Santiago, veintidós de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de dieciséis de septiembre del año en curso, pronunciada en la causa Rit N° 333-2017, Ruc N° 1700198691-0, condenó a José del Tránsito Sepúlveda Alvear a seis años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más multa de 40 unidades tributarias mensuales, en su calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, perpetrado en Viña del Mar el 27 de febrero de 2017.

La sentencia fue impugnada de nulidad por la defensa del imputado, recurso que se conoció en audiencia pública el pasado dos de noviembre. Luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en esa misma fecha.

Considerando:

Primero: Que por el recurso deducido se invoca únicamente 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 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 artículo 19 Nros. 3° inciso sexto, 4° y 7° letra b de la Constitución Política de la República, en relación al artículo 85 del Código Procesal Penal, todo ello fruto de un control de identidad practicado fuera de las hipótesis legales, diligencia que arrojó como resultado el hallazgo de la evidencia que funda la decisión de condena.

Según se sostiene, para efectos de justificar la decisión, el tribunal valoró las declaraciones de los funcionarios de Carabineros Elvis Muñoz

BOFCDENKDN

Faúndez y Gabriel Ortiz Palma, quienes participaron del procedimiento en que se habrían vulnerado garantías fundamentales.

En base a esos relatos, según consignó la sentencia, se tuvo por acreditada la participación de Sepúlveda Alvear en los hechos, descartándose la tesis de la ilegalidad del control de identidad.

Como se lee del fallo, la infracción denunciada no se desprendería de los testimonios de los aprehensores, porque fueron contestes en señalar que mientras efectuaban un patrullaje preventivo, se les acercó una mujer para darles a conocer que acababa de presenciar que desde un vehículo se entregaba un paquete "enguinchado" con cinta de embalaje a un hombre cuyas características físicas y de vestimentas les proporcionó. A escasa distancia -30 metros- lo encontraron en la vía pública, procediendo a efectuar un control de identidad y el registro de sus vestimentas, descubriéndose en su mochila un paquete tipo "ladrillo" en cuyo interior mantenía un polvo beige.

De manera errada, reclama la defensa, la sentencia resolvió que la falta de identificación o inexistencia de la denunciante no obsta a la legalidad del procedimiento, el que permitió el hallazgo posterior de la sustancia estupefaciente, pues el anonimato en este tipo de denuncias es un medio apto para la recolección de antecedentes sobre las actividades de tráfico de estupefacientes, implementándose por organismos estatales mecanismos como "denuncia segura" y "fonodrogas", instando a la ciudadanía a entregar información bajo protección de identidad.

Además, los antecedentes aportados a los Carabineros eran plenamente constatables, previo a su decisión de efectuar el control. Por ende, la observación y posterior descripción a la policía del paquete que se le había entregado al acusado, permitía presumir que se trataba de un "ladrillo" de droga, unido a que la descripción física y de vestimentas correspondían a las de un sujeto que se encontraba parado en la vía pública, sin documentación

BOFCDENKDN

identificatoria, como pudieron constatar posteriormente, lo cual constituía los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Según arguye la defensa, el único elemento que motivó la actuación policial fue el aviso de una transeúnte no individualizada de que un sujeto había recibido un paquete sospechoso desde un automóvil. Según los policías, cuando ven al imputado, este actuó en forma nerviosa, “sudorando y titubeando ante las preguntas que se le efectuaban”. Pero no existían denuncias previas de sujetos que traficaran droga, no se hizo un seguimiento previo al acusado, no se empadronó ni individualizó a la transeúnte, los funcionarios no presenciaron actos objetivos que permitieran sostener que la conducta de Sepúlveda Alvear era indiciaria de la comisión de un delito. Solo observaron a las 4 de la tarde a un sujeto parado en una esquina, que además era cercana a su casa.

Por ello, plantea el recurso, el aviso que recibió la policía no imputaba la comisión de un delito, sino una mera sospecha, pues que el sujeto concordara con las características dadas por la denunciante anónima es una elucubración del fallo, ya que no se sabe cuáles eran las que entregó la supuesta informante.

Tal proceder policial, ilegal a juicio de la defensa, afectó a las restantes actuaciones en que intervinieron los policías, que arrojaron como resultado el hallazgo de droga.

Termina por solicitar que se invalide el juicio y la sentencia y se determine el estado en que ha de quedar el procedimiento, ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que proceda a la realizarse un nuevo juicio oral, con exclusión de la prueba individualizada en el considerando 7° del fallo, esto es, las declaraciones de los policías Elvis Fabián Muñoz Faúndez, Gabriel Ortiz Palma y Jorge Patricio Cañete Véliz; Oficio Reservado N° 1540, del Jefe Uniad de Decomiso y Laboratorio del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota, que remite a la Fiscalía

BOFCDENKDN

Local de Viña del Mar, el 29 de junio de 2017, el Protocolo de Análisis del Instituto de Salud Pública, el Informe Técnico sobre Droga; Acta de Recepción de Droga, Oficio Remisor de la droga al Instituto de Salud Pública y Acta de Destrucción; Oficio Reservado N° 3373-2017, de 22 de junio de 2017, Jefe del Subdepartamento de Sustancias Ilícitas a la Fiscalía de Viña del Mar remitiendo copia del Protocolo de Análisis del código de muestra 3373-2017-M1-1; Protocolo de Análisis del Instituto de Salud Pública, suscrito por el perito René Rocha Barrasa, quien concluye que la muestra 3373-2017-M1-1 es cocaína base al 49%; Informe sobre efectos y peligrosidad de la cocaína base, suscrito por el perito René Rocha Barrasa; Acta de Recepción de Decomisos de la muestra M1, de 1 de marzo de 2017, donde consta la recepción de un envoltorio de cinta café en forma de ladrillo, contenedor de pasta beige, con un peso neto de 491,7 gramos; Oficio Reservado N° 540, remisor al Instituto de Salud Pública de 2 gramos netos pasta beige para peritaje, según acta de recepción N° 384, en Parte Policial N° 478 de la Subcomisaría Forestal; Acta de Destrucción N° 5 de la muestra M1, de 31 de marzo de 2017, según acta de recepción N° 384, correspondiente a 486,7 gramos.

Segundo: Que 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.

Tercero: Que como ya ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos -SCS Roles 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, N° 35167-17, de 23 de agosto del 2017, entre otros-, si bien es efectivo que la Constitución

BOFCDENKDN

Política 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 la compele a practicar la detención sólo en casos de flagrancia, situación que puede generarse con ocasión de un control de identidad.

Cuarto: Que la sentencia consignó en el considerando Décimo cuarto, a propósito de la situación reclamada, que no se desprende de los testimonios de los funcionarios Muñoz y Ortiz que hubiesen conculcado derechos fundamentales, pues en el contexto de un patrullaje rutinario, fueron advertidos por una transeúnte quien acababa de presenciar los momentos en que desde un automóvil se entregaba a un hombre un paquete enguinchado con cinta de embalaje, sujeto que fue descrito físicamente, siendo buscado de manera inmediata, al que hallaron en la vía pública a poca distancia, procediendo a efectuar un control de identidad y registro de sus pertenencias, encontrando en su mochila el paquete tipo ladrillo. Esos antecedentes aportados a Carabineros fueron plenamente constatables, previo a la decisión de controlar su identidad, pues la observación y posterior descripción del bulto, unido a la descripción física y de vestimentas, correspondía al sujeto que avistaron, sin documentación identificatoria, como pudieron comprobar, indicio suficiente para proceder de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal.

Quinto: Que esas consideraciones encuentran sustento en las declaraciones de los policías Elvis Muñoz Faúndez y Gabriel Ortiz Palma, consignadas en el fundamento Undécimo de la sentencia, quienes se refirieron de manera circunstanciada a la forma en que se inició el procedimiento, las

BOFCDENKDN

diligencias que se llevaron a cabo y que permitieron establecer que el sujeto individualizado por la transeúnte recibió de un tercero en la vía pública un paquete con estupefacientes, el que mantenía en su poder al momento del control de identidad.

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 intempestiva, situación que obliga a los policías a evaluar de inmediato la presencia de algún elemento susceptible 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, si bien no se contó con la identificación de la denunciante, la narración circunstanciada del hecho, la descripción del paquete y su forma particular de sellado, unido a la designación precisa de quien sería uno de los partícipes del ilícito, quien además no contaba con documentos para acreditar su identificación, revistieron a dicha comunicación de seriedad y verosimilitud, lo cual ciertamente eran señales de una probable acción delictiva.

Octavo: Que como asienta el fallo, existió en el caso *sublite* una pluralidad de circunstancias fundadas que permitían estimar que el imputado podía disponerse o bien estaba cometiendo un delito, 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 y el registro del bolso que portaba 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.

BOFCDENKDN

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por el defensor penal público don Guillermo Alejandro Améstica Zavala, en representación del sentenciado José del Tránsito Sepúlveda Alvear, contra la sentencia de dieciséis de septiembre de dos mil diecisiete y el juicio oral que le precedió, en los antecedentes Ruc N° 1700198691-0, Rit N° 333-2017, del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, los que, en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Juica y Dahm, quienes estuvieron por acoger el recurso y consecuencialmente invalidar el fallo impugnado y el juicio oral, teniendo para ello presente:

Que el arbitrio entablado reclama la vulneración de garantías y derechos a consecuencia de un registro de especies del imputado que pretendió justificarse bajo la fórmula de un control de identidad, el que la defensa considera ilegal porque no se reunían las condiciones de procedencia que establece el artículo 85 del Código Procesal Penal.

En la especie, los funcionarios policiales efectuaron un control de identidad que no tuvo más justificación que los datos proporcionados por una denunciante cuya identidad permanece en el anonimato, de donde habría surgido el indicio sobre la presunta actividad constitutiva de delito, cual es la entrega de un paquete en la vía pública, comportamiento que, desde una perspectiva ex ante, carece de la relevancia asignada, toda vez que en él no se advierten elementos objetivos referidos a la comisión de algún delito, salvo la apreciación particular que una mujer dio a esa acción, sin ningún comportamiento anexo que justificara tal imputación, más si se considera que los funcionarios policiales tampoco lo advirtieron, quienes únicamente localizaron a un sujeto que concordaba con las características físicas y de vestimentas que les señalaron. De este modo, la circunstancia descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal.

BOFCDENKDN

Por lo demás, si se ha pretendido validar el relato anónimo en que este surgió de una mujer que se desempeña como informante de la policía, su identidad debía estar registrada, lo cual no fue alegado ni demostrado por el Ministerio Público.

La circunstancia de haberse encontrado durante el registro improcedente un paquete contenedor de cannabis sativa no valida, ex post, el procedimiento, toda vez que al ordenamiento jurídico procesal le interesa el respeto irrestricto de las formas, como salvaguarda de la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales, así como manifestación del respeto irrestricto de la dignidad humana en la persecución penal de los delitos.

De esta manera, no es admisible validar el accionar policial por el hallazgo posterior de una cantidad de estupefacientes en poder del acusado, toda vez que respecto de su existencia no existía indicio alguno, por lo que malamente su detección legitima el procedimiento adoptado. De ser así, habría que aceptar que en el evento que el registro del imputado o su bolso no arroje resultado, supondría o traería como consecuencia un control ilegal.

La actuación descrita por el fallo revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció.

Ese proceder ilegal de los funcionarios policiales, a juicio de los disidentes, afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona del imputado y que trajo como resultado el hallazgo de droga. Ello es corolario del efecto propio de la nulidad y transforma en ilícita la prueba así obtenida, que ya no pudo ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de

BOFCDENKDN

haberse “producido” e “incorporado” de conformidad a la ley, cual, como ha quedado demostrado precedentemente no ha ocurrido en la especie.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 39.777-17

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jaime Rodríguez E. No firma el Ministro Sr. Dahm y el Abogado Integrante Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.

MILTON IVAN JUICA ARANCIBIA
MINISTRO
Fecha: 22/11/2017 12:51:44

LAMBERTO ANTONIO CISTERNAS ROCHA
MINISTRO
Fecha: 22/11/2017 12:51:45

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 22/11/2017 12:51:45

BOFCDENKDN

En Santiago, a veintidós de noviembre de dos mil diecisiete, 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.

BOFCDENKDN