

Santiago, trece de septiembre de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, en causa RUC 2200995130-3, RIT 116-2023, por sentencia de cuatro de julio del año en curso, condenó a [REDACTED], como autora de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, prescrito y sancionado en el artículo 4º en relación al artículo 1º de la Ley N° 20.000, ocurrido el día 7 de octubre del año 2022, en la comuna de San Antonio, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales, al pago de una multa de dos unidades tributarias mensuales, comiso y sin costas.

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 veinticuatro de agosto pasado.

**Y CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que, el recurso interpuesto por la defensa de [REDACTED] se sostiene en la infracción de las garantías fundamentales aseguradas por nuestra Constitución en los artículos 19 n°3 inciso 6, 19 n° 4 y 7, ya que se llevó a cabo un control de identidad sin concurrir los presupuestos normativos prescritos en el artículo 85 del código adjetivo, y que además, el material probatorio obtenido mediante dicho control fue valorado por el tribunal de instancia para sustentar su decisión de condena.

Explica que de la lectura del fallo impugnado se desprende, de manera paladina, que el antecedente fáctico que dio por probado la magistratura para justificar el control regulado en el mencionado artículo 85, fue la identificación del denunciante, prefecto de la PDI, Gilberto Loch, la coincidencia de las características y las fotografías que mostraban a la encartada en el lugar denunciado, estableciendo, en primer lugar, la veracidad de algo que vio el denunciante, pero que no declaró en juicio, de manera que sólo se establece con base en los dichos



de los funcionarios que concurrieron a declarar al juicio oral, don Rodrigo Guzmán Villegas y don Rodrigo Espinoza Toro. En segundo lugar, invoca simplemente las características de la investigada que eran coincidentes con las denunciadas, y por último, fundamenta la existencia de indicios serios, objetivos y claros, en virtud de las fotografías, en especial las fotografías números 2 y 3 en donde aparece la encartada, pero sin realizar ninguna conducta típica, tal como constó del contrainterrogatorio de la defensa a ambos funcionarios policiales quienes asumieron que las fotografías aportadas en juicio no registraban ninguna conducta típica o ilegal.

Indica que la defensa, en el juicio oral, afirmó que la apreciación de los funcionarios policiales no fue directa del supuesto hecho delictivo, sino que la vieron realizar una conducta neutra que fue sólo estar en el lugar. Incluso afirman que el control de identidad se realizó sobre la base únicamente de la denuncia previa y por las características de la imputada, pero no así sobre la base de la percepción directa de una conducta por parte de la policía o al menos de los presupuestos de hecho que exige la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal.

En opinión de la articulista, el control de identidad se realizó sobre una apreciación subjetiva de un denunciante ajeno al juicio -porque no declara-, cuya identidad puede o no ser comprobable, en base a su apreciación en relación con la conducta de la imputada – en tanto según él, realizaba venta de droga al menudeo, lo que no libera a los funcionarios que controlan la identidad de la imputada de verificar la real existencia de circunstancias objetivas establecidas en el artículo 85 del Código del ramo, porque de interpretarse de este modo, bastaría con que cualquier persona denunciara un hecho delictivo para que la policía estuviera habilitada para limitar la libertad de un ciudadano, sin perjuicio de que no lo observen realizando conducta alguna, lo cual dista mucho del espíritu de nuestro proceso penal en cuanto al uso discrecional de las facultades autónomas de la



policía.

Añade que lo anterior, se ve corroborado por la declaración de don Rodrigo Guzmán, quien mencionó que quien habría visto la supuesta conducta típica de venta al menudeo habría sido el denunciante, pero no así los funcionarios aprehensores: “No controló porque estuviera cometiendo un delito en ese momento, sino porque había una sindicación previa.” Es decir, fue una conducta que supuestamente vio el denunciante, pero que al llegar los funcionarios policiales al lugar, sólo vieron una conducta neutra, que a los policías les pudo parecer sospechosa por la coincidencia en las características de la mujer, la foto, etc. empero, huelga recordar que la ley exige algo más que una mera sospecha.

Adiciona que, en este caso, ni siquiera fue necesario aplicar la subjetividad de los policías para controlar la identidad de su representada, sino que sólo bastó la mera subjetividad de un tercero para limitar la libertad de doña [REDACTED] sobre todo, en atención a que la información entregada por el señor Loch, fue que vio que la mujer era abordada por distintos sujetos, quienes luego de intercambiar pequeños objetos se retiraban del lugar, percepción absolutamente subjetiva.

Arguye, que resulta pertinente esgrimir que la regla general está constituida por nuestros derechos constitucionalmente consagrados, como son la libertad de tránsito y el derecho a la intimidad, siendo la facultad del artículo 85 del Código Procesal Penal la excepción a dicha regla, y que, como excepción, su examen ha de revestirse de un rigor superior, ya que si bien se trata sólo un indicio, éste debe ser objetivo, suficiente y fundado para que se rompa el ámbito de protección constitucional y pueda el estado y sus agentes, válidamente, inmiscuirse en una esfera de competencia privada, detener a una persona y registrarla.

Finaliza su arbitrio, reiterando que el control de identidad se efectuó fuera del estándar que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal. Las circunstancias que dieron cuenta los testigos de cargo que controlan y detienen a su defendida, no pueden constituir elementos que justifiquen la intervención de la policía, cuyas



conductas vulneran las garantías de los numerales 3, 4 y 7 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Solicita que se anule el juicio y la sentencia en su totalidad, indicándose que se excluye toda la prueba del Ministerio Público del auto de apertura dictado con fecha 24 de abril de 2023, por haber sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado.

**Segundo:** Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento séptimo tuvo por acreditado que: “El 7 de octubre de 2022, aproximadamente a las 15:00 horas, [REDACTED] fue fiscalizada por funcionarios de la BRIANCO de San Antonio en el sector de la salida del estacionamiento del Mall de San Antonio, en la caleta Pacheco Altamirano, frente a un restaurant del lugar, siendo sorprendida manteniendo en su poder, al interior de su cartera, 93 envoltorios de papel blanco cuadriculado con 4,19 gramos netos de cocaína base y \$13.000 en dinero en efectivo y en billetes de baja denominación, producto de la venta de droga.”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como un delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas o de sustancias estupefacientes, cometido en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley 20.000.

Luego, en el motivo octavo, al analizar la prueba rendida por el Ministerio Público, los jueces explicitan que, tal hecho quedó acreditado, más allá de toda duda razonable, principalmente, por lo expuesto de manera conteste por los dos testigos de cargo, todos los cuales participaron en el procedimiento que conllevó la detención de la acusada, quien mantenía droga en su poder, la que fue controlada, debido a que, en momentos previos, su jefe recibió una denuncia por parte del ex prefecto general Gilberto Loch, quien indicó que estaba almorzando en las pescaderías cercanas al mall de San Antonio, cuando observó por la ventana a una



mujer, a la que describió, la que estaba realizando intercambios típicos del traspaso de droga en el sector, añadiendo los testigos de cargo ya mencionados, que concurrieron al lugar y hallaron a la acusada, quien coincidía con las características aportadas por el denunciante, las que constaban además en unas fotografías que éste había remitido, procediendo a controlar su identidad, la que, al preguntarle si mantenía algún elemento de interés criminalístico, voluntariamente les hizo entrega de 93 envoltorios de nylon transparente con cocaína base, los que mantenía en su cartera, procediendo a su detención en el lugar.

Acto seguido, los mismos jueces en el apartado undécimo, haciéndose cargo de la alegación de la defensa en cuanto a que el control de identidad que antecedió a la detención del acusado no se ajustó a derecho –debido a la falta de un indicio que permitiera su realización-, sostuvieron, para desestimarlas que: "...en este orden de ideas, estos sentenciadores estiman que el procedimiento por el que se controló a la acusada y en el cual aquella entregó voluntariamente a los funcionarios policiales la droga que portaba se encuentra plenamente ajustado a derecho, ya que dicho control se produjo dentro de los parámetros del artículo 85 del Código Procesal Penal, al existir indicios de que ella se encontraba vendiendo droga en el sector de los hechos. En efecto, tales indicios se gestan a raíz de una denuncia plenamente verificable en cuanto a la identificación del denunciante -el prefecto general de la PDI Gilberto Loch-, en cuanto a las características de la persona denunciada -una mujer de pelo canoso, de unos cincuenta años, pelo amarrado por un moño, la que estaba en un determinado lugar-, en cuanto a cómo observó los hechos el denunciante -desde un restaurant con vista directa a donde se hallaba la acusada, observándola realizar los movimientos típicos de las transacciones de droga-, indicios que se encuentran refrendados por las fotografías que habría remitido el denunciante a los policías que efectuaron la detención, específicamente las fotografías 2 y 3 exhibidas a los testigos de cargo, donde se aprecia nítidamente a la acusada, la que coincide con las características aportadas.



A todo lo anterior se suma la propia dinámica del procedimiento de detención relatada por los dos testigos de cargo, el que se efectuó a los pocos momentos de la denuncia, en el mismo lugar indicado por el denunciante, respecto de la persona que reunía las mismas características indicadas y que coincidía con las fotografías aportadas, encontrando efectivamente en su poder 93 envoltorios contenedores de droga. De este modo, en la especie, existieron indicios controlables y trazables, que suprimen las posibilidades de una gestión arbitraria o aleatoria por parte de los funcionarios policiales.

Por otra parte, no se aprecia vulneración alguna en las garantías de la enjuiciada por el hecho de que los agentes le hayan efectuado algún tipo de consulta sobre si portaba algún elemento de interés criminalístico, pues el propio artículo 85 del Código Procesal Penal prescribe que los indicios también pueden referirse al hecho que la persona controlada “pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta”. Finalmente, existiendo indicios que facultaban el control de identidad de la encartada, los policías se encontraban plenamente facultados para su registro, aún sin orden judicial previa, de modo que el hallazgo de la droga en poder de la acusada era inevitable, aún si aquella no la hubiese entregado de manera voluntaria. En este orden de ideas, no se aprecia vulneración alguna a las normas descritas por la defensa, ya que el actuar policial se ajustó a los márgenes de acción que el propio ordenamiento jurídico prevé, por lo que tales alegaciones serán desestimadas al igual que la tesis absolutoria de la defensa fundada en las mismas.”

**Tercero:** Que así las cosas, aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron al control de identidad cuestionado, motivados únicamente por la circunstancia de haberles referido su jefe, que momentos antes, había recibido una información proveniente de un ex funcionario policial, en el sentido de que en el lugar indicado por éste, una mujer, cuya fotografía adjuntó al comunicado, y que también recibió del denunciante, se encontraba vendiendo drogas al



menudeo a los transeúntes del sector.

**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.

Que, 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 presupuesto 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).

Que en la especie, aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron a efectuar el control de identidad que culminó con la detención de la



imputada, motivados únicamente por la circunstancia de haber encontrado en el lugar referido por el jefe, a una mujer que coincidía en sus vestimentas con la que aparecía en la fotografía aportada por el denunciante, dado que existe coincidencia en sus dichos, primero, en cuanto a que dicha evidencia no da cuenta de alguna maniobra indiciaria de estar vendiendo drogas, y segundo, que en el lugar, no la vieron interactuar con alguna otra persona en los términos referidos por su jefe, al reproducir la información recibida del ex funcionario policial denunciante.

Estas circunstancias de hecho, es decir, que la mujer fuese la misma que aparecía en la fotografía recibida como evidencia, y que se encontrara en el lugar referido por su jefe, no constituyen, en modo alguno, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.

A lo anterior se suma, que el mencionado denunciante –debidamente identificado- no compareció al juicio con el fin de explicar sus términos, y corroborar así que la acusada era la persona a la que habría visto ejecutando las conductas que refiriera telefónicamente al jefe directo de los testigos de cargo, quienes actuaron conforme sus dichos.

No obsta a estas reflexiones la circunstancia de que la mujer espontáneamente hubiera referido a los aprehensores que mantenía droga en su poder, dado que, dicha respuesta fue producto de la pregunta que le fuera dirigida por ellos cuando ya había sido ubicada para los efectos de controlar su identidad, según lo instruido previamente por su superior.

Refuerza lo anteriormente expuesto que ha sido el propio Ministerio Público quien se ha encargado de precisar que la apreciación de los hechos indiciarios tiene que sustentarse sobre la base de elementos objetivos a partir de los cuales sea razonable la afirmación de un hecho no conocido. Descarta, entre otras, las siguientes conductas o actitudes: "La actitud y perfil del sujeto, apreciadas de forma aislada y parcelada, la actitud evasiva, la actitud sospechosa, gestos y conductas



dudosos, persona en evidente estado de nerviosismo." (Características, alcance y finalidad del indicio a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo", Rodrigo Honores Cisternas, Revista Jurídica del Ministerio Público, Nro 76, Agosto 2019, pp. 181 y s.s.) Estas consideraciones del ente persecutor avalan la solidez de los razonamientos de esta Corte, que descartan la existencia de un indicio en el caso de autos.

**Quinto:** Que, por lo expuesto, cabe tener por infringido en el caso concreto el artículo 85 del Código del Ramo, desprendiéndose de esta constatación, que los agentes policiales vulneraron los derechos constitucionales de la imputada, vulneración que ha sido replicada en la sentencia impugnada, ya que los magistrados calificaron la actuación de los funcionarios policiales como ajustada a la ley, calificación que, en concepto de estos sentenciadores es errónea y no puede fundar la condena.

**Sexto:** 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 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”.

**Séptimo:** Que, en consecuencia, al haberse verificado un proceder autónomo de la policía fuera de los márgenes legales y de sus competencias, se vulneró el derecho de la imputada 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 la acusada 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.

**Octavo:** 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 de la imputada 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), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido en favor de [REDACTED] y en consecuencia, se invalidan la sentencia de cuatro de julio de dos mil veintitrés y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 116-2023, RUC 2200995130-3, 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. Dahm.

**N° 154.701-2023**





RWQKXHVDKNT

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., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, trece de septiembre de dos mil veintitrés.

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

