Santiago, veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en causa RUC N° 1501215701-8 y RIT N° 311-2017, por sentencia de cuatro de octubre de dos mil diecisiete, en procedimiento ordinario condenó a **Cristian Eduardo de la Vega Rivas** como autor del delito de Porte de Arma de Fuego Prohibida y munición, descrito y sancionado en los artículos 3° y 13 de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, en grado de consumado, sorprendido en la ciudad de Quintero, el día 19 de diciembre de 2015, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el siete de los corrientes, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

Primero: Que el recurso invoca la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5º, inciso 2°, y 19 N°s. 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la República, 8.2 letra g) y 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.3 letra g) y 17 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y artículos 83, 85, 91, 93 g) y 205 del Código Procesal Penal.

En primer término, arguye la infracción del artículo 85 del Código Procesal Penal, puesto que el control de identidad a que fue sometido el imputado fue producto de una supuesta llamada anónima que habría indicado que en la intersección de calle Estación con calle las Brisas del sector de Loncura, comuna de Quintero, había individuos consumiendo licor sin especificar características físicas o de vestimenta de ellos; pero lo concreto es que los funcionarios aprehensores lo que perciben por sus sentidos al llegar a ese lugar, es a una persona que, según los agentes, al ver la presencia policial

MZPCDFOXNW

comienza a caminar en sentido contrario, sin portar a simple vista ningún elemento, como puede ser un envase o botella, o alcohol. Además el hecho de caminar en horas de la madrugada no configura ningún indicio de actividad criminal. De lo expuesto, afirma el recurrente, aparece de manifiesto que el actuar policial no se ajustó a los requerimientos del artículo 85 del Código Procesal Penal.

En un segundo orden, acusa el arbitrio la infracción a los artículos 91 y 93 letra g) del Código Procesal Penal, toda vez que, luego de ser objeto de un control de identidad y registro de vestimentas viciado por falta de indicios que lo justificara, el acusado fue interrogado respecto al origen del arma que le fue incautada al momento del control de identidad y su detención, vulnerándose las disposiciones mencionados, toda vez que no estaban facultados para interrogar al acusado.

Al concluir solicita que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrase una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura la prueba que indica.

Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado que **"***El día 19 de diciembre de 2015, aproximadamente a las 03:45 horas, personal de Carabineros fiscalizó a Cristian Eduardo de la Vega Rivas, en calle Estación con Las Brisas, del sector de Loncura de la comuna de Quintero, descubriendo que portaba en el bolsillo derecho de su chaqueta tipo cortaviento una pistola marca HI-POINT, modelo C-9, calibre 9 milímetros, con su número de serie parcialmente borrado, cargada con 8 proyectiles balísticos calibre 9 milímetros marca WIN, sin contar De la Vega Rivas con autorización alguna que lo habilitare para la posesión y el porte de dicha arma prohibida y municiones."*

Estos hechos fueron calificados como delito de porte de arma de fuego prohibida y munición.

Ahora en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló que: *"El hecho de la llamada anónima y su contenido; aunado a las características del lugar que se mencionaba en la denuncia y por donde transitaba el acusado –de desórdenes frecuentes y venta y consumo de alcohol y drogas-; unido asimismo a la actitud de éste al percatarse de la presencia policial, fueron circunstancias idóneas que autorizaron el actuar policial; accionar que en concepto de la mayoría del tribunal, se ajustó a lo preceptuado en el artículo 85 del Código Procesal Penal…* [los jueces luego realizan citas de jurisprudencia que estiman avalan su decisión]

En consecuencia, al estimarse que los elementos de juicio antes señalados legitimaron el procedimiento llevado cabo por carabineros, la prueba surgida del mismo resultó idónea para el fin pretendido por el acusador."

Tercero: Que, al sostenerse en el recurso que en el caso sub judice no se observa la pluralidad de indicios que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio *"la llamada anónima y su contenido",* la que decía relación, según depusieron los dos funcionarios policiales Castro Pazos y Ramírez Enríquez en el juicio, con el consumo de alcohol (y desórdenes agregó Castro) en avenida Las Brisas, de Loncura.

Sin perjuicio de lo plausible de los cuestionamientos del recurso a la existencia de dicha llamada anónima, dadas las inconsistencias y olvidos de los deponentes sobre quién de ellos habría recibido ese llamado, así como si se trataba de un hombre o una mujer y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de dicho comunicado, cabe más bien reparar en que, primero, en esa llamada no se indican las características físicas, vestimenta o cualquier

otro rasgo o elemento que permita identificar a los denunciados por los policías, omisiones que debieron ser salvadas por los policías requiriéndolas del denunciante, pues de otra forma importaría aceptar -lo que no resulta posible- que esa llamada constituía un indicio de que, todo aquél que transitaba por, o estaba próximo al sector -calle Estación con avenida Las Brisas, Loncura, Quintero- en momentos posteriores a la llamada, estaba expuesto a ser sometido a un control de identidad, con la consiguiente restricción a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.

Sobre este aspecto ha señalado esta Corte que "*Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona 'determinada'. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad"* (SCS Rol Nº 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016).

Así las cosas, en este caso la denuncia anónima, aun bajo el supuesto de la existencia de la misma, dada su vaguedad y amplitud, no puede constituir por sí sola un indicio de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, ni tampoco, como se demostrará a continuación, puede hacerlo considerada en conjunto con el resto de las circunstancias que pondera el tribunal.

MZPCDFOXNW

Cuarto: Que el tribunal también toma en cuenta como indicio "*las características del lugar que se mencionaba en la denuncia y por donde transitaba el acusado –de desórdenes frecuentes y venta y consumo de alcohol y drogas-".*

Al respecto, tratándose de una vía pública la aludida por el denunciante, en caso alguno puede aceptarse que el solo caminar por dicha arteria, constituya un indicio de que se está cometiendo o en disposición de cometer un crimen, simple delito o falta, pues ello importaría validar un sesgo por parte de los agentes del Estado que discriminaría arbitrariamente a quienes viven en ese sector o deben transitar por él, los que, como consecuencia de la actividad ilícita de terceros -contra quienes debe encaminarse la actividad preventiva policial- se verían restringidos injustificadamente en sus libertades y derechos, viéndose obligados a soportar diariamente una carga por parte de las policías a la que no están expuestos aquellos ciudadanos que viven o se desplazan por sectores de la misma ciudad que no presenta iguales índices de delitos, motivos que, por su carácter discriminatorio, no pueden en caso alguno fundar la actuación de agentes del Estado desde que ello vulneraría la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N° 2 de nuestra Carta Fundamental.

Quinto: Que, finalmente, el tribunal sopesa *"la actitud de éste* [el acusado] *al percatarse de la presencia policial",* actitud que, según los policías consistió en caminar en dirección contraria al vehículo policial al ver éste.

Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de transitar por el sector referido- que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien se aludía en la denuncia. Ya se dijo que no se aportó por el denunciante ninguna característica física, de vestimenta u otro rasgo que contribuyera a la identificación del sindicado, pero tampoco los policías ven al acusado portar algún elemento u objeto que permitiera sospechar que realizaba o se disponía

a realizar los actos referidos en la denuncia -consumo de alcohol o causar desórdenes- ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Lo único que se menciona por los funcionarios policiales es que el acusado, al verlos aproximarse, cambia el rumbo en que venía caminando -sin correr ni apurar la marcha, ni hacer maniobras para ocultar su rostro o cubrir algo que portase bajo sus vestimentas, u otra circunstancia análoga-, lo que, desde luego no resulta un indicio "objetivo" de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.

Sexto: Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de dos o más indicios objetivos de que estuviere cometiendo o intentare cometer un delito, ni de ninguno de los otros supuestos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan esa diligencia y, consecuentemente, permiten a la policía el registro del imputado, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando su derecho 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, toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de Cristián De la Vega Rivas resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. 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.

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 sólo 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.

Atendido lo decidido, no se emitirá pronunciamiento sobre el segundo motivo fundante de la causal de nulidad acogida -interrogatorio policial al acusado-, ya que esto último necesariamente conduce al mismo resultado perseguido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido a favor de **Cristian Eduardo de la Vega Rivas** y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de cuatro de octubre de dos mil diecisiete y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 1501215701-8 y RIT N° 311-2017 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de René Daniel Castro Pazos y Pascual Ramírez Enríquez en cuanto se relacionen a la diligencia de control de identidad a la que fue sometido el acusado el día 19 de diciembre de 2015, aproximadamente a las 03:45 horas, en calle Estación con Las Brisas, del sector de Loncura de la

comuna de Quintero, y los otros medios de prueba derivados de dicha actuación, consistentes en el perito Jorge Urtubia Tapia, que elaboró el informe pericial balístico n° 1315-2015 y su anexo químico 1315-2015; perito Angélica Piñones González que elaboró Anexo informe pericial de Química Forense n° 1315-2015; set de 6 fotografías del arma y municiones incautadas; una pistola marca HI-POINT, Modelo C-9, calibre 9 milímetros con su número de serie borrado; siete cartuchos balísticos sin percutir calibre 9 milímetros marca WIN; un proyectil balístico calibre 9 milímetros; una vaina percutida calibre 9 milímetros marca WIN; y Oficio del departamento de Control de Armas y Explosivos de la Dirección General de Movilización Nacional.

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Valderrama, quien, por no advertir la concurrencia de violaciones a derechos fundamentales, estuvo por rechazar el recurso de nulidad, atendido que la denuncia anónima recibida por los policías, la que se tuvo por cierta por el tribunal, dio cuenta de la ingesta de alcohol así como de desórdenes por personas en una intersección determinada, en la cual efectivamente se encontró al acusado, quien, según refirió el testigo Castro Pazos, se hallaba acompañado de un tercero, el que se retiró del lugar ante la presencia policial, mientras que el acusado dio vuelta su marcha en sentido contrario al vehículo de los agentes, circunstancias que, aunadas a la hora de la noche en que se encuentra al imputado -03:45 hrs.- por un sector con alto índice de denuncias por diversos delitos, conforman un conjunto de indicios que habilitaban a los policías para realizar el control de identidad cuestionado, teniendo en consideración que, como el mismo artículo 85 del Código Procesal Penal prescribe, esa actuación debe ser el resultado de una “estimación” que debe realizar el propio policía “*según las circunstancias*”, debiendo ocuparse esta Corte únicamente de descartar una actuación arbitraria de los agentes estatales en el desempeño de sus labores preventivas, arbitrariedad que no se observa en la especie por las razones ya reseñadas.

MZPCDFOXNW

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia su autor.

Rol Nº 41.342-17.

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

MILTON IVAN JUICA ARANCIBIA
MINISTRO
Fecha: 27/11/2017 13:07:20

CARLOS GUILLERMO JORGE KUNSEMULLER LOEBENFELDER
MINISTRO
Fecha: 27/11/2017 13:07:20

MANUEL ANTONIO VALDERRAMA REBOLLEDO
MINISTRO
Fecha: 27/11/2017 13:07:21

JAIME DEL CARMEN RODRIGUEZ ESPOZ
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 27/11/2017 11:33:22

MZPCDFOXNW

En Santiago, a veintisiete 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.

MZPCDFOXNW