

Santiago, trece de julio de dos mil veinte.

VISTOS:

El Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de quince de mayo de dos mil veinte, en los antecedentes RIT N° 114-2020, RUC N° 1900332683-k, condenó al acusado **Michael Andrés Cárcamo Salazar**, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, más las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, en su calidad de autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en grado consumado, hecho ocurrido el 27 de marzo de 2019, en la comuna de San Ramón.

La sentencia dispuso que la pena privativa de libertad impuesta se cumpla efectivamente por no reunirse en la especie ninguno de los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216 para la concesión de alguna pena sustitutiva.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de 23 de junio 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 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 cuanto se



han denunciado como vulneradas las garantías del debido proceso, a la libertad ambulatoria y a la intimidad.

Explica el recurrente que el imputado no se encontraba en ninguna de las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal, esto es, que existiere un indicio de que hubiere cometido un crimen, simple delito o falta, pues en este caso los funcionarios solamente contaban con meras conjeturas acerca de lo que fumaba el acusado, copiloto del vehículo motorizado en que se desplazaba, antecedente que no fue ahondado por la policía y que en sí reviste reparos en cuanto a su certeza y contundencia para efectos de construir un indicio como el exigido por la norma.

Así las cosas, los funcionarios se excedieron en las facultades que el ordenamiento jurídico expresamente les otorga, obrando en contravención a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, al llevar cabo un procedimiento ilegal y arbitrario que posteriormente devino en la detención del encausado, en circunstancias que no se encontraban habilitados para ello, afectando de esa forma la libertad personal de aquél de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, pero además el debido proceso consagrado en el artículo 19 N°3, inciso 5°, de la Constitución Política de la República, al no verse respetadas una serie de garantías procesales que informan el actuar policial y el levantamiento de prueba, así como las informaciones y comunicaciones que deben existir entre las policías y el Ministerio Público, garantías que han sido establecidas precisamente como un límite al actuar arbitrario de los agentes del Estado.

Argumenta que el tribunal acude a la mera apreciación policial, al señalar que “según su experiencia” efectivamente se podría colegir la ocurrencia de un ilícito. Ahora bien, lo cierto es que asegurar que según la



experiencia del funcionario se podría presumir ello, vulnera necesariamente los requisitos del indicio para efecto de poder habilitar a los funcionarios en razón del artículo 85 citado, ello porque carece de un elemento central, esto es, que dicho indicio sea objetivo, serio y verificable.

Termina solicitando se acoja el recurso, se invalide el juicio oral y la sentencia recurrida y se determine el estado en que deba quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para efectos que se disponga la realización de una nueva audiencia de juicio oral, excluyendo toda la prueba del Ministerio Público.

Segundo: Que de lo expresado en el recurso, aparece que la infracción denunciada en la causal en estudio se habría producido, en concepto de la defensa, porque el control de identidad que mutó en la posterior detención del acusado, fue ejecutado fuera del ámbito de las atribuciones autónomas de la policía, al arrogarse ésta facultades de las que carecía, por no existir un indicio para efectuarlo.

Tercero: Que como ya ha sostenido esta Corte Suprema en los pronunciamientos Roles N° 4.653-2013, de 16 de septiembre de 2013, N° 11.767-2013, de 30 de diciembre de 2013 y N° 16.833-2018, de 13 de septiembre de 2018, 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. 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 (artículo 80).

A su turno, el artículo 83 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).

Por su parte, el artículo 84 les impone la obligación de informar inmediatamente al Ministerio Público, de la forma más expedita, de la circunstancia de haber recibido una denuncia, realizando, cuando ello corresponda, las actuaciones previstas en el artículo 83.

Los artículos 85 y 86 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 existe un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese 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, así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.



Esta última norma citada (artículo 130) define lo que se entiende por situación de flagrancia, señalando que se encuentra en ella el que actualmente se encontrare cometiendo el delito (letra a); el que acabare de cometerlo (letra b); el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice (letra c); el que en tiempo inmediato a la perpetración de un delito fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en sí mismo, o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo (letra d); el que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato (letra e); y el que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato (letra f), precisando, a continuación, lo que debe entenderse por “tiempo inmediato”, para los efectos de estas tres últimas hipótesis enunciadas.

Cuarto: Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general de la actuación de la policía es que debe realizarse bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos.

Al efecto, este tribunal ha señalado reiteradamente que dicha regulación trata, 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 encargado 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.

De su tenor, entonces, aparece evidente que en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción, tal y como lo sostiene de modo expreso el artículo 5 del Código Procesal Penal.

Quinto: 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, puesto que lo contrario implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta



Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que -a diferencia del a quo- dirime los hechos en base a meras actas o registros -eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo-, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. 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

Sexto: Que el tribunal de la instancia, en el motivo undécimo de la sentencia impugnada, asentó como hecho probado que:

“Que el día 27 de marzo de 2019, alrededor de las 19:55 horas, en la autopista Américo Vespucio Sur KM. 3,9 de la comuna de San Ramón, en el contexto de un control de identidad, MICHAEL ANDRES CARCAMO SALAZAR y un tercero, fueron sorprendidos transportando y guardando al interior del vehículo en el que se movilizaban, marca Porsche, modelo Cayenne PPU FKRG-77, un paquete con forma de ladrillo envuelto en plástico, contenedor de 1 kilo 28 gramos brutos de cannabis sativa. Además, sobre la consola central del vehículo había un trozo de cannabis sativa, con un peso bruto de 2,5 gramos. Todo lo anterior sin contar con la autorización competente”.

Acto seguido, los mismos jueces en el apartado décimo quinto, 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 desestimarla, que el hallazgo de la droga, se produjo porque dos funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile *“mientras volvían al laboratorio de criminalística y se movilizaban por Avenida Américo Vespucio en dirección al oriente, en donde existía gran congestión vehicular, observaron que en un*



vehículo que iba por la pista rápida, el copiloto de dicho móvil se encontraba fumando al parecer un cigarrillo de cannabis sativa, es por esa razón que deciden realizar un control de identidad a los tripulantes de ese vehículo, no obstante estos al percatarse de su presencia, intentan darse a la fuga alejándose unos trescientos metros aproximadamente, pero debido a la congestión lograron ubicar el vehículo y le realizan el control de identidad respectivo, en ese momento se percatan que se trataba de dos personas jóvenes que iban en ese vehículo, procedieron a su control de identidad, facultado por el artículo 85 del Código Procesal Penal y procedieron a la revisión del vehículo en el cual se encontraba un cigarrillo al parecer de cannabis sativa y un paquete que se conoce como ladrillo que le atribuyeron podía ser la misma sustancia, y no obstante ser funcionarios policiales, no cuentan con kit de prueba de orientación, por lo tanto, solicitaron colaboración, a través de la central de comunicaciones de la institución, de otra brigada, en este caso fue de la Bicrim José María Caro y ellos envían un carro, para que se haga cargo del procedimiento, que verifican que se trataba efectivamente de droga por lo que la prueba es lícita, toda vez que, no solamente fue el olor a la marihuana lo que sintieron los funcionarios, situación que se encuadra en las hipótesis indiciarias del artículo 85 del Código Procesal Penal, que facultan a la policía para efectuar el procedimiento en la forma y términos ya indicados, motivo por el que no procede considerar nula la prueba aportada en juicio...”

Séptimo: Que así las cosas, aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron al control de identidad cuestionado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado desde el vehículo en que se movilizaban a un individuo que circulaba como copiloto en un automóvil que



transitaba por la calle, fumando un cigarrillo que les pareció correspondía a cannabis sativa.

Octavo: Que, sin embargo, tal conclusión 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”.

Noveno: Que conforme lo antes expresado, resulta que en la especie sólo de la circunstancia de haber divisado los funcionarios policiales que el copiloto de un vehículo que transitaba por la calle, fumaba un cigarrillo que les pareció era de marihuana, mientras ellos circulaban en otro móvil, no pudo emanar el indicio de la comisión de una presunta falta, más si se considera que por esa observación no podían constatar que el contenido de dicho cigarrillo era cannabis sativa, y por consiguiente, lo que vieron los funcionarios policiales fue a una persona fumando, comportamiento que –precisamente desde una perspectiva ex ante- carece de la relevancia asignada, toda vez que tratándose de una conducta absolutamente neutra, no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de algún delito, por lo que ésta sola circunstancia descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad.

De esta manera, yerra el tribunal al considerar que en la especie se satisface la exigencia de existir *“algún indicio de que ella 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; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”* que demanda la norma en análisis para proceder a la diligencia intrusiva que se cuestiona, toda vez que según se ha razonado precedentemente, en el caso de autos no existió circunstancia alguna que permitiera vincular al encartado con las hipótesis alternativas antes expuestas.



Décimo: 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 existe elemento distinto de la apreciación desde el vehículo en que transitaban los funcionarios policiales del automóvil en que circulaba el acusado como copiloto, observando que fumaba un cigarrillo, que habilitara para ello, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos.

Undécimo: Que tampoco es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia en relación al hallazgo del paquete contenedor de la droga situada al interior del vehículo en que se movilizaba el encartado, porque de acuerdo con la descripción fáctica efectuada en la sentencia en revisión, no se verifican ninguna de las hipótesis que taxativamente contempla el artículo 130 del Código Procesal Penal.

Duodécimo: 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 tercero: 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 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 **Michael Andrés Cárcamo Salazar** y en consecuencia, se invalidan la sentencia de quince de mayo de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 114-2020, RUC N° 1900332683-k, del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 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.

Acordada contra los votos de los Ministros Sres. Künsemüller y Valderrama, quienes, por no advertir la concurrencia de violaciones a derechos fundamentales, estuvieron por rechazar el recurso de nulidad interpuesto, teniendo en consideración para ello que el comportamiento observado directamente por los policías y que la sentencia ha tenido por acreditado, consistió en haber observado al acusado fumando un cigarrillo que parecía de cannabis sativa al interior de un vehículo que transitaba por la vía pública y, por ende, resultaba indicativo de la comisión de una falta descrita en el artículo 50 de la Ley 20.000, lo que facultaba a los funcionarios policiales para proceder al control de identidad y registro de sus vestimentas y del vehículo en que circulaba, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal y descarta una actuación arbitraria de los agentes estatales en el desempeño de sus labores preventivas.

Así las cosas, en concepto de los disidentes la evidencia recogida en el procedimiento policial incoado respecto de Michael Andrés Cárcamo Salazar, no adolece de ilicitud, al haber sido obtenida en un procedimiento policial ajustado a derecho.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos y de la disidencia, sus autores.

Rol N° 62.825-2020





EMPDQHDSFR

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S. Santiago, trece de julio de dos mil veinte.

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

