

Santiago, diecisiete de abril de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar por sentencia de veintidós de febrero de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 1600623229-2, RIT 483-2016, condenó a ~~Mauro Roberto Pizarro~~ como autor del delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 4° de la Ley N°20.000, perpetrado en la comuna de Quilpué el día 2 de julio de 2016, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de 10 UTM, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, sin costas. Se le sustituyó la pena privativa de libertad impuesta por la de reclusión parcial domiciliaria nocturna, bajo el sistema de monitoreo telemático.

La defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad contra el indicado fallo, el que se conoció en la audiencia pública de veintisiete de marzo del año en curso, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto se sustenta en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, ya que el vicio atenta contra lo dispuesto en los artículos 19 N° 3 inciso 6°, N° 4° y N° 7 de la Constitución Política de la República, y los artículos 5, 83, 84, 85, 130, 181, 227, 228, 295 y 297 del Código Procesal Penal.

Señala que para dar por establecido el hecho, el tribunal ponderó positivamente la prueba que reseña, desoyendo la petición de la defensa de no valorarla por infraccionar las garantías constitucionales en comento, además

de los artículos 83, 84 y 85 del Código Procesal Penal, ya que el actuar policial no se ajustó a las citadas normas legales, en particular, el control de identidad y posterior registro de las vestimentas del imputado fue realizado fuera de los límites señalados por el artículo 85 del cuerpo legal citado. En este caso, indica que los funcionarios dieron cuenta que en el cuartel policial se recibió una denuncia anónima que informaba que “en el servicio Petrobras ubicado en Avenida Lo Carrera con Aníbal Pinto, se realizaría una entrega de drogas por parte de un sujeto que se movilizaría en un camión repartidor de gas de la empresa Gasco”, por lo que un contingente policial se trasladó a dicha localidad a realizar labores de verificación de la denuncia, observando llegar a la bencinera a un camión de gas, que se estacionó en el lugar, lo que no configura ningún indicio de actividad criminal que pueda ser encuadrada dentro de las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal. Por esto, sostiene que el proceder policial fue al margen de la ley, transgrediendo la garantía del debido proceso al no haber registrado la denuncia anónima y tampoco haber informado al Ministerio Público, sin que aparezcan razones evidentes y de urgencia para tal omisión. Todo lo anterior le habilita, en su concepto, para sostener que los efectos incautados de esta manera son producto de actuaciones viciadas y no deben ser considerados. Termina solicitando acoger el recurso, invalidar la sentencia atacada y el juicio oral que le precedió, disponer la realización de uno nuevo por un tribunal no inhabilitado, con exclusión de toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, que deriva de la actuación policial cuya legalidad impugna.

SEGUNDO: Que en la causal del libelo de nulidad se señala que las infracciones denunciadas se habrían producido porque la fiscalización del acusado y la recolección de la evidencia incriminatoria fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, porque se arrogó facultades que no tenía.



TERCERO: Que esta Corte Suprema ya ha señalado en sentencias dictadas previamente, que el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80).

Es así como el artículo 83 del mismo cuerpo legal, establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera,(letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f).

Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias de investigación, señalando en su inciso 4º que “En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad.”

Por su parte, el citado artículo 84 les impone la obligación de informar inmediatamente al Ministerio Público, de la forma más expedita, de la



circunstancia de haber recibido una denuncia, realizando, cuando ello corresponda, las actuaciones previstas en el artículo 83 del código del ramo.

Los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que existen indicios 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; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 -que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

CUARTO: Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general de la actuación de la policía es que se realiza bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos.

Dicha regulación trata, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano encargado



por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado -y sometido a control jurisdiccional- en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

De su tenor, entonces, aparece evidente que en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción.

QUINTO: Que el tribunal de la instancia, en el motivo octavo de la sentencia atacada, asentó como hecho probado que: " El dos de julio de 2016, aproximadamente a las 02:30 horas, en el Servicentro Petrobrás ubicado en Avenida Lo Carrera esquina calle Anibal Pinto, Quilpué, ~~Moisés Pardo~~ ~~...~~, fue sorprendido por funcionarios de Carabineros teniendo en su poder 06 bolsas de nylon transparente contenedoras de 9 gramos netos de clorhidrato de cocaína; 01 bolsa de nylon negra, contenedora de 27,7 gramos netos de cannabis sativa y un estuche de lentes contenedor de 62,3 gramos netos de clorhidrato de cocaína, sin contar con las autorizaciones competentes y sin justificar que estuviesen destinados a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. Asimismo, los funcionarios policiales le encontraron al imputado 4 teléfonos celulares de diferentes marcas y modelos y la suma de \$669.000 (seiscientos sesenta y nueve mil pesos) en dinero efectivo, en billetes de distintas denominación, lo que fue calificado como constitutivo del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 4 en relación con el artículo 1 de la Ley 20.000.

Acto seguido, haciéndose cargo de las alegaciones de la defensa, en el apartado duodécimo, los sentenciadores señalaron que el proceder policial resultó suficientemente justificado. Para ello consideraron que el Sargento Ortega señaló en estrados que el dos de julio de 2016, se encontraba de servicio en la población con los funcionarios Donoso y Silva, cuando recibieron

un comunicado de la unidad que manifestaba que se había recibido un llamado telefónico de un número privado, que decía que en el servicentro Petrobras del centro de la comuna, ubicado en Avenida Lo Carrera esquina calle Aníbal Pinto, Quilpué se realizaría una entrega de droga por parte de una persona que concurriría en un camión repartidor de gas de la empresa Gasco. Lo anterior le fue informado al fiscal de turno quien instruyó hacer vigilancias en el sector, lo que cumplieron, observando que pasados unos minutos efectivamente llegó a dicho servicentro, un camión repartidor de gas de la empresa Gasco, que reunía las características de la información recibida, por lo cual luego de esperar unos momentos le efectuaron al chofer un control de identidad.

En cuanto a las circunstancias de cómo se producen los hechos que derivaron en el registro y posterior detención del requerido, los jueces del grado en el mismo fundamento desestimaron la contravención del artículo 85 del Código Procesal Penal, por considerar que las probanzas allegadas al juicio oral, dan cuenta de una serie de indicios poderosos que permitían el actuar policial autónomo, al tenor de la citada disposición legal y que rápidamente devino en situación de flagrancia. Afirman que se contó con: 1) Un llamado anónimo que daba cuenta de la comisión de un ilícito de la Ley de Drogas; 2) La descripción del sujeto activo que cometería el ilícito, al señalarse que éste se trasladaba en un camión repartidor de gas de la empresa Gasco; 3) La determinación del lugar en que se produciría el encuentro entre el sujeto del camión y su adquirente de droga, esto es, el servicentro Petrobras del centro de la ciudad de Quilpué; 4) La real llegada al sitio del suceso de un sujeto que reunía las características referidas en el llamado, porque se trasladaba efectivamente en un camión repartidor de gas de la empresa Gasco, a las 2:30 de la madrugada, el que no se ubica a cargar combustible, sino en un costado en son de espera; 5) Que esta investigación estaba bajo el control y supervigilancia del Ministerio Público, quien había instruido realizar vigilancias en el lugar aludido por el llamado anónimo.



SEXTO: Que, sin embargo, de la propia descripción que el tribunal realiza del proceder policial aparece que los funcionarios, una vez que les fue informada la denuncia anónima recibida, se comunicaron con el fiscal de turno quien les instruyó hacer vigilancias en el sector, con el objeto de hacer labores de verificación de aquella, sin haber constatado personalmente ninguno de los indicios de las conductas que el artículo 85 ya citado contempla como requisito para validar la actuación autónoma de las policías (esto es, señales de haber 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) realizando la diligencia aludida.

Dicha decisión, entonces, vicia de ilegalidad el procedimiento adoptado, ya que la sola existencia de la llamada anónima, cuyo pretendido respaldo no se acreditó en el juicio, dista de constituir los indicios que, en número plural, exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para validar el proceder policial, al constituir un antecedente singular que debe ir acompañado -por texto expreso- de otros elementos de juicio, que han de ser apreciados directamente por el o los policías actuantes. Esto no ocurrió en la especie, conforme se advierte del tenor de la propia sentencia que reduce los referidos signos a uno - la denuncia anónima sobre la presencia de un sujeto en un lugar determinado- mero antecedente singular que, aunque sea corroborado, dista de satisfacer el estándar que impone el artículo 85 citado ya que no constituye en forma alguna un signo que permita sospechar la comisión de un delito -sea ya cometido o por cometer- así como tampoco la mera materialidad de la presencia del acusado en el lugar -único elemento indubitadamente probado- permite colegir la concurrencia de alguna de las restantes situaciones que el artículo 85 considera para permitir el control aludido.

SEPTIMO: Que dicha convicción se ve refrendada con la prueba rendida en la audiencia, conforme a la cual se demostró que el acusado fue avistado en el lugar aludido por la denuncia anónima sin desplegar ningún comportamiento



sospechoso; que los funcionarios policiales no lograron corroborar el contenido de la llamada con ninguna persona presente en el lugar; y, por último, que lo detuvieron solo después de unos minutos que llegó al lugar, encontrándole la droga y los efectos que se indicaron en el considerando quinto precedente.

OCTAVO: Que las consideraciones previas permiten concluir que no resulta posible siquiera sostener una hipótesis de aquellas contempladas en el artículo 130 del Código Procesal Penal que habilite el personal policial para practicar el registro realizado habida cuenta del tenor de lo declarado en el juicio, de manera que ante la ausencia de indicios cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente, previa comunicación de lo obrado al encargado de dirigir las pesquisas para el examen de mérito pertinente, otorgando debida satisfacción al imperativo consagrado en la Constitución Política de la República y la ley de perseguir los delitos y de resguardar los derechos de los ciudadanos.

NOVENO: Que conforme lo expuesto, la conclusión de los jueces del grado referida a la legalidad del procedimiento adoptado resulta inadmisibles para este tribunal, ya que tal como esta Corte ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, 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".

DECIMO: Que conforme lo expresado, resulta que en la especie sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada, que no prestó declaración en el juicio, que no fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones ni se demostró el registro de su denuncia, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de un delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no existía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, por no haber constatado directamente indicio alguno de la comisión de un delito ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquélla 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 todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de ~~Alejandro Ponce Pavez~~ 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 y que se materializó 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.

DUODÉCIMO: Que de este modo, cuando los sentenciadores del grado valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió 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), 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de ~~Alejandro Ponce Pavez~~ y en

consecuencia, **se invalidan** la sentencia de veintidós de febrero de dos mil diecisiete y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1600623229-2 , RIT 483-2016 del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba testimonial, pericial, documental ofrecida por el Ministerio Público, así como las especies incautadas y la prueba de campo y pesaje.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sr. Künsemüller y Sr. Cisternas, quienes estuvieron por rechazar el recurso deducido, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1º Que, la institución de Carabineros de Chile tiene dos funciones: una, la prevención de la comisión de delitos en resguardo del orden público y la seguridad pública interior, y la otra le otorga el carácter de organismo auxiliar del Ministerio Público en la investigación de delitos. El control de identidad comprende ambos componentes de la actividad policial, ya que, por una parte, el contexto fáctico de esta diligencia es usualmente la ejecución de acciones de prevención, en las que se presenta, en forma intempestiva, una situación que obliga a evaluar de inmediato la presencia de elementos susceptibles de ser estimados como indicios de la probable comisión de un ilícito que ameriten la realización de la actividad autónoma de investigación.

2º Que es un hecho establecido que los funcionarios de Carabineros se encontraban efectuando vigilancias en el sector, por instrucciones del fiscal de turno, producto de haber recibido una denuncia anónima que informó que en el servicentro Petrobras del centro de la comuna, ubicado en Avenida Lo Carrera esquina calle Aníbal Pinto, Quilpué, se realizaría una entrega de droga por parte de una persona que concurriría en un camión repartidor de gas de la empresa Gasco. Es en este contexto, según relató el Sargento Ortega, que observaron la llegada de un sujeto que efectivamente conducía un camión repartidor de gas de la empresa Gasco, al mismo servicentro que habían sido



informados, el cual no se ubicó a cargar combustible, sino en un costado en son de espera, lo que motivó su control de identidad y posterior registro, encontrándole seis bolsas de nylon contenedoras de 9 gramos netos de clorhidrato de cocaína; una bolsa de nylon negra contenedora de 27, 7 gramos netos de cannabis sativa y un estuche de lentes contenedor de 62,3 gramos netos de clorhidrato de cocaína, así como cuatro teléfonos celulares de diferentes marcas y modelos y la suma de \$669.000 (seiscientos sesenta y nueve mil pesos) en dinero efectivo, en billetes de distintas denominación.

3º Que, para estos disidentes, los antecedentes referidos constituirían elementos plurales y unívocos, que permitían conducir a una sola conclusión, en términos tales que se reunían los requisitos de los indicios a que se refiere artículo 85 del Código Procesal Penal, por lo cual la actuación policial se llevó a cabo al amparo del marco de la legalidad, y por ello no fueron infringidas las garantías constitucionales del debido proceso, la libertad personal e intimidad en perjuicio del acusado, ya que las pruebas obtenidas en tales actuaciones dieron cuenta de la comisión de un hecho ilícito, las que han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica y la disidencia de sus autores.

Rol N° 7571-17

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O. No firman los Ministros Sres. Juica y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos con permiso.





GZLFBXZHLH

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

