

Santiago, seis de abril de dos mil veintidós.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, por sentencia de veintidós de octubre de dos mil veintiuno, en los antecedentes RIT N° 213-20201, RUC N° 1800561218-3, condenó al acusado **Marco Antonio Vivar Herrera** a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales y multa de dos (2) unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, en grado de consumado, previsto en el artículo 4, en relación con el artículo 1 de la Ley N° 20.000, perpetrado el día 09 de junio de 2018, en la comuna de Cartagena, concediéndosele la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna, por el mismo lapso de tiempo de la pena privativa de libertad.

En contra del citado fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de diez de marzo último, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso interpuesto se sustenta, únicamente, 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, en relación con lo preceptuado en los artículos 83, 85, 91, 93 letra g) y 205 del Código Procesal Penal, en cuanto se ha denunciado como vulneradas las garantías del debido proceso, del derecho a la libertad ambulatoria y del derecho a la intimidad, en



cuanto se realizaron por los funcionarios policiales diligencias autónomas de investigación fuera del marco legal, en particular, un control de identidad sin la existencia del indicio exigido por el legislador para su procedencia.

Se expone en el arbitrio que, en el caso de autos, el control de identidad y posterior registro de vestimentas de que fue objeto el acusado fue realizado con infracción de garantías fundamentales, fuera de los límites señalados por el artículo 85° del Código Procesal Penal, toda vez que de las declaraciones vertidas en el juicio oral por el funcionario policial, *-y sin alterar los hechos establecidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal San Antonio-*, se puede inferir que el único indicio que tuvieron presente los carabineros al momento de realizar el control de identidad fue la presencia de un sujeto en sector de Avenida Central en la ciudad de Cartagena, a eso de las 06:00 horas, quien al ver la presencia policial se devuelve, conducta neutra que en caso alguno puede ser estimada como un nexo entre el imputado y la comisión de un hecho punible.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, disponiéndose que el procedimiento se retrotraiga hasta el estado procesal de realizarse una nueva audiencia de juicio oral, ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, en cuanto deriva de la actuación policial cuya legalidad se impugna.

SEGUNDO: Que el tribunal de la instancia, en el motivo séptimo de la sentencia impugnada, tuvo por establecido el siguiente hecho:

“El día 09 de junio de 2018, aproximadamente a las 06:00 horas, el acusado MARCO ANTONIO VIVAR HERRERA se encontraba en Avenida Central con 3ra Oriente Playa, Cartagena, manteniendo en su poder, en el bolsillo del pantalón una bolsa de nylon contenedora de 38 envoltorios de papel cuadriculado



contenedores de 3.65 gramos neto de pasta base de cocaína, droga que no puede estimarse para su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo”. (sic)

TERCERO: Que es menester señalar que en el considerando octavo del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración del funcionario policial Víctor Santis Díaz, quien dio cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervino y que culminó con la detención del acusado.

En base a tal atestado, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el motivo undécimo, que el control de identidad practicado al recurrente *–que luego mutó en su detención–* no constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Para fundar tal aserto, argumentaron en el antes referido fundamento que:

“(…) En efecto, sobre este punto es necesario destacar que el funcionario policial fue claro en indicar que mientras se encontraban efectuando un patrullaje preventivo alrededor de las 06:00 am, del día 9 de junio de 2018 por av. Central al llegar a la calle Tercera Oriente Playa, en Cartagena, divisan a un individuo, quien al ver la presencia del dispositivo policial se devuelve por la calle, por lo cual le dan alcance, le preguntan porque huye del lugar y les señala que le había dado miedo, procediendo a su fiscalización y no mantenía su cédula de identidad. En este sentido, la actitud del acusado de huir al advertir la presencia policial, en un horario de madrugada (06:00 am) y sin mantener su cédula de identidad, constituye a juicio de estos jueces, sucesos que conforman a lo menos un indicio de actividad delictiva que autoriza el control de identidad, conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal, en cuanto faculta los funcionarios policiales para registrar sus vestimentas con el fin de lograr verificar su identidad, pudiendo incluso trasladarlo a la unidad respectiva para tales fines, por lo que no se advierte



en la especie una ilegalidad en el control de identidad efectuado por carabineros (...)" (sic).

CUARTO: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

QUINTO: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

SEXTO: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de poder determinar si



ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

SÉPTIMO: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con 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 (*Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019*).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo 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 autónomas de investigación.



A su vez, 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 exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere 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.

OCTAVO: Que las disposiciones recién expuestas tratan, 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 establecido 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.

NOVENO: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema,



con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

DÉCIMO: Que resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, en su motivo octavo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que el día 09 de junio de 2018, aproximadamente a las 06:00 horas, dos agentes policiales que realizaban un patrullaje preventivo en la comuna de Cartagena *-por avenida Central en dirección a la costa-*, al llegar a la calle Tercera Oriente Playa divisaron a un individuo que, al ver la presencia policial, se devolvió por dicha arteria, motivo por el que lo fiscalizaron, constatando que no portaba su cédula de identidad, para luego revisar superficialmente sus vestimentas, encontrando en uno de sus bolsillos una bolsa de nylon con 38 envoltorios que mantenían en su interior una sustancia similar a la pasta base, la que sometida a la prueba de campo por el OS7 arrojó resultado positivo para cocaína base.

UNDÉCIMO: Que una vez sentado lo anterior, conviene tener presente que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicar éstos un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello *-por cuanto éste no se fundó en circunstancias objetivas y verificables que se hayan presentado ex ante, sino que es algo meramente subjetivo y propio del funcionario policial-*, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que



implicara que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

DUODÉCIMO: Que, en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro de sus vestimentas, consistió en que éste al percatarse de la presencia policial, se devolvió por la misma calle por la que transitaba. Desde luego, tal conducta, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado intentaba o se disponía a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hacen los policías de una conducta neutra –*el devolverse al ver de frente a los funcionarios policiales*–, desprovista de señal o signo de actividad delictiva alguna, ni presente, ni pasada ni futura, máxime si los agentes no presenciaron ninguna acción del imputado que permitiera estimar que éste hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o de que se dispusiere a cometerlo.

En el mismo sentido, debe tenerse en consideración que el único funcionario policial que depuso en estrados, el cabo 1° de carabineros Víctor Santis Diaz, fue enfático en señalar que al ser divisados –los aprehensores– por el sentenciado, éste “*se devuelve por la calle, por lo cual le dan alcance, procediendo a su fiscalización*”, lo que descarta que haya huido del lugar como erradamente se sostiene en el fallo impugnado.

Por lo anterior, y como lo ha sostenido con anterioridad esta Corte, entre otros, en los pronunciamientos Roles N° 30.718-2016, de fecha trece de julio de dos mil dieciséis y, N° 4.058-2021, de veintiuno de julio de dos mil veintiuno, en el caso de marras aparece de manifiesto que el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya



citada, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe necesariamente *-y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad-*, sostenerse en circunstancias objetivas y demostrables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a la luz de los derechos de los justiciables, una actuación de carácter excepcional como la de la especie.

Por lo demás, es preciso señalar que las restantes circunstancias argumentadas por los funcionarios aprehensores para motivar el control de identidad practicado, esto es, el haber ocurrido el hecho en un horario de madrugada (06:00 horas) y no haber portado el acusado su cédula de identidad, obedecen a simples conjeturas que no encuentran respaldo alguno en las máximas de la experiencia, por lo que aceptar tal razonamiento implicaría argumentar que todas aquellas conductas que normalmente coincidiríamos en motejar de neutrales, triviales u ordinarias, pasen a estimarse sintomáticas de criminalidad y, aquí lo capital, justificando la restricción temporal de la libertad ambulatoria de todos quienes transiten por la vía pública en horas de la madrugada sin portar su identificación, como podría ser por ejemplo, un ciudadano que sale de su domicilio a ejercitarse.

En síntesis, las conductas apreciadas por los funcionarios policiales en la especie y que los llevaron a efectuar un control de identidad al acusado, no pueden ser consideradas como constitutivas de un indicio, entendido éste *“como una conducta determinada y concreta que se comunica con la comisión del hecho punible, de aquellos que habilitan para efectuar un control de identidad en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal” (SCS Rol N° 30.159-2020, de 27 de mayo de 2020).*



DÉCIMO TERCERO: Que, conforme lo antes expuesto, la conclusión a la que arribaron los juzgadores de la instancia, no resulta aceptable para este tribunal, ya que 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”.

DÉCIMO CUARTO: Que, por otra parte, de los hechos asentados tampoco se advierte ninguna de las restantes hipótesis que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no existen elementos distintos de aquellos que habrían apreciado los aprehensores, que habilitaran para efectuar un control de identidad, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos.

DÉCIMO QUINTO: Que, además, 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 indicio 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

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, por no haber constatado indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquel 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 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 SÉPTIMO: 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, 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 resolutive.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en favor de Marco Antonio Vivar Herrera y en consecuencia, **se invalidan** tanto la sentencia de veintidós de octubre de dos mil veintiuno, como el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 213-2021, RUC N° 1800561218-3, 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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 85.886-2021



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. y Abogada Integrante Pía Verena Tavorari G. Santiago, seis de abril de dos mil veintidós.

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

