

Santiago, veintiséis de octubre de dos mil veinte.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en causa R.U.C. 1901365531-9 y RIT 112-2019, por sentencia de siete de septiembre de dos mil veinte, condenó a XXXXXXXX como autor de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, prescrito y sancionado en el artículo 3º en relación al artículo 1º de la Ley N° 20.000, ocurrido el día 17 de diciembre del año 2019, en la comuna de El Quisco, a la pena de cinco años y un día de presidio menor en su grado máximo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de una multa de cinco unidades tributarias mensuales.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el seis de octubre pasado.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso interpuesto por la defensa de XXXXXXXX invoca la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto durante la sustanciación de la presente causa se vulneraron la garantía del debido proceso, los derechos a la libertad ambulatoria y a la inviolabilidad del hogar.

Explica que el procedimiento policial se gestó a partir de que Carabineros se acercó al acusado para solicitar su identificación, lo que motivo que este huyera rápidamente del lugar, desprendiéndose de un paquete que portaba, lo que fue observado por los funcionarios policiales, pero a juicio de la defensa se trata de una conducta neutra, pues era imposible que los

funcionarios policiales supieran el contenido de esa caja o paquete, por lo que actuaron en base a una sospecha o instinto policial, lo que se aleja de un indicio objetivo.

En este sentido se desvanece la hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal como los supuestos que regula el artículo 129 inciso final que da por establecidos el tribunal a quo, no existiendo motivo para detener a su representado en el lugar donde se encontrare, que en este caso era su domicilio de calle XXXXXXXX , El Quisco, pues hasta ese punto Carabineros no sabía lo que contenía esa caja envuelta con cinta de embalaje para estar efectivamente tras la persecución de un delito y no obstante aquello, el otro funcionario policial sale en seguimiento de este sujeto y pide autorización a una tercera persona para ingresar al inmueble bajo los supuestos del artículo 205 del Código Procesal Penal.

Además, el propio funcionario policial señala en su declaración que sabía que en el lugar donde ingresó el acusado, se arriendan cabañas y viven más personas, como es el caso del imputado, que alquilaba la cabaña número veintiuno, teniendo en este caso la calidad de mero tenedor, en virtud de un justo título, por lo que detentaba su posesión de buena fe, por lo que se necesitaba la autorización del acusado de acuerdo al artículo 205 del Código Procesal Penal para que funcionarios estuvieran habilitados para el ingreso y registro del inmueble, o en su defecto comunicarse con el fiscal para solicitar orden judicial.

Indica que los sentenciadores argumentaron que los comprobantes de pago de arriendo exhibidos por la defensa no acreditan propiedad, y que estos no se apoyan en documentos que permitan darle fuerza probatoria, pero a

juicio del recurrente tales comprobantes acreditaban la mera tenencia de su representado respecto del inmueble.

Precisa que el control de identidad se efectuó en el baño del domicilio del imputado, y al no portar su cédula de identidad, lo trasladan a la comisaría, comunicando recién el procedimiento al fiscal, para luego llevarlo a constatar lesiones de acuerdo a DAU médico N° 239935, de fecha 17 de diciembre de 2019, a las 16.35 horas, sumado a que el acta de lectura de derechos es de las 17:20 horas, más de una hora después que ingresan a su domicilio, sin cumplir con los requisitos del artículo 205 del Código Procesal Penal.

Concluye que en este caso se procedió por funcionarios policiales a realizar un control de identidad y posterior ingreso al inmueble de su defendido, sin existir un indicio evidente y objetivo, por lo que tampoco se está en el marco de la existencia de un delito evidente tal como declaró el funcionario, sin que existiera hipótesis de flagrancia, no obstante el policía generó una posterior entrada y registro al inmueble del imputado con una autorización que la otorga una persona distinta del propietario o encargado de la cabaña número 21, infringiendo los artículos 85, 130, 129 y 205 del Código Procesal Penal, toda vez que los funcionarios policiales no apreciaron con sus sentidos indicio alguno, ni iban en persecución de un individuo que debieran detener, siendo detenido al interior de su inmueble para ser trasladado a la comisaría en el marco de un control de identidad, llevándolo a constatar lesiones, para concluir con la lectura de derechos una hora más tarde donde se entera que está detenido por un delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

Estas actuaciones cometidas por la policía hacen que toda la evidencia que se incautó constituya prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la prueba de que de ello derive, que en la especie es

toda la ofrecida por el persecutor, efectivamente incorporada en el juicio oral, y positivamente valorada por el tribunal.

Termina solicitando se anule el juicio y la sentencia, reestableciendo la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto.

Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento séptimo tuvo por acreditado que, *“el día 17 de diciembre de 2019, alrededor de las 16:05 horas, en la intersección de calle Miramar con Nueva De Luz, comuna de El Quisco, el acusado XXXXXXXX , portaba en sus manos un paquete enhuinchado en cinta embalaje contenedor de 760 gramos de marihuana elaborada, sin autorización competente”*.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, cometido en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 3° de la Ley 20.000.

Luego, en el motivo octavo, los sentenciadores establecen, al analizar la prueba rendida por el Ministerio Público, que los funcionarios policiales se acercaron al imputado a practicarle un control de identidad al percatarse que llevaba en sus manos un objeto envuelto en cinta de embalaje.

Acto seguido, los mismos jueces en el apartado undécimo, haciéndose cargo de la alegación de la defensa en cuanto a que el control de identidad que antecedió a la detención del acusado no se ajustó a derecho –debido a la falta de un indicio que permitiera su realización-, y a la entrada y registro efectuada al domicilio del acusado sin que concurrieran los supuestos legales que lo

permitieran, sostuvieron, para desestimarlas que *“la actuación policial que nos convoca, se gestó como se dijo, a partir de que carabineros se acercó al acusado para solicitar su identificación, lo que motivo que este huyera rápidamente del lugar, desprendiéndose del paquete –de drogas- que portaba –el que fue observado por carabineros-, generando no sólo el indicio suficiente para que pudiera carabineros seguirlo a efectos de controlar su identidad, conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal, sino que además, permitiendo que pudiera también el personal policial, constatar que lo que arrojó era droga, y por ello, pudiera proceder a su detención flagrante, en el mismo lugar en donde éste se encontraba, que en este caso era donde – supuestamente- se encontraba arrendando, para cuyo acceso carabineros actuó amparado por la autorización de entrada y registro que le fue otorgada por la propietaria del domicilio conforme al artículo 205 del Código Procesal Penal.*

No obstante lo anterior, es dable además mencionar, que dada la situación de flagrancia en que se encontraban, conforme al artículo 130 letras a) y b) del mismo cuerpo legal, bien pudo carabineros ingresar al recinto cerrado, directamente a practicar la detención del encausado, incluso sin contar con la autorización que les fue otorgada, conforme a la facultad contenida en el artículo 129 inciso final del citado Código”.

Tercero: Que así las cosas, aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron al control de identidad cuestionado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado que el imputado, quien vestía con un buzo y una polera rosada, portaba un objeto envuelto con cintas de embalaje.

Cuarto: Que, de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, para proceder al control de identidad, debe existir algún indicio de que la persona de cuya identificación se trata haya cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo o concurrir alguno de los demás supuestos que en dicho precepto se establecen.

Que, esta Corte ha reiterado a través de numerosos fallos que el indicio a que alude la ley debe atender “prioritariamente más bien a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a los policías, para dilucidar si se trata o no de un indicio de que la persona a fiscalizar “hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o de que se dispusiere a cometerlo” —o se encuentre en alguno de los otros supuestos que trata la norma—, con abstracción de si esos hechos y circunstancias constituyen uno o varios indicios, sino únicamente a si los mismos justifican razonablemente la temporal restricción de la libertad personal de quien es sometido al control, de modo que con ello se descarte el uso arbitrario, antojadizo o discriminatorio de esta herramienta legal contra un sector de la población. Si se reemplazó “indicios” (pluralidad) por “indicio”, quiere decir que el singular y único deberá poseer la necesaria vehemencia y fuerza que sustituya a la antigua pluralidad. De esa manera —como se suele señalar en relación a la valoración de la prueba testimonial—, ahora los indicios se pesan y no se cuentan para determinar si se cumple el presupuestos legal de encontrarse ante un “caso fundado”, extremo medular que se mantiene después de la Ley 20.931, para habilitar la realización de un control de identidad (entre otras, SCS N° 19.113-2017, de 22 de junio de 2017; SCS N° 29.596-2019, 21 de febrero de 2020; SCS N° 41.240-2020, 07 de mayo de 2020).

Que, en la especie aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron a efectuar el control de identidad que culminó con la detención del imputado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado que el sujeto, quien vestía un buzo y una polera rosada, portaba un objeto envuelto con cintas de embalaje. Estas circunstancias de hecho no constituyen, en modo alguno, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta. Si a los policías les pareció sospechoso el objeto, esto no justificaba su actuación subsiguiente, ya que la ley no se conforma con una sospecha, sino que exige un indicio o presunción, la cual debe reunir los caracteres anteriormente recordados.

Que, tampoco pueden darse por concurrentes en este caso las demás situaciones que detalla el artículo 85 ya citado, desde que el único hecho asentado para motivar la actuación policial es la tenencia del objeto en cinta de embalaje, hecho éste, neutro desde una perspectiva jurídico-penal.

El Ministerio Público se ha encargado de precisar que la apreciación de los hechos indiciarios tiene que sustentarse sobre la base de elementos objetivos a partir de los cuales sea razonable la afirmación de un hecho no conocido. Descarta, entre otras, las siguientes conductas o actitudes: "La actitud y perfil del sujeto, apreciadas de forma aislada y parcelada, la actitud evasiva, la actitud sospechosa, gestos y conductas dudosos, persona en evidente estado de nerviosismo." (Características, alcance y finalidad del indicio a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo", Rodrigo Honores Cisternas, Revista Jurídica del Ministerio Público, Nro 76, Agosto 2019, pp. 181 y s.s.) Estas consideraciones del ente persecutor avalan la solidez de los

razonamientos de esta Corte, que descartan la existencia de un indicio en el caso de autos.

Quinto: Que, por lo expuesto, cabe tener por infringido en el caso concreto el artículo 85 del Código del Ramo, desprendiéndose de esta constatación, que los agentes policiales vulneraron los derechos constitucionales del imputado, vulneración que ha sido replicada en la sentencia impugnada, ya que los magistrados calificaron la actuación de Carabineros como ajustada a la ley, calificación que, en concepto de estos sentenciadores es errónea y no puede fundar la condena.

Sexto: Que, la conclusión de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no resulta aceptable en esta sede de revisión de su fallo, ya que, como se ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República 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”, Jornadas 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 3° 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”.

Séptimo: Que, como en concepto de esta Corte no se cumplieron en la especie las exigencias del artículo 85 ya citado, lo que determina, a su vez, un actuar ilegal –desde su inicio- de los aprehensores, resulta innecesario hacerse cargo de las argumentaciones referidas a un caso de flagrancia.

Octavo: Que, en consecuencia, al haber ocurrido el actuar autónomo de la policía fuera de los márgenes legales y de sus competencias, se vulneró el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto del acusado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio.

En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto

su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

Noveno: Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, incurrieron en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su 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.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido en favor de XXXXXXXX y en consecuencia, se invalidan la sentencia de siete de septiembre de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 112-2020, RUC N° 1901365531-9, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Acordada con el voto en contra de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad, teniendo en

consideración que el tribunal da por cierto que los funcionarios policiales al realizar un control de identidad al acusado, conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal, observaron que portaba un objeto envuelto en cinta de embalar, y al acercarse a él, corre y huye del lugar, lanzando dicho objeto en el escape, circunstancias que constituyen un conjunto de antecedentes que daba plena legitimidad a la actuación realizada, permitiéndoles así, restringir la libertad ambulatoria y la intimidad del acusado. Lo anterior, desde que, incluso, existía más de un indicio como ha sido destacado, pluralidad que la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal hoy no exige, pero que ha de ser de tal entidad, esto es, claramente indicativa y razonablemente reveladora de alguna conducta delictiva en curso; caracteres que justifican el procedimiento de identificación, persecución y posterior detención del imputado, por lo que los aprehensores no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales invocados en el arbitrio, por lo que los jueces del Tribunal Oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia su autora.

N° 119.049-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y la Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H. No firma la Abogada

Integrante Sra. Gajardo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.