

Santiago, veintidós de mayo de dos mil veinte.

Vistos:

En esta causa RUC 1.900.315.643-8 y RIT 220-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, por sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve, se condenó a XXXXXXXX , como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación al artículo 1° de la Ley 20.000, perpetrado el día 24 de marzo de 2019, en la comuna de Coihueco, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de una multa de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En contra de esa decisión, la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este Tribunal y se conoció en la audiencia pública celebrada el pasado cuatro de mayo, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y considerando:

Primero: Que, el arbitrio recursivo se sustenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, señalando que la sentencia recurrida infringió las garantías constitucionales consagradas en los artículos 19, N° 3, inciso quinto y, 19, N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, esto es, el debido proceso, en relación al derecho que ampara, a cada una de las personas, a un proceso previo legalmente tramitado y a la libertad personal.

Señala que, para tener por probada la participación de su defendido, los sentenciadores tuvieron en vista el testimonio de funcionarios de carabineros que participaron en el procedimiento, el cual claramente contiene actuaciones realizadas con infracción de garantías fundamentales del acusado.

Expresa que, las actuaciones que estima viciadas por afectar las garantías expuestas derivan de un procedimiento iniciado a través de una denuncia anónima, la cual carece de caracteres que permitan otorgarle seriedad y verosimilitud, pues el único antecedente que se tiene al respecto es que, quien efectúa la misma, es una persona de sexo femenino, sin ningún otro dato que permita sostener válidamente que dicha denuncia reúna los requisitos básicos para ser considerada como tal; los funcionarios policiales no entregaron antecedente alguno respecto de la persona que la efectúa, así como tampoco queda registrada de manera alguna, imposibilitando a la defensa de poder desvirtuar ese antecedente investigativo, por tanto, pudiendo incluso cuestionar la efectividad de su existencia.

Considera que, la denuncia anónima y la omisión en la narración de un hecho ilícito, imposibilitaba de forma absoluta a funcionarios de carabineros de realizar un control de identidad, aquello, en razón de no existir indicio objetivo, serio y verificable que enmarcara dicha diligencia dentro de la legalidad. En razón de lo anterior, legítimo resulta el cuestionamiento de la legitimidad de dicho control de identidad, si tal como se señaló en el parte policial y en la declaración de funcionario a cargo del procedimiento, no existía denuncia de delito alguno que estuviera cometiendo su representado.

Concluye que se procedió por funcionarios de carabineros a realizar un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, teniendo como antecedente previo una denuncia anónima en la que se aportan características físicas y de vestimenta de una persona de sexo masculino que se encontraba en un paradero, tal como se ha venido razonando precedentemente, no se efectúa relato o narración de hecho ilícito que haya cometido, estuviese cometiendo o se dispusiera a cometer. Estas actuaciones ilícitas, cometidas los agentes policiales, solo pueden conducir a que toda la prueba obtenida sea considerada ilícita y desapegada a derecho, por lo que solicita acoger el recurso de nulidad, e invalidar tanto el juicio como la sentencia recurrida, determinando el estado en que deba quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, con exclusión de la totalidad de la prueba, y se disponga la realización de un nuevo juicio.

Segundo: Que, para efectos de acreditar las circunstancias que justificarían la causal de nulidad alegada, la defensa incorporó en la oportunidad procesal pertinente, como prueba documental el parte policial, y el registro parcial de la declaración vertida en juicio por Lorenzo Arenas Roa, funcionario policial.

Tercero: Que, los hechos establecidos por la sentencia recurrida, fijados en el motivo decimocuarto del fallo en revisión son que, *“...con fecha 24 de Marzo del año 2019, en horas de la tarde, funcionarios de Carabineros sorprendieron al acusado XXXXXXXX , en la vía pública, frente al XXX de la comuna de Coihueco, poseyendo y transportando al interior de un bolso negro con gris deportivo, 1.870,0 gramos de cannabis sativa elaborada, las que poseía con fines de comercialización, sin la debida autorización”*.

Estos hechos fueron calificados como un delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la Ley 20.000.

Cuarto: Que en relación a los cuestionamientos que se formulan en el recurso, la sentencia los desestimó debido a que, *“...la defensa del acusado cuestionó la validez del procedimiento policial que culminó con la detención del imputado, argumentando que los funcionarios policiales realizaron un control de identidad ilícito, debido a que se fundó en una denuncia anónima que no refería la comisión de algún delito. Sin embargo, de la prueba rendida, permite concluir que el control de identidad que se realizó al acusado, se ajusta a nuestro ordenamiento procesal penal, y por tanto es lícito, al igual que la prueba obtenida de él.*

1°. *En efecto, tal como expusieron los funcionarios de Carabineros Lorenzo Arenas y Nicolás Ponce, el día 24 de marzo de 2019, realizaban un patrullaje por la comuna de Coihueco, y en tales circunstancias, una mujer adulta, les hizo señas para que detuvieran la patrulla en la que se desplazaban y les indicó que en la misma avenida Arturo Prat, frente al número 989, se encontraba un sujeto de sexo masculino, de nombre XXXXXXXX , apodado el Chanco Negro, quien portaba un bolso deportivo en su espalda y se encontraba vendiendo drogas. Además, les indicó las características de vestimentas del sujeto, quien llevaba un buzo gris, un polerón negro, además de las características físicas del mismo sujeto. Añadieron ambos funcionarios que ellos se desplazaron inmediatamente al lugar, en donde vieron a un sujeto, quien era la única persona que estaba en el paradero y cumplía todas las características dadas por la mujer, por lo que le realizaron un control de identidad, del artículo 85 del Código Procesal Penal, revisando sus vestimentas y el bolso que portaba, constatando que en este último*

llevaba una sustancia vegetal de apariencia cannabis sativa, por lo que procedieron a detenerlo por el delito de tráfico de drogas. El Cabo Arenas añadió que, cuando la mujer les realiza la denuncia, les indica donde estaba el sujeto, el cual se encontraba a unas tres cuadras de donde ellos se encontraban y desde aquel lugar era visible tanto para ellos como para la mujer, quien, precisamente, les apuntó y sindicó al sujeto.

2°. Que, como se advierte, ambos (sic) los funcionarios policiales realizaron el control de identidad al imputado motivado por la denuncia que les realizó una mujer, que no se identificó y cuyos antecedentes personales tampoco fueron registrados, tanto por el temor a represalias como porque los funcionarios se trasladaron de inmediato al lugar en donde se encontraba el sujeto, pues, como ambos refirieron, éste se encontraba en un paradero de locomoción colectiva y era factible que pudiese huir del lugar o abordar alguna locomoción. Asimismo, quedó también establecido en el juicio que el funcionario Lorenzo Arenas, al prestar declaración policial, si bien expuso todas las características dadas por la mujer respecto del sujeto, incluso el nombre de éste, la ropa que vestía, el bolso que portaba y sus características físicas, no consignó que ella le hubiese indicado que el sujeto vendía droga.

3°. Que, ni el hecho que no se hubiese consignado la identidad de la denunciante, ni que tampoco se hubiese registrado en la declaración del Cabo Arenas el delito que se le atribuía al imputado, invalidan el control de identidad, puesto que, en primer término, ambos funcionarios fueron contestes en estrados acerca de la información que aportó la mujer, consistente en que el sujeto que estaba en el paradero de locomoción colectiva, se encontraba vendiendo droga, y

sólo respecto del Cabo Arenas, dicha información no se consignó en su declaración, pues, respecto del Carabinero Ponce, éste afirmó que ello fue lo que le dijo la mujer y que eso era lo que había ocurrido, y si bien no recordaba si estaba consignado en el parte policial o en su declaración, él no fue contrastado por la defensa con su relato en sede policial, para refrescar memoria o evidenciar contradicción, lo cual deja de manifiesto que no existió tal contradicción y que efectivamente ello sí se registró en el parte policial y en su declaración en dicha sede. Así entonces, que respecto del Cabo Arenas ese antecedente no se hubiese consignado, ciertamente que se trata de un error, que no invalida el procedimiento policial ni priva a la Defensa del adecuado conocimiento de la prueba de cargo, pues, en los otros instrumentos de registro y en la declaración del Carabinero Ponce, sí se consignó. De igual forma, no resulta lógico suponer que los funcionarios hubiesen realizado un control de identidad a una persona por la sola indicación de que éste estaba en un paradero con un bolso, pues ello no es indicio de nada, sino por el contrario, resulta razonable suponer que lo que les señaló la mujer a ambos funcionarios fue que el sujeto cometía un delito, específicamente, que vendía droga. De esta forma, la alegación de la Defensa, en este punto, debe ser desechada.

Ahora bien, en lo referente a la denuncia anónima y su validez, cabe destacar que, en este caso, atendida las circunstancias narradas por los funcionarios policiales, ella se encuentra prácticamente al límite con la hipótesis de flagrancia contemplada en el artículo 130 letra e) del Código Procesal Penal, desde que una testigo presencial de un delito cometido en un tiempo inmediato, señalaba como autor de él al imputado, a quien, por lo demás, individualizaba

incluso con sus nombres y apellidos, de modo que los funcionarios no podían sino actuar en la forma que lo hicieron. La denuncia, si bien anónima, no sólo daba cuenta de un delito, sino que además sindicaba directamente al hechor, quien se encontraba incluso a la vista de los funcionarios antes de realizar el control de identidad, de modo tal que, si bien ellos no presencian directamente la comisión de un delito y por ende no pueden detener en flagrancia al sujeto, sí pueden y deben realizar un control de identidad, pues tanto la denuncia que realiza la mujer, como lo que ellos logran apreciar directamente, configuran un indicio objetivo, serio y verificable de la comisión de un delito que se había perpetrado en un tiempo inmediato y eventualmente, podría estarse aún cometiendo, por lo que el control de identidad se sujeta a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal. En forma relacionada, la circunstancia que la identidad de la denunciante no se hubiese consignado en los registros policiales, debido a la reticencia de ésta por miedo a represalias y a la premura del procedimiento policial, no le quita sustento al actuar policial, pues, atendida la sindicación directa realizada por ella de la comisión de un delito, del sujeto que lo había cometido, del lugar donde estaba, de sus características, de su vestimenta e incluso de su nombre y apodo, ella aporta un antecedente serio, verosímil y verificable de la comisión de un delito, que, unido a lo apreciado por los propios funcionarios policiales, le da plena validez al procedimiento policial adoptado. Así también lo ha entendido la Excm. Corte Suprema, al señalar que , “...si bien no se contó con la identificación del denunciante, la descripción del imputado, sindicado como vendedor de drogas, constituyó una comunicación que revestía caracteres de seriedad y verosimilitud, lo cual ciertamente era señal de una probable acción delictiva”. SCS, Rol 1275 –

2018, del 7 de marzo de 2018.

4°. Que, en consecuencia, y como se ha venido razonando, el control de identidad efectuado al acusado se basó en un indicio serio, objetivo, verosímil y verificable, de la comisión de un delito de tráfico de drogas que se habría efectuado en tiempo inmediato y que incluso - como ocurrió en la especie- se podía continuar cometiendo, de modo tal que el mencionado control de identidad se ajusta a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, y por ende es lícito.

5°. Que, en forma relacionada, las pruebas que emanaron de la actividad policial – control de identidad y dentro de él, registro del equipaje del imputado- consistentes en los dichos de los funcionarios policiales, la evidencia encontrada en poder del imputado, esto es, la droga encontrada en el bolso, el bolso mismo, las 2 fotografías que fueron realizadas y exhibidas en juicio, así como la pericia bioquímica y toda la documental vinculada con la droga encontrada, son pruebas lícitas y por ende, serán valoradas positivamente por parte de estos sentenciadores.

Quinto: Que, el artículo 85 del Código Procesal Penal dispone, en su inciso 1°, lo siguiente: “Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o

emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos”.

Sexto: Que, la norma supone que la habilitación policial ha de fundarse en elementos objetivos que permitan el control de identidad y las actuaciones que le son propias, es decir, no se trata de una mera subjetividad o intencionalidad que crea ver el policía, validando de esa forma cualquier elemento como indicio, por ejemplo, antecedentes policiales, estilo de vestimenta, rango etario, sector social, sino que lo exigible es la presencia de circunstancias objetivas y comprobables que den sustento y seriedad a la intervención policial.

Séptimo: Que, como se desprende del recurso, las infracciones en que la defensa fundamentó la petición de invalidación se originarían con motivo de la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, inmersa, según su parecer, en un procedimiento al margen de la normativa que lo regula, y su posterior incorporación y valoración en el juicio oral. En particular, cuestiona la realización de un control de detención al margen de la legalidad, diligencia investigativa desde la que precisamente arranca la imputación delictiva contra el imputado.

Octavo: Que, por regla general, la actuación de la policía debe realizarse bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño puede ser autónomo, pero en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive la restricción de derechos. En efecto, la ley trata de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, siendo evidente que

cuando se trata de una normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, como sucede con el control de identidad, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción.

Noveno: Que, en el caso *sub lite*, al parecer del sentenciador, la policía actuó en virtud de un indicio válido y suficiente que la habilitaban para llevar a cabo un control de identidad, el que fue obtenido a partir de la información proporcionada por una mujer no identificada, consistente en que un individuo se encontraba vendiendo droga, sin embargo, en el parte policial, y pese al detalle exhaustivo de las características del imputado que habría referido la supuesta denunciante, no contiene la descripción de la conducta indiciaria de la comisión de un ilícito que motivó el actuar policial.

Décimo: Que, tal conclusión no resulta aceptable, ya que como se ha señalado reiteradamente por esta Corte, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados en la Carta Fundamental 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", Jornada sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en "Tratado de Derecho Procesal Penal", Thompson Aranzadi, 2004, página 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 3º, 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"*.

Undécimo: Que, en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad la circunstancia de haberse recibido una denuncia anónima, con una completa descripción del denunciado que se encontraba en la vía pública y de ello habría surgido el indicio sobre la presunta actividad delictiva. Sin embargo, tal comportamiento, desde una perspectiva *ex ante*, carece totalmente de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno, máxime si en el parte policial que incorporó la defensa no existe la descripción de un hecho indiciario que permitiese el obrar de los agente policiales, bajo el amparo de lo que preceptúa el artículo 85 citado.

Duodécimo: Que, descartado el indicio justificante del control de identidad, tampoco 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 (de hecho los funcionarios nada vieron), pues la información que describe el parte policial sobre la presencia del imputado en la vía pública, se refiere a una conducta que cualquier persona puede realizar en virtud de la libertad ambulatoria y, en consecuencia, constituye una conducta lícita.

Decimotercero: Que, en consecuencia, por no haberse constatado un indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado 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.

Decimocuarto: Que, como acierta el recurso, cuando los jueces del fondo valoraron en la sentencia antecedentes revestidos de ilegalidad, se materializó la infracción a las garantías constitucionales que aseguran el derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia 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, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que

solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Decimoquinto: Que, la prueba rendida en la vista del recurso por el impugnante avala las conclusiones anteriores, pues del mérito de la misma se colige que la detención del acusado obedeció a la denuncia consignada en el parte policial, la cual no describe ninguna conducta punible, sin que los funcionarios policiales hayan constatado la realización de alguna actividad ilícita que se tuvo por establecida en el fallo que se revisa.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido a favor de XXXXXXXX y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de treinta y uno de diciembre de dos mil diecinueve y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1.900.315.643-8 y RIT 220-2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Nº 1.186-2020.