debe consistir en un aporte efectivo para los hechos materia de la investigación, sin que ello implique la obtención de resultados concretos ni que sea relevante la motivación del sujeto para prestar la colaboración.<sup>3</sup> Con base a estos elementos, resulta claro que la “voluntad permanente y constante” a la que alude el tribunal sobrepasa

---

<sup>1</sup> Por todos, ver, MERA, Jorge, Comentario al artículo 11 N° 7 del Código Penal, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105), (Santiago, 2011), pp. 298 y ss.

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> Ver, MERA, Jorge, Comentario al artículo 11 N° 9 del Código Penal, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores), Código Penal Comentado. Libro Primero (arts. 1° a 105), (Santiago, 2011), pp. 305 y ss.

las exigencias mínimas para la configuración de esta circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal.

En suma, la sentencia objeto de este comentario presenta un matiz positivo en atención a la forma en que se descartó el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público y una serie de aspectos problemáticos respecto a la valoración y requisitos de las circunstancias atenuantes que alegó la defensa. En relación a eso último, y dada la importancia que posee la jurisprudencia relativa a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal para articular una correcta comprensión de las mismas, es de esperar que los tribunales de justicia utilicen de manera adecuada y no antojadiza las consideraciones que sobre este tema se han esgrimido en la doctrina penal chilena.