

Santiago, dos de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos:

En los antecedentes RUC N° 1700718834-K, RIT N°191-2019, del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de siete de noviembre de dos mil veinte, se condenó a Rodrigo Andrés Leiva Fierro a la pena de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, accesoria de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos, en calidad de autor del delito de cohecho, previsto y sancionado en el artículo 250 en relación al artículo 248 bis, ambos del Código Penal, perpetrado con fecha 3 de agosto de 2017 en La Florida; y a la pena de ochocientos diecinueve días de presidio menor en su grado medio, accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de porte ilegal de municiones perpetrado el día 3 de agosto de 2017, en la comuna de La Florida.

No reuniéndose los requisitos para otorgar una pena sustitutiva de conformidad con lo dispuesto en la Ley 18.216, el cumplimiento de las penas impuestas será efectivo, sirviéndole de abono los seiscientos cincuenta y tres días que estuvo privado de libertad, desde el 3 de agosto de 2017 y hasta la fecha.

Contra este fallo, la defensa privada del acusado dedujo recurso de nulidad invocando la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, arbitrio que fue declarado admisible.

Considerando:

Primero: Que la defensa del condenado funda su arbitrio en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, por estimar que se infringió el derecho a un proceso previo legalmente tramitado, conforme los artículos 6,7 y 19 N°3 inciso 6°, 4 y 5 todos de la Constitución Política de la República.



Explica que la vulneración de garantías se produjo al valorar positivamente, dando pleno mérito probatorio a una actuación de funcionarios policiales que se desarrolló fuera del marco constitucional afectando las garantías constitucionales del artículo 19 N°4 y 5 de la Carta Fundamental.

Agrega que el considerando quinto de la sentencia menciona, expresa que los funcionarios de Carabineros de la 36° Comisaría de La Florida, refirieron que el día 3 de agosto de 2017, aproximadamente a las tres de la madrugada, se encontraban en patrullaje preventivo por calle Cleopatra y divisaron a un sujeto afirmado en un auto gris bebiendo alcohol en la vía pública, por lo que descendieron del vehículo para realizar la correspondiente fiscalización de la ley de alcoholes. Le solicitaron su cédula de identidad siendo trasladado a la unidad policial.

Continúa señalando que el mismo considerando del fallo consigna la declaración del testigo de la defensa David Aaron Leiva Fierro, quien indicó que un día, que no recuerda, se encontraba tomando cerveza fuera de su casa apoyado en la reja. Llegó su hermano en un auto plomo y entró a la casa. Luego su hermano salió a buscar al auto un pack de cervezas Corona y en ese momento llegaron dos funcionarios de carabineros, le pidieron su cédula y él no la tenía. Lo llevaron a la Comisaría donde lo soltaron aproximadamente a las 05:00 horas, cuando le constataron su domicilio y lo infraccionaron por consumo de bebidas alcohólicas.

Precisa que en la acusación, al describir, los hechos se expresa lo siguiente: “que el acusado se encontraba previamente consumiendo cerveza en el puesto del conductor al momento de la fiscalización...”. Lo expresado, es un hecho que no se tuvo por establecido, en la medida que ambos funcionarios de carabineros afirmaron no haber apreciado al acusado bebiendo alcohol en el



interior del vehículo, sino haberlo visto bajar del vehículo portando una cerveza que se encontraba abierta, lo que resulta coincidente con la fotografía que fue exhibida en la audiencia de una botella marca Miller que se encontraba abierta.

Agrega que el tribunal concluye que los funcionarios de Carabineros dieron cuenta de situaciones que estuvieron en condiciones de percibir por sus sentidos, entregaron relatos coherentes en que no se apreciaron inconsistencias o vaguedades, y fueron contestes respecto a las circunstancias en que se desarrolló el procedimiento policial y de la evidencia que fue encontrada en poder del acusado.

Indica que el testigo Carabinero Villanueva, depone en la etapa del conainterrogatorio al ser consultado por la defensa respecto del tipo de control de identidad practicado al sujeto que bajó del vehículo; manifestó “ya que había un delito flagrante, se le efectuó un control de identidad preventivo en el lugar”; luego se le consulta por qué delito, respondiendo que era el manejo en estado de ebriedad. La defensa hace el ejercicio de retrotraer al inicio del procedimiento, por lo que en ese momento manifiesta el funcionario “no había delito flagrante en ese momento, había una falta que era la ingesta de alcoholes en la vía pública, por eso se inició el procedimiento de control de identidad”.

Señala el recurrente, que luego se le consulta si se le permitió dar facilidades para exhibir la cédula a quien no portaba ésta, exponiendo que no lo hizo porque podría haberse dado a la fuga ocultándose en el domicilio y agregando que esta persona fue revisada en sus vestimentas en la vía pública descubriendo en el bolsillo izquierdo de su pantalón un calcetín con municiones. De lo anterior, sostiene el recurrente, queda de manifiesto que el procedimiento se inicia con una fiscalización por la Ley de Alcoholes, en el cual se registró las vestimentas de los controladores, lo que no está permitido.



Prosigue su relato señalando que posteriormente el funcionario Reyes Salamanca, da cuenta de la forma en que detienen en la vía pública a uno de los sujetos; que éste se habría puesto violento y ante su reacción resistente a la fiscalización procedieron a detenerlo por la infracción a la Ley de Alcoholes ya que fue observado consumiendo licor en el frontis del domicilio de calle Cleopatra de la Población Los Quillayes.

En el contra examen de la defensa, refiere que el procedimiento se inició por una infracción a la Ley de Alcoholes realizada al hermano del imputado que se encontraba apoyado en un vehículo marca Samsung del que desciende el acusado Rodrigo Leiva Fierro con un botellín de cerveza en la mano, procediendo a su fiscalización por un presunto delito de manejo en estado de ebriedad y que acto seguido a su falta de identificación proceden a registrarlo produciéndose un control de identidad conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal.

Refiere que se consulta por la defensa a ambos policías la razón por la que no consignan en sus declaraciones el delito de manejo en estado de ebriedad y del por qué no se hizo examen de alcohótest o alcoholemia; contestando que el fiscal no se los instruyó y que ya a esa altura había otro delito de microtráfico y porte de municiones que se levantaron desde las vestimentas del imputado y del automóvil.

Señala que si bien la sentencia expresa que el control de identidad se realiza a persona diversa del acusado, por tanto dicha eventual vulneración no le afecta a su representado, resulta del todo relevante hacer presente que el proceso se inicia viciado porque no existía delito flagrante, solo una infracción del artículo 25 de la Ley 19.925, de competencia de los Juzgados de Policía Local.

Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada, en su fundamento sexto, tuvo por



acreditado que *“El día 3 de agosto de 2017, cerca de las 03:15 horas, en circunstancias que personal de Carabineros de Chile efectuaba un patrullaje preventivo por calle Cleopatra, en la Comuna de La Florida, al llegar a la altura del N°10.843 se bajaron a efectuar una fiscalización por consumo de alcohol en la vía pública a David Leiva Fierro, percatándose que al acusado Rodrigo Andrés Leiva Fierro se bajaba del habitáculo del conductor del vehículo PPU FPRF.81, marca Samsung, llevando en la mano una botella de cerveza, por lo cual procedieron a efectuarle un control de identidad y al ser registrado encontraron en su poder 14 envoltorios contenedores de marihuana, que arrojaron un peso neto de 12,6 gramos; un calcetín en cuyo interior mantenía 5 cartuchos balísticos calibre .38, aptos para el disparo, que el acusado mantenía sin tener las autorizaciones respectivas, procediendo a su detención. Asimismo, al revisar el vehículo PPU FPRF.81, que mantenía el acusado en su poder, se encontraron además 4 cartuchos balísticos .38, aptos para el disparo, en la zona del portavasos, que el acusado mantenía sin tener las autorizaciones legales respectivas.*

Por último, en la unidad policial el acusado Leiva Fierro ofreció al cabo primero de carabineros Cristóbal Villanueva Herrera los \$50.000 pesos incautados y la suma de \$1.000.000 pesos, si lo dejaba en libertad y no cumplía con su deber legal de dar curso a la detención e informar al fiscal del Ministerio Público de los hechos.”

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como un delito consumado de porte ilegal de municiones descrito y sancionado en los artículos 9° inciso segundo en relación con el artículo 2° letra c) ambos de la Ley N°17.798 sobre control de armas, y un delito consumado de cohecho de un particular, previsto y sancionado en el artículo 250 en relación con el artículo 248 bis del Código Penal.



Luego, en el motivo noveno, los sentenciadores establecen: *“La defensa sostuvo que los funcionarios de carabineros acomodaron la versión de lo ocurrido, lo que no comparte este tribunal. En primer lugar, al analizar la prueba el tribunal dio las razones por las que dio crédito a los dichos de los funcionarios, y, en segundo término, no se hizo ningún ejercicio en relación con las declaraciones que habrían prestado los funcionarios de carabineros en el procedimiento que dé cuenta que sostuvieron una cosa diferente a lo que declararon en el juicio, que permita dar sustento a la afirmación de la defensa.*

Cuestionó la defensa la legalidad del actuar policial y la licitud de la evidencia, sosteniendo que carabineros efectuó un control de identidad fuera de los términos que habilita el artículo 85 del Código Procesal Penal, pues los hechos no eran de naturaleza penal y se trató sólo de una fiscalización por la ley de alcoholes. Además, sostuvo que no se informó al Ministerio Público sobre el control de identidad por un posible manejo en estado de ebriedad.

Según se dijo al analizar la prueba, el tribunal dio por establecido que el control de identidad que efectuó carabineros fue como consecuencia de haber observado al acusado bajar de un vehículo motorizado estacionado en la vía pública con una botella de cerveza en sus manos. Dicha circunstancia fue un indicio objetivo y comprobable, incluso a la luz de la declaración del acusado, que reconoció que salió de su casa y se dirigió al automóvil a sacar un pack de cervezas, momentos en que aparecieron los funcionarios de carabineros, por lo tanto, hubo sustento y seriedad en la intervención de carabineros que presumió razonablemente la posibilidad de una conducción en estado de ebriedad o bajo los efectos del alcohol, lo que evidentemente es un asunto de naturaleza penal.

(...) La actuación de la policía al desarrollar un control de identidad se basa sólo en un indicio, esto es, uno o varios antecedentes que dan cuenta,



objetivamente, que el afectado “podría” haber cometido, intentado cometer o disponerse a cometer un delito, pero no equivale a una manifestación clara e inequívoca de ello, pues de serlo, primaría la operación de las normas de la flagrancia que resulten aplicables según el caso. En otras palabras, el indicio forzosamente es un elemento “equivoco” y, por ello, precisamente la diligencia de control de identidad generalmente tendrá por objeto verificar o descartar la comisión del delito, lo que deja espacio, desde luego, para un resultado negativo, cuestión que en nada afectará la validez de la actuación.

Conforme a lo dicho, no resulta relevante si en definitiva no prosperó una imputación vinculada con la conducción bajo los efectos del alcohol y el tribunal estima que carabineros actuó amparado en las facultades autónomas que le otorga el artículo 85 del Código Procesal Penal, que lo habilitaron para solicitar la identificación y el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla y por tanto la evidencia incautada no está afecta a ilicitud alguna.”

Tercero: Que, de acuerdo a lo expuesto, y disintiendo de las conclusiones a que arriban los sentenciadores en el fallo materia del recurso, no resulta claro, al tenor de los hechos que se tuvieron por establecidos, cuáles fueron los indicios que motivaron a los funcionarios policiales a efectuar el control de identidad cuestionado, toda vez que el supuesto delito que se sostiene por el fallo que autorizó a efectuar la diligencia autónoma, no fue denunciado ni formó parte de la acusación formulada por el Ministerio Público, siendo un hecho respecto del cual no se probó su existencia, debiendo tenerse presente la obligación de denunciar que tiene todo funcionario público respecto de un delito del que toma conocimiento, resultando en el presente caso aun de mayor relevancia el



cumplimiento de dicha obligación, con el fin de acreditar el legítimo ejercicio de la diligencia autónoma contemplada en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

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.

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).

Quinto: Que, en la especie, aparece que los funcionarios policiales procedieron a efectuar el control de identidad respecto del hermano del acusado, por ingerir alcohol en la vía pública, y luego en una exposición poco clara, dicha diligencia se extiende al encartado, quien fue registrado en virtud del control que se le realiza, por haber sido visto bajar de un automóvil con una botella de cerveza en sus manos.

Luego, se discrepa de lo expuesto por los sentenciadores, en cuanto a estimar irrelevante si en definitiva prosperó una imputación vinculada con la conducción bajo los efectos del alcohol, ya que esta circunstancia debió ser probada para entender legítimamente autorizada la policía para efectuar el control de identidad del acusado. Sin prueba de su existencia, no hay indicio que permita la diligencia autónoma por la cual se registró al acusado y que permitió la incautación de las municiones en poder del acusado.

Sexto: Que, por lo expuesto, los hechos como han sido acreditados, no permiten concluir que se dieron circunstancias fácticas que constituyan un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; la ley no se conforma con una sospecha, sino que exige un indicio o presunción, la cual debe reunir la condición de ser de entidad suficiente que sustituya a la antigua pluralidad.

Séptimo: Que, en consecuencia, cabe tener por infringido en el caso concreto el artículo 85 del Código Procesal del Ramo, desprendiéndose de esta constatación, que los agentes policiales vulneraron los derechos constitucionales del imputado, transgresión 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.

Octavo: 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 atingente 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"*.

Noveno: Que, por 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.

Décimo: 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.

Undécimo: Que, pese a que en el petitorio del recurso se solicita excluir prueba que se utiliza para fundar la condena por el delito de cohecho, el recurrente en la audiencia en que se conoció del presente recurso manifestó expresamente que no solicitaba anular la condena relativa al referido delito, no siendo entonces posible extender los efectos del vicio que se delata, a las imputaciones relativas al delito de cohecho, subsistiendo, en consecuencia, la condena respecto a dicho delito.

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 Rodrigo Andrés Leiva Fierro y en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de siete de noviembre de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 192-2020, RUC N° 1700718834-k, del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, solo en cuanto condena al imputado a la pena de ochocientos diecinueve días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de porte ilegal de municiones, manteniéndose la condena impuesta como autor del delito de cohecho contemplado en el artículo 250 en relación con el artículo 248 bis del Código Penal y se retrotrae la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba ofrecida por el Ministerio Público, en relación al delito de porte ilegal de municiones.



Acordada con el voto en contra de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad deducido por la defensa, teniendo para ello presente:

1.- Que, un indicio es un fenómeno que permite inferir la existencia de otro no percibido; y un fenómeno (todo conforme al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua) es toda manifestación que se hace presente a la consciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción. Así pues, la manifestación que aparece en la conciencia no es simplemente un suceso aislado, sino un hecho enmarcado en una realidad circundante que le da sentido, y que por eso, ahora en tanto indicio, se manifiesta a la conciencia generando una inferencia respecto de la existencia de hechos no conocidos. Esta necesidad de atender al marco contextual para apreciar la existencia de un indicio, además de imponerla la lógica, pues los hechos no pueden separarse de sus circunstancias, la reconoce de manera expresa el artículo 85 del Código Procesal Penal, al sujetar la constatación del indicio a lo que los funcionarios policiales estimaren fundadamente “según las circunstancias”.

2.- Que, en el caso sublite, esos antecedentes constitutivos de aquellas circunstancias que los policías no solo podían, sino que tenían que tener en cuenta, conforme al texto legal que se acaba de citar, están desarrolladas en el motivo noveno del fallo objeto del recurso, y en síntesis consisten en haber observado al acusado bajar de un vehículo motorizado estacionado en la vía pública con una botella de cerveza en sus manos, indicio objetivo y comprobado que dio sustento y seriedad a la intervención de Carabineros, que presumió razonablemente la posibilidad de una conducción en estado de ebriedad o bajo los efectos del alcohol.



3.- Más allá de prosperar o no una imputación de conducción en estado de ebriedad, ello no obsta a la configuración del indicio exigido por la norma que se reprocha vulnerada y que no lo está, puesto que solo se precisa un sustento para un legítimo control de identidad, que a juicio de la disidente lo fue, es decir, existió un hecho objetivo que llevó a Carabineros a inferir razonablemente otro, como probable, esto es, el posible ilícito por el cual fue controlada la identidad del encausado.

4.- De lo que se trata es que el control de identidad no se base en una simple sospecha subjetiva, desprovista de todo elemento objetivo controlable, pero sin exigir nada más, pues de otro modo se confundiría la exigencia con la de una prueba, y la labor policial con la jurisdiccional. O bien se confundiría con la flagrancia, que no es el caso regulado por el artículo 85 del Código Procesal Penal.

5.- En la especie hay elementos fácticos inmediatos objetivos, que ya fueron señalados, y hay una razonabilidad otorgada a la inferencia de probabilidad de comisión de un delito por las circunstancias, también objetivas, transformándose así todos esos elementos en un indicio, de suerte que no se aprecia, en ninguno de los extremos posibles, una vulneración de las garantías del debido proceso que permita acoger el reclamo de nulidad.

Regístrese y devuélvase.

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

Rol N°138.584-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuaud D., y Sra. María Cristina Gajardo H. No firman los Ministros Sres. Künsemüller y Llanos, no obstante haber estado en la vista de la



causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones el primero y por estar haciendo uso de su feriado legal el segundo.



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

