Santiago, veinticuatro de septiembre de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, en causa RUC 1.601.051.120-1, RIT 145-2018, por sentencia de doce de abril de dos mil veintiuno, condenó a Dayana Maricel Silva Delgado, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en calidad de autora del delito consumado de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en pequeñas cantidades, perpetrado el día 9 de enero de 2017, en la comuna de Talcahuano. Se le sustituyó la pena por la de reclusión nocturna en su domicilio, por el lapso de la condena.

La Defensa de la acusada dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el seis de septiembre pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos, oportunidad en que la defensa desistió de incorporar la prueba ofrecida en su arbitrio.

**Y considerando:**

**Primero:** Que, el recurso de nulidad se funda en la causal de invalidación contemplada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, denunciando como vulneradas la garantía del debido proceso, la libertad individual y la inviolabilidad del hogar.

Expone que, la sentencia condenatoria basa sus conclusiones en la prueba de cargo consistente en la testimonial, estableciéndose que el procedimiento tuvo su origen en una fuente de información imprecisa, la que luego se complementó con información de “fuente cerrada”, cuyo origen no estuvo consignado en los antecedentes de investigación, agregando que, hasta el momento del control de

TBPDWJNWCE

identidad, los funcionarios policiales no tenían ninguna certeza que la acusada transportase algún tipo de droga. El motivo para realizar el control de identidad aludido fue un traspaso de objetos en la vía pública entre la investigada y un sujeto desconocido, el que fue catalogado como una “situación de flagrancia”.

Afirma que dicho control de identidad no se sustentó en indicio alguno, en los términos que define el artículo 85 del Código Procesal Penal. El hecho de contar con una denuncia de origen indeterminado, que luego se complementó con información de “fuente cerrada” no constituye indicio ni existe antecedente alguno que dé cuenta de actividad delictiva. Tanto es así que, en dos oportunidades que se solicitó una orden al Juzgado de Garantía, por intermedio de dos fiscales, ésta fue rechazada.

Expone que, la situación observada por los funcionarios policiales, en cuanto al traspaso de un objeto, no puede constituirse en un antecedente que haga presumir fundadamente que existe esa actividad delictiva ya que, como los mismos funcionarios lo señalaron, a ese minuto no tenían ninguna certeza que la acusada portaba droga. Esa acción, apreciada con un criterio *ex ante* aparece como inocua, y no puede ser constitutiva de un “indicio” ni mucho menos de una “flagrancia”. Al contrario, de lo expuesto en la sentencia y de las declaraciones transcritas en el presente recurso, la actividad de “fiscalización” que se llevó a cabo tenía por objeto indagar si el tráfico existía o no. En otros términos, se trató de una diligencia de investigación para poder fundar la existencia de un delito, respecto del cual la policía, como ya se dijo, no tenía certeza de su efectividad.

El actuar policial, fuera del supuesto legal, ha vulnerado en primer lugar la libertad personal de la acusada al someterla a una restricción de su libertad, en la que se procedió a registrarla corporalmente y, luego, a allanar su domicilio. Por otra parte, se vulneró su derecho a un procedimiento y una investigación

TBPDWJNWCE

racionales y justos, al no respetarse el supuesto legal por el cual se realizaron las diligencias de investigación el día 9 de enero de 2017. Al quedar acreditada la ilegalidad del actuar policial, todas las diligencias posteriores fundadas en un pretendido control de identidad, carecen igualmente de legitimidad legal. La orden de entrada y registro concedida por el Juzgado de Garantía de Talcahuano al domicilio de la imputada se sustenta precisamente en los hallazgos posteriores obtenidos del registro de la acusada, no pudiendo validar esa actuación como resultado de fuente autónoma o independiente a un control de identidad ilegal. Tampoco resulta pertinente el intento de validar el registro domiciliario bajo el argumento que, en el control de identidad a la acusada se le encontró droga, ya que ello corresponde a un análisis *ex post* que vulnera la protección de las garantías conculcadas.

Respecto a la actuación de la entrada y registro al domicilio de la investigada, se ve infringida la garantía establecida en el artículo 19, Nº 5 de la Constitución Política de la República, esto es, la inviolabilidad del hogar, debido que la Carta Fundamental asegura que solo procede el allanamiento en los casos y formas establecidos por la ley. Como el fundamento de la orden de entrada y registro al domicilio de la encartada resultó ilegal, no cumpliéndose por parte de la policía ni del Ministerio Público la exigencia de estar conforme a la ley. Dicho de otra manera, el sustrato tenido en cuenta por parte del Juez de Garantía de Talcahuano para autorizar la entrada y registro, es ilegal por las razones latamente explicadas, razón por la cual pide invalidar la sentencia y el juicio oral, ordenando la realización de un nuevo juicio, excluyéndose la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

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

TBPDWJNWCE

estableció que, "*en el marco de una investigación llevada por el Ministerio Público en conjunto con personal de Carabineros OS7, se tuvo conocimiento que la acusada Dayana Maricel Silva Delgado se dedicaba a comercializar drogas ilícitas, por lo que el día 9 de enero de 2017 se comenzó a realizar una vigilancia a su domicilio ubicado en Bahía Inglesa Block 1531, dpto. 312, Centinela Uno de Talcahuano, domicilio desde el cual ella sale y se dirige hacia el sector centro de la comuna de Talcahuano, con el fin de comercializar cocaína base.*

*Luego, encontrándose la acusada en el sector céntrico de la comuna de Talcahuano, alrededor de las 16:35 horas, en la intersección de avenida Colón con calle Valdivia de la referida comuna, personal del OS7 constata que la acusada toma contacto con un sujeto de sexo masculino con el que realiza un intercambio de objetos, entregando el sujeto un billete y la acusada un objeto de color blanco extraído de un monedero que llevaba consigo. El sujeto se va rápidamente del lugar y a la acusada se le realiza un control de identidad, constatándose que ésta portaba en su mano derecha un monedero dentro del cual se encontraron 37 envoltorios de papel contenedores de una sustancia que sometida a la prueba de campo arrojó coloración positiva para pasta base de cocaína, con un peso bruto de 9 gramos 300 miligramos y un envoltorio de papel blanco de tamaño superior a los otros, contenedor de una sustancia que sometida a la prueba de campo arrojó coloración positiva para pasta base de cocaína con un peso bruto de 6 gramos 200 miligramos. En el mismo momento a la acusada también se le incautó un monedero con la suma de $64.000 en dinero en efectivo, además de tres teléfonos celulares, dos marca Alcatel y uno marca Azumi.*

*Seguidamente personal policial procede a dar cumplimiento a una orden de entrada y registro en el domicilio de la acusada ubicado en Bahía Inglesa Block 1531, dpto. 312, Centinela I, Talcahuano, en cuyo interior se encontró en un*

TBPDWJNWCE

*mueble del primer piso un monedero con $5.000 en dinero en efectivo, 6 envoltorios de papel de cuaderno cuadriculado de las mismas características que los encontrados en poder de la acusada, un cuaderno color azul que en su interior poseía hojas blancas cuadriculadas cortadas y algunas anotaciones".*

Los hechos descritos fueron calificados por el tribunal como constitutivos del delito de tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en pequeñas cantidades, en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 1º y 4º de la Ley 20.000.

**Tercero:** Que, en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo en su motivación octava estableció que, *"los hechos indicados en el motivo anterior fueron acreditados, más allá de toda duda razonable, en base a los antecedentes probatorios aportados por el ente acusador, consistentes en las declaraciones de dos funcionarios policiales de la sección OS7 de Carabineros, quienes participaron en el procedimiento que terminó con la detención de la acusada y el hallazgo de pasta base de cocaína en su poder, en los peritajes de análisis de la sustancia incautada y sus anexos, más la prueba material y documental incorporada al juicio.*

*En efecto la prueba de cargo dio cuenta de la existencia de una investigación por el delito de tráfico de drogas, en la que aparecía sindicada, entre otras personas, la acusada Dayana Maricel Silva Delgado y del procedimiento policial llevado a cabo el día 9 de enero de 2017, en el que la acusada resulta detenida luego de una vigilancia y posterior control de identidad efectuado en el sector céntrico de la comuna de Talcahuano.*

*Respecto al mencionado procedimiento policial, declararon los funcionarios policiales Lorena Soledad Ruiz Barría y Ramón Orlando Gatica Pulido, quienes estuvieron de acuerdo en señalar que el 2 de noviembre de 2016 se remite un*

TBPDWJNWCE

*oficio denuncia a la Fiscalía de Talcahuano, dando cuenta, entre otros antecedentes, que la acusada Dayana Maricel Silva Delgado estaría realizando venta de drogas en su domicilio de calle Bahía Inglesa 1531 de la población Centinela Uno de Talcahuano, recibiendo una orden de investigar de la Fiscalía el 14 de noviembre, por lo que comienzan a realizar diligencias, obteniendo información acerca de que la acusada ya no realizaba ventas en su domicilio, sino que las realizaba en distintos sectores de Talcahuano. El día 9 de enero de 2017 obtuvieron información acerca de que la investigada saldría de su domicilio a entregar droga, motivo por el que junto al suboficial Leonardo Ruiz Mella, a las 11:30 horas, iniciaron una vigilancia al domicilio, pudiendo observar que la acusada llega al lugar junto a su hijo menor de edad, pasados unos minutos sale en dirección a un domicilio de la población Nueva Los Lobos, regresa aproximadamente a las 15:25 horas y al poco rato vuelve a salir acompañada de su hijo, aborda un taxibús que se dirige hacia el centro de Talcahuano y se baja en calle Colón, trayecto en que ellos la siguen en un vehículo. Hacen presente que en el trayecto el suboficial Ruiz llamó al fiscal señor Orella solicitándole que gestione una orden para registrar a la investigada, posteriormente el suboficial Ruiz vuelve a contactarse con la Fiscalía, esta vez con el fiscal Muñoz y realiza la misma petición y alrededor de las 16:33 horas el fiscal comunica que la petición de orden de registro había sido rechazada por el Juzgado de Garantía de Talcahuano. Agregan que paralelo a esas llamadas ambos se bajan del vehículo policial y siguen de infantería a la acusada cuando ésta se baja del taxibús y pudieron observar a una distancia no mayor a 10 metros que la investigada tomó contacto con una persona de sexo masculino, que vestía jeans y polera negra, con quien efectúa un intercambio de objetos, el sujeto entrega a la acusada un objeto que parecía ser un billete y ésta le entrega un objeto pequeño de color*

TBPDWJNWCE

*blanco. Ante ello deciden hacer un control de identidad, el sujeto se va rápidamente del lugar, pero ellos controlan a la acusada Dayana Silva Delgado, la que llevaba en su mano derecha un monedero color beige, que en su interior mantenía 37 envoltorios de papel blanco cuadriculado y un envoltorio de las mismas características pero de mayor volumen, que contenían una sustancia color beige que por su olor, color y textura correspondería a pasta base de cocaína, por lo que fue detenida, encontrando además dentro de la cartera que portaba, un monedero color negro con rosado, donde tenía $64.000 en efectivo, 4 billetes de 5 y 44 de mil pesos, más tres teléfonos celulares. Posteriormente, explican que, previa autorización judicial, a las 17:30 horas se realiza la entrada y registro al domicilio de la imputada, la que entregó las llaves para acceder al mismo, encontrando en un mueble otro monedero con $5.000 en billetes de mil y 6 trozos de papel blanco cuadriculado, de las mismas características de los envoltorios incautados momentos antes a la imputada y, en una dependencia ubicada en el segundo nivel, desde una cómoda, se incautó un cuaderno marca Auca, que mantenía hojas cortadas, terminando la diligencia a las 18 horas, sin encontrar más evidencia relacionada con el delito.*

*Toda la evidencia incautada, tanto la droga como sus contenedores, así como el domicilio de la acusada, pudo ser observada en las fotografías que se exhibieron en la audiencia y que fueron reconocidas por la sargento Lorena Ruiz. De igual manera la sargento Ruiz reconoció la evidencia material que se le exhibió, consistente en un monedero color beige, un monedero color negro y rosado y otro monedero color negro con papeles en su interior, dos celulares marca Alcatel y uno marca Azumi.*

*En cuanto a las cantidades de droga incautada, el señor Gatica señaló que los 37 envoltorios que portaba la acusada en el monedero color beige pesaron 9*

TBPDWJNWCE

*gramos 300 miligramos brutos y el envoltorio de mayor tamaño 8 gramos 200 miligramos brutos, dando un peso bruto total de 15 gramos 500 miligramos.*

*Para acreditar la naturaleza y cantidad de las sustancias incautadas, el Ministerio Público incorporó prueba pericial y documental, correspondientes a los protocolos de análisis N° 2207-2017-M1-2 y N°2207-2017-M2-2, ambos de fecha 4 de agosto de 2017, emitidos por el perito químico del Instituto de Salud Pública de Chile René Rocha Barrasa, que indican que la cantidad de la muestra fue de 2,09 gramos netos de polvo beige, compuesta por cocaína, concluyendo que se trata de cocaína base al 47% y 1,71 gramos netos de polvo beige, compuesta por cocaína, concluyendo que se trata de cocaína base al 43%, respectivamente; y al oficio reservado N° 2207- 2017 de fecha 7 de agosto de 2017 que remite a la Fiscalía los protocolos de análisis indicados y señala que la cantidad de droga recibida fue de 2,09 y 1,71 gramos netos, respectivamente. Igualmente se incorporó el informe de efectos y peligrosidad para la salud pública de la cocaína base.*

*Pues bien, con los testimonios de los funcionarios policiales, más los peritajes y documentos que dan cuenta de la existencia de la droga incautada, así como las fotografías y evidencia material más arriba analizados, el tribunal pudo tener por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 9 de enero de 2017, la acusada Dayana Maricel Silva Delgado portaba y poseía 15.5 gramos brutos de cocaína base, droga que estaba destinada a la venta".*

**Cuarto:** Que, de acuerdo a los hechos descritos por los funcionarios policiales, la situación que motivó el control de identidad, en el cual fue levantada la evidencia incriminatoria, obedece a la circunstancia de haberse efectuado el traspaso de un objeto, por parte de la acusada a otra persona. Esta acción, así sin más, no es señal o signo de actividad delictiva alguna, ni presente, ni pasada, ni

TBPDWJNWCE

futura, pues nada se sabe o avizora de la naturaleza de aquello que se transa o intercambia —salvo su eventual color—, sin que el que se haya efectuado esta operación en la vía pública valide afirmar sin más que recae sobre un objeto ilícito, lo que conllevaría sostener que todo emprendimiento realizado fuera de un local comercial establecido o todo intercambio de objetos por particulares en la vía pública daría lugar a sospechar que obedece a la comisión o preparación de un delito (en el mismo sentido, entre otras, SCS Rol Nº 27.402-2020, de 15 de julio de 2020).

**Quinto:** Que así, la mera entrega de un objeto en caso alguno puede constituir el indicio al que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, desde que, como ya se ha dicho por esta Corte, esa 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, [...] sino que lo exigible es la presencia de circunstancias objetivas y comprobables que den sustento y seriedad a la intervención policial"* (entre otras, en SCS N° 26.422-2018, de 6 diciembre 2018).

**Sexto:** Que asentado lo anterior, aparece con nitidez que lo que a juicio de los policías y de los magistrados que suscriben la sentencia recurrida, permitió calificar un comportamiento que desprovisto de otras particularidades o contexto a todos luces se entendería como "neutral", vino dado exclusivamente por el hecho que, los funcionarios policiales observaron que la acusada se reunió con un sujeto, quien le hizo entrega de lo que al parecer fue un billete y ella, a cambio, le entregó un objeto pequeño de color blanco. Es decir, se trató únicamente de un intercambio de objetos que, por sí solo, carece de relevancia y que solo motivó el actuar policial debido a que la acusada era blanco investigativo respecto de la

TBPDWJNWCE

cual, el propio Juzgado de Garantía había desestimado la autorización de entrada y registro a su domicilio.

**Séptimo:** Que aceptar tal aserto importaría que todos aquellos que son objeto de una investigación, estarían obligados a soportar continuamente las cargas que implica el control de identidad, no obstante, realizar conductas neutras y cotidianas, únicamente debido a sospechas de una eventual conducta delictiva, lo que, desde luego conlleva un trato injustificadamente discriminatorio que no puede ser avalado por este Tribunal.

**Octavo:** Que, en consecuencia, no se ha justificado que la conducta de la imputada constituya un indicio de la comisión de un delito, ni tampoco se ha verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, de lo que deriva que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho de la acusada 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.

**Noveno:** Que 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

TBPDWJNWCE

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 372, 373 letra a) y 376 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Dayana Maricel Silva Delgado, y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de doce de abril de dos mil veintiuno dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, en causa RUC 1.601.051.120-1 y RIT 145-2018, y el juicio que le antecedió, 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 ofrecida por el Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

**Nº 30.173-2021.**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y los Abogados Integrantes Sres. Diego Munita L., y Ricardo Abuauad D. No firma el Ministro Sr. Dahm y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

LEOPOLDO ANDRES LLANOS SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 24/09/2021 14:28:39

MARIA TERESA DE JESUS LETELIER RAMIREZ
MINISTRA
Fecha: 24/09/2021 14:28:39

TBPDWJNWCE

DIEGO ANTONIO MUNITA LUCO
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 24/09/2021 14:44:45

TBPDWJNWCE

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

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

TBPDWJNWCE