

Santiago, tres de agosto de dos mil veintidós.

Vistos:

Que el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de tres de noviembre del año dos mil veintiuno, condenó a Marcelo Andrés Muñoz Herrera a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su autoría en un delito consumado de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9°, en relación con el artículo 2° letra b), ambos del Decreto N° 400, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, cometido en la comuna de La Florida el día 28 de enero de 2019, ordenando el cumplimiento efectivo de la pena al no reunirse los requisitos exigidos por la Ley 18.216, reconociéndole los abonos que indica el fallo.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad en contra del referido fallo, el que fue admitido a tramitación y conocido en la audiencia del día catorce de julio pasado, según da cuenta el acta de la audiencia de impugnación.

Considerando:

Primero: Que por el recurso deducido se invocó como causal principal la 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 de la República o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio, por la transgresión del derecho a un



debido proceso y al derecho a la libertad personal y a la libertad ambulatoria, consagrados en el inciso 6° del artículo 19 N° 3 y 19 N° 7 letras a), b) y c) de la Constitución Política de la República, en relación con los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en relación además con el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Expone la recurrente que alegó que el control de identidad realizado a su representado no se ajustó a lo establecido en el artículo 85 del Código Procesal Penal pues no existe un indicio claro que facultara la actuación policial, lo que implica la ilegalidad de su actuar y de toda la prueba obtenida, por lo que se solicitó la absolución del acusado.

Sostiene que no se ha descrito indicio que valide la actuación de los policías, pues se ha señalado que un sujeto anónimo, cuyas características corresponden a un alto porcentaje de la población, habría visto a una persona de polera roja merodeando y exhibiendo un arma, indicio que no es endosable a los funcionarios policiales, quienes al ver a la persona a un par de metros no advierten circunstancia alguna que justifique el control de identidad, agregando que el hecho que el imputado haya corrido, entrando a un pasaje, no es más que una expresión de la libertad ambulatoria, por lo que no constituye indicio que permita afectar a la persona y proceder a su registro.

Indica que los funcionarios pusieron énfasis en la polera roja, que sería la vinculación inicial, pero en el auto de apertura no aparece referencia alguna a la conducta previa del imputado ni a su vestimenta, por tanto, se incorpora un



elemento fáctico pretendiendo configurar el indicio que, entiende la defensa, no concurre.

Sostiene que la actuación de los funcionarios policiales se desarrolló fuera del marco legal que los regula, afectando las garantías contempladas en el numeral 3 inciso 6 y numeral 7 letras a) y b) del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ello en armonía con el principio de legalidad que consagran los artículo 6 y 7 de Carta Fundamental, pues los funcionarios policiales para proceder a un control de identidad investigativo, como el practicado en la causa, deben respetar un estándar más alto, requiriendo un indicio basado en circunstancias objetivas y comprobables, que sea serio y verosímil, determinado por ellos y no por un transeúnte, pues en el presente caso los policías nunca percibieron por sus sentidos que el imputado haya exhibido un arma de fuego.

Agrega que el testimonio del transeúnte no ha podido ser sometido al conocimiento del Tribunal, ya que los policías no tomaron sus datos y las características dadas por la persona resultan vagas y demasiado amplias, indicando que, en todo caso, el que el imputado se haya dirigido al interior del pasaje no es necesariamente una conducta de huida sino una manifestación de su libertad ambulatoria.

Solicita acoger el recurso, invalidar el juicio oral y la sentencia recurrida en la parte que condenó a su representado y que se determine el estado en que deba quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para efectos que se disponga la realización de una nueva audiencia de juicio oral, excluyendo la prueba del Ministerio Público obtenida con infracción de Garantías Fundamentales.



Segundo: Que, en subsidio de la causal anterior, invocó aquella establecida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ello en relación con lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, estimando que el vicio se ha originado al establecer el quantum de la pena.

Sostiene que en el caso en análisis la discrecionalidad que se entrega al Tribunal sobrepasó el principio de proporcionalidad, ya que no se ponderó la mayor o menor extensión del mal producido por el imputado, quien no hizo uso del arma que portaba ni puso en riesgo la integridad de terceros y simplemente no contaba con las autorizaciones legales pertinentes.

Solicita así acoger esta causal de nulidad e invalidar la sentencia, dictando, sin nueva audiencia pero separadamente, sentencia de reemplazo, que condene al imputado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo.

Tercero: Que en relación a la primera causal de nulidad, que la defensa invocó de forma principal, cabe señalar que tal como se desprende del recurso, las afectaciones en que la defensa fundamentó la causal se originarían con motivo de la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, inmersa, según su parecer, en un procedimiento de control de identidad al margen de la normativa que lo regula, y su posterior incorporación y valoración en el juicio oral. En particular se cuestiona la realización de diligencias investigativas policiales de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra el condenado.



Cuarto: Que como ya ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos -SCS Roles N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013; N° 29534-14, de 20 de enero de 2015; N° 5711-15 de 09 de junio de 2015 N° 22199-16, de 1 de junio de 2016, entre otros-, si bien es efectivo que la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional y múltiples instrucciones de parte de la autoridad superior de aquél, el Código Procesal Penal regula 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, conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 del Código Procesal Penal, la compele a practicar la detención sólo en casos de flagrancia, situación que puede generarse con ocasión de un control de identidad.

Quinto: Que la sentencia consignó a propósito de los cuestionamientos formulados por la defensa, en su considerando décimo cuarto, que *“el tribunal no compartió la tesis de la defensa, en base a la cual solicitó la absolución de su representado, arguyendo que se trató de un procedimiento ilegal con vulneración de garantías y que por tanto la prueba de cargo resulta ilícita debiendo ser valorada negativamente.*

En efecto, a juicio del tribunal, el procedimiento adoptado por los funcionarios de carabineros no fue ilegal, se ajustó plenamente a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal y para así determinarlo se tuvo en consideración, de acuerdo a las propias declaraciones de los testigos que



recibieron una denuncia anónima,- transeúnte que no se identificó-, que la información recibida era concreta - sujeto portaba arma de fuego y merodeaba alrededor de autos estacionados-, en un lugar preciso -Trinidad con pasaje Mariluán-, con ciertas características- contextura, estatura, tez, sexo masculino, joven y que vestía polera roja-. Que como andaban en vehículo policial y estaban muy cerca de dicho lugar concurren de inmediato y en el sitio vieron a un individuo que tenía las características dadas el que huyó al ver su presencia, todo lo cual constituye indicio claro y preciso, objetivo, grave y más que suficiente para adoptar el procedimiento, pues al proceder del modo que lo hicieron no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19° de la Constitución Política reconoce y garantiza a los imputados, por lo que la prueba obtenida no resulta ilícita.

A mayor abundamiento, cabe señalar que los policías tienen el deber de actuar ante la denuncia de que se está cometiendo un delito y así se les comunicó -que un sujeto cuyas características se les otorgó, portaba un arma de fuego en una determinada intersección de calles cercanas- y al concurrir sin demora observan al imputado que estaba en dicho lugar y presentaba las características que se les habían dado el cual huye y al controlarlo lo revisan encontrando el arma que fue incautada y resultó estar apta”.

Sexto: Que es importante razonar sobre el contexto fáctico que usualmente rodea a una diligencia como la de la especie, porque los indicios de la probable comisión de un ilícito se encuentran usualmente en forma imprevista, situación



que obliga a los policías a evaluar de inmediato la presencia de elementos susceptibles de tal estimación y que hagan procedente la actuación.

Séptimo: Que relacionando la acción cuestionada con las normas que le son aplicables, resulta simple inferir la legalidad del cometido de los funcionarios policiales. En efecto, según se estableció con el testimonio de los carabineros Carlos Zamora Galarce y Miguel Quilaqueo Carrasco, un transeúnte les informó que un individuo se encontraba en la intersección de calle Trinidad con Mariluán, portando un arma de fuego y merodeando los vehículos estacionados, proporcionando una descripción de las características físicas y de vestimenta de la persona, que dada la precisión de los antecedentes mencionados, revestía seriedad y verosimilitud, corroborados además por las circunstancias observadas por los Carabineros al llegar al sitio, consistentes en la presencia un individuo que concordaba con la descripción que se les proporcionó y que huyó al advertir la presencia de los policías y a quien al ser controlado y proceder a su registro se encontró entre su vestimenta un revólver y munición.

Octavo: Que como asienta el fallo, existió en el caso *sublite* un indicio de la comisión del delito en cuestión por parte del acusado, motivo por el que no se transgredió la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal ni garantía constitucional alguna, ya que la diligencia policial de excepción consistente en el control de identidad ha de tenerse, en dichas circunstancias, como racional y justa, fundada en condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales que razonablemente permitían sostener la posibilidad de corresponderse con un hecho ilícito que les permitía proceder autónomamente.



Con todo, al momento de procederse al aludido control de identidad por la policía, se advirtió que el imputado efectivamente portaba un arma de fuego, lo que autorizaba igualmente su detención por tratarse de un caso de flagrancia, conforme lo disponen los artículos 129 y 130, ambos del Código Procesal Penal.

Noveno: Que en razón de las consideraciones expuestas finalmente se desestimaré la primera causal de nulidad que se alegó en el recurso.

Décimo: Que en lo que respecta al motivo de invalidación invocado de forma subsidiaria, esto es, aquel contemplado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en la errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, que se ha fundado en la infracción a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal, es del caso señalar que conforme se establece en el considerando decimoséptimo del fallo impugnado, el acusado resultó responsable en calidad de autor del delito de porte ilegal de arma de fuego (previsto y sancionado en el artículo 9 en relación con el inciso segundo del artículo 2 el Decreto N° 400, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas), en grado de consumado, sin que se estimaran concurrentes circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, siendo la pena asignada al delito la de presidio menor en su grado máximo.

Undécimo: Que en consecuencia, en el escenario descrito, los sentenciadores han podido recorrer libremente el grado de la pena asignada al delito, sin que se advierta en el fallo alguna aplicación errónea de la normativa atinente a la materia que pueda dar sustento al reclamo de la recurrente, considerando que incluso se desestimó la aplicación, respecto del acusado, del



extremo superior del grado de la pena que la ley permitía imponer, motivo por el cual al no existir errónea aplicación de derecho y al carecer de sustento jurídico la causal invocada de manera subsidiaria, finalmente se procederá a su desestimación.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 373 letra b), 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado Marcelo Andrés Muñoz Herrera, contra la sentencia de tres de noviembre de dos mil veintiuno y el juicio oral que le precedió, en los antecedentes RUC 1900106214-2, RIT 116-2021, del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 89.021-2021

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Sra. María Teresa Letelier R., el Ministro Suplente Sr. Raúl Mera M., y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavolari G., y Sr. Ricardo Abuauad D. No firma el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



XBXSXXNXNR



XBXSXXNXNR

En Santiago, a tres de agosto de dos mil veintidós, 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.



XBXSXXNXNR