

Santiago, nueve de junio de dos mil veinte.

Vistos:

En esta causa RUC 1900422291-4, RIT 4 -2020, se dictó sentencia por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Fernando, el dieciséis de marzo de dos mil veinte, por la que se condenó a Pedro Alonso Maldonado Pizarro, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y el pago de las costas de la causa en su calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4º, en relación con el artículo 1º de la Ley 20.000, pesquisado el día 18 de abril de 2.019, en la comuna de San Fernando. Se le concedió la pena sustitutiva de remisión condicional.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública del día veinte de mayo pasado, en la cual la defensa se desistió expresamente de la prueba ofrecida y aceptada, incorporándose el acta que da cuenta de su realización y se determinó la fecha de lectura de la sentencia para el día de hoy.

Y considerando:

Primero: Que el recurso interpuesto esgrimió de manera principal, la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 5º inciso 2º y 19 N° 3 inciso 6º, N° 4 y N° 7, todos de la Constitución Política del Estado, 7. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9.1



del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y 9, 83,84 , 85, 129 y 130 del Código Procesal Penal.

Explica el recurrente, en un primer acápite, que se vulnera el debido proceso por la sentencia condenatoria impugnada dado que ésta se sostiene en prueba obtenida ilegalmente, por cuanto era improcedente el control de identidad a que fue sometido el imputado y, consecuentemente, la revisión de sus vestimentas o equipajes.

Precisa que el único antecedente con que se contaba para realizar el control de identidad es una denuncia anónima efectuada por un particular que no dio características específicas sobre la fisonomía de estas personas sino solo de su vestuario, por cuanto los funcionarios aprehensores únicamente observaron, al llegar al lugar, a siete jóvenes fumando al interior de la plaza de armas, sin corroborar los actos relatados en el llamado, hecho que evidentemente no configura ningún indicio de actividad criminal, y que no es posible encuadrar en hipótesis alguna del inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal.

En segundo término, se postula la infracción al debido proceso del acusado Pedro Alonso Maldonado Pizarro, por cuanto éste al ser controlado exhibió su cedula de identidad, por lo que a su respecto la diligencia debió concluir.

Finalmente, argumenta que tampoco se configuró ninguna situación de flagrancia respecto del supuesto delito de tráfico de pequeñas cantidades, como erróneamente sostienen los sentenciadores, pues los policías en ningún caso verificaron que el acusado se encontrara comercializando droga en la vía pública.

Pide en virtud de esta causal que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia en él pronunciada, se excluya la prueba ofrecida por el Ministerio



Público que detalla y se remitan los autos al Tribunal Oral en Lo Penal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, subsidiariamente, el recurso invoca la causal de invalidación del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, alegando la infracción de los artículos 1° y 2° del Código Penal, ya que se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuricidad material como para sancionarla penalmente, aplicándose erróneamente los artículos 1° y 4° de la ley 20.000 en relación a los incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Estima que se infringió el principio de lesividad u ofensividad –que se alza como un principio limitador del ius puniendi estatal-, pues la ausencia de la determinación de la pureza de la sustancia incautada al sentenciado en el protocolo de análisis químico incorporado al juicio, impide al Tribunal arribar a la conclusión que la sustancia que él portaba constituye el objeto material prohibido por el legislador, esto es, uno capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Agrega que aquello se relaciona inmediatamente con el artículo 1° de la Ley 20.000, que respetando la función de protección de bienes jurídicos que compete al Derecho Penal, exige para imponer penas que las sustancias sean aptas para producir graves efectos tóxicos o daños considerables para la salud. Afirma que esta última cuestión se explica porque el bien jurídico eminentemente protegido en



esta ley es precisamente, la salud pública. De ahí la exigencia de ese antecedente -la determinación de la pureza de la droga- al menos cuando se trata de pequeñas cantidades porque la capacidad de una sustancia cualquiera para producir los efectos señalados viene determinada por la concentración que algunos compuestos, identificados como principios activos, se encuentran presentes en ella. Indica que es esto lo que hace necesario ese conocimiento, pues sin aquel resulta imposible juzgar en el caso concreto, si la sustancia incautada es o no capaz de producir los efectos mencionados y, consecuentemente, la conducta de portarla o traficarla es materialmente antijurídica.

Concluye por todo lo anterior, que el conocimiento del grado de concentración de estos compuestos es absolutamente necesario para determinar su peligrosidad, por ello el artículo 43 de la Ley N° 20.000 exige la remisión de un protocolo de análisis químico de la droga, en el que se identifique la sustancia y se señale, entre otras cosas, su composición y grado de pureza.

Afirma que la errónea aplicación del derecho realizada por el Tribunal, al subsumir –en la situación dicha- el hecho probado en el tipo penal del artículo 4 de la Ley N° 20.000, en relación con el artículo 1 de la misma ley, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo pues, necesariamente debió haber dictado una sentencia absolutoria, por lo que solicita que se acoja el recurso en todas sus partes, se anule únicamente la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte una de reemplazo de naturaleza absolutoria.



Tercero: Que para el adecuado y mejor estudio y resolución del recurso deducido, conviene tener a la vista los hechos que se dieron por acreditados en el fallo cuestionado.

En el basamento noveno del dictamen se dio por demostrado que: “El día 18 abril del año 2019 alrededor de las 15:50 horas personal de Carabineros recibe una información de un testigo protegido, quien da cuenta que en el interior de la Plaza de Armas de San Fernando, se encontraban alrededor de 7 jóvenes de los cuales uno de ellos que vestía un gorro tipo nortino de lana, el que al menos en 2 oportunidad había pasado un objeto a otros jóvenes. Con este antecedente Carabineros se constituyó en el lugar, encontrando al sujeto descrito por el testigo el que correspondió al acusado Pedro Alonso Maldonado Pizarro, quién se encontraba efectivamente junto a otros jóvenes quienes al ver la presencia policial se disolvieron, logrando Carabineros controlar y fiscalizar a parte de ellos, y en los momentos en que controla al acusado Pedro Maldonado Pizarro este en principio se negó a la revisión de su mochila, luego accedió a que fuere revisada en la unidad policial, siendo subido a un vehículo, siendo observado cuando realiza un movimiento de su mano izquierda que mantenía empuñada, manteniendo un papel blanco que en el interior del mismo mantenía 8 envoltorios de papel blanco cuadriculado que contenía una sustancia vegetal deshidratada con olor y color característico de la marihuana elaborada, sustancia a la que se le aplicó la prueba de campo respectiva arrojando coloración positiva ante la presencia del principio activo THC, confirmando que se trataba de marihuana elaborada. Asimismo en la revisión de la mochila se encontraron compartimiento la suma de \$12.000, en billetes y monedas de baja denominación. El imputado no contaba con la



autorización para el porte o posesión de la referida droga, la que tuvo un peso total de 6 gramos 700 miligramos, y que en las circunstancias descritas se estima no estaba destinada a su uso consumo personal y exclusivo y próximo en el tiempo.”

Este suceso fue calificado como delito consumado de Tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación con el 1°, ambos de la Ley N° 20.000.

Cuarto: Que en relación al cuestionamiento del recurrente como parte de la causal principal, que ataca lo afirmado por los jueces de la instancia en el motivo séptimo de su fallo al dictaminar que “los funcionarios de carabineros Molina Fernández y Ramos Ibáñez, quienes relataron que el día 18 de abril de 2019, estando de servicio en la población el cabo primero Loncomilla recibe una denuncia a su teléfono celular indicando un ciudadano que en la plaza de armas de San Fernando se comercializaba y consumía droga, haciendo presente que había un grupo de 7 sujetos detrás de la pérgola y uno de ellos vestía un gorro de lana tipo norteño el cual había sido visto por el testigo en dos oportunidades entregando al parecer droga a los mismo sujetos que se encontraban”. A continuación, el fallo precisó que “la funcionaria Molina Fernández que ella efectuó el control de identidad a don Pedro Maldonado Pizarro, quien entregó su cédula de identidad pero no accedió a que se le revisará la mochila de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, aduciendo portaba especies personales íntimas que no quería que nadie observara, ante ello se le indica que si se trasladaban a la unidad policial para que fuera revisada su mochila, a lo que accedió, se suben al vehículo comando sentándose ella junto al acusado en parte de atrás cuando se percata de un movimiento que hizo con su mano izquierda, ante lo cual observa



que tenía su mano izquierda empuñada y que sobresalía un papel de color blanco, ante lo cual le indica al cabo 1° Ramos que detenga la marcha, lo que hace y le pregunta que mantenía en su mano, ante lo cual la abre manteniendo en ella 8 envoltorios de papel blanco cuadriculado en cuyo interior mantenía una sustancia vegetal deshidratada, con características a marihuana”.

Quinto: Que, sentado lo anterior, sigue el estudio de las conclusiones que alcanzan los sentenciadores en base a los hechos que ellos mismos dan por ciertos, en relación al cumplimiento de los extremos enunciados en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan el control de identidad.

Al respecto, como se evidencia de lo afirmado en el motivo décimo del fallo, el Tribunal, por las razones que ahí expone, dio fe de lo narrado en estrados por los funcionarios policiales sobre el punto que se examina, considerando también para ello que tales testimonios se condicen con el resto de la prueba recibida en el juicio.

Pues bien, las circunstancias descritas por los agentes policiales para proceder de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal -como se lee también en la consideración décima-, venían dadas porque “existía un indicio que el acusado podía haber cometido un delito, ello en virtud de la información proporcionada a la policía por un testigo que se encontraba en la plaza de armas, en cuanto indicó que un sujeto con gorro de lana tipo norteco entregó en dos oportunidades al parecer droga a un grupo que se encontraban en el lugar, quienes fumaban marihuana, vestimenta que precisamente llevaba consigo ese día el acusado”.



Esta situación llevó a los carabineros a concurrir a la plaza en cuestión, donde observaron según consigna el ya mencionado razonamiento “se encontraban fumando marihuana por el fuerte olor que se expelía, y que evidentemente ya es conocido por ellos. Y dicho indicio permite conforme el artículo 85 del referido código controlar identidad”.

Con estos antecedentes, según se aseveró en el fallo, los funcionarios actuaron “conforme lo dispone expresamente el inciso 4 del referido artículo durante dicho procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio la policía podrá proceder al registro de vestimentas o equipajes, es decir está plenamente facultada para ello”. Que como el acusado “no quería – supuestamente se le vieran prendas íntimas que portaba en su mochila-, se le indicó que podía ser trasladado al cuartel para ello, a lo que accedió, y de no haber accedido ello no hace ilegal el procedimiento pues estaban facultados para un registro, y es en ese momento que se le encuentra la droga en una de sus manos”.

Sexto: Que, a juicio de esta Corte, en las circunstancias antes referidas no se observa algún indicio de que el acusado Pedro Alonso Maldonado Pizarro se encontrare cometiendo delito alguno, que facultara a los agentes policiales para controlar su identidad según el artículo 85 del Código Procesal Penal y, consecuentemente, para el registro de su equipaje.

Que en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad, la circunstancia de haber apreciado el personal policial a un sujeto que se encontraba en compañía de otros en la plaza de armas de San Fernando, fumando marihuana, el que vestía un gorro de lana, característica que fue proporcionada por un denunciante anónimo –según refirieron los funcionarios



policiales que participaron en el procedimiento- quien indicó que éste habría entregado en dos oportunidades al parecer droga al grupo que se encontraba en el lugar.

Sin embargo, tal como se resolvió en las causas Rol N° 26.422-18, de 6 de diciembre de 2018 y Rol N° 41165-19 de 6 de febrero de 2020, “lo anterior no fue constatado por los policías al constituirse en el lugar, de manera que lo efectivamente observado por ellos -un sujeto en la vía pública- configura por esencia una conducta absolutamente neutra, no sólo tolerada, sino que tutelada por el ordenamiento jurídico, desde que la libertad ambulatoria es un derecho de todo habitante de la República, susceptible de ser ejercido y protegido, por lo que esta circunstancia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad” (en la misma línea CS, Rol N° 36.630-17, de 13 de septiembre de 2017, demandando una “apreciación directa por parte de los funcionarios” de la circunstancia invocada como indicio –la venta de droga en ese caso-.)

Que como destaca el mismo fallo antes citado, en relación a las denuncias anónimas, “*su existencia debe emanar de datos certeros que objetivamente respalden el hecho delictivo del que dan cuenta.*” En la especie, tales circunstancias no surgen del relato policial vertido en juicio, pues como se desprende de la sentencia recurrida, los funcionarios de Carabineros que participaron del procedimiento no presenciaron hechos de la naturaleza de los denunciados, salvo lo atinente a las características de una de las vestimenta que portaba el imputado, lo que solo sirvió para su localización.



Así las cosas, de aceptar lo planteado por los sentenciadores, implicaría que meras coincidencias accidentales y de escasa relevancia como vestir un gorro de lana habilitarían a los agentes estatales para limitar transitoriamente la libertad ambulatoria de las personas y afectar su intimidad y privacidad mediante el registro de sus vestimentas, equipaje y vehículo, interpretación que se confronta con lo prevenido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, pues el alcance desmesurado que lo decidido por la sentencia importa dar al artículo 85 del Código Procesal Penal, específicamente a lo que debe entenderse como un indicio que faculte a las policías para el control de identidad, conculca en su esencia los derechos y garantías constitucionales antes aludidos.

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 las 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 N°



62.131-16 de 10 de noviembre de 2016 y Rol N° 6067-18 de 17 de mayo de 2018).

Séptimo: Que, por otra parte, si bien, el Ministerio Público, esgrimió en sus alegaciones en estrados, durante la vista de la causa, para defender la legalidad del control de identidad practicado al acusado, que la información fue entregada por un testigo que tendría el carácter de “protegido”, de manera que goza de un estatuto jurídico diverso, sus afirmaciones no guardan el respectivo correlato con los antecedentes que dan cuenta el fallo recurrido.

En efecto, el considerando octavo da cuenta que “los funcionarios de carabineros Molina Fernández y Ramos Ibáñez, relataron que el día 18 de abril de 2019, estando de servicio en la población, el cabo primero Loncomilla recibe una denuncia a su teléfono celular”. A su vez, el considerando décimo del fallo, que analiza las argumentaciones de la defensa, al referirse al fundamento de la actuación policial consignó que “en virtud de la información proporcionada a la policía por un testigo que se encontraba en la plaza de armas”, sin efectuar ninguna alusión al carácter de dicho deponente.

En ese contexto, cabe reparar en que, primero, la información entregada por el denunciante anónimo, no indica, además de que vestía un gorro de lana, otras vestimentas, una aproximación de la edad, ni ninguna otra característica del mismo, tal como su contextura u otros elementos que permitieran identificarlo, por lo que dicha denuncia sólo importa la obtención de elementos que habilitaban a los funcionarios policiales para realizar otras diligencias propias de su labor policial preventiva o, incluso, para poner en conocimiento los hechos del Fiscal de Turno,



para que por su intermedio se obtuviere la correspondiente orden judicial de registro e incautación.

Por lo demás, el solo hecho que Pedro Alonso Maldonado Pizarro, haya demostrado su identidad con el instrumento público correspondiente –según se estableció en el considerando décimo- enerva desde ya el procedimiento ante la ausencia de otros elementos- distintos de la llamada anónima- que justificaren la persistencia en la actividad intrusiva de la policía, por lo que a su respecto el procedimiento debió cesar.

Octavo: Que no empece a lo que se viene reflexionando que el imputado Pedro Alonso Maldonado Pizarro, accediera a ser transportado a la unidad policial para efectos de registrar su mochila, puesto que aquel ya se hallaba sometido al procedimiento de control de identidad. De ese modo, la solicitud de autorización al imputado para la apertura de su equipaje es parte del proceder defectuoso de la policía, pues se efectúa precisamente por estimar -erróneamente- los agentes que había indicios para llevar a cabo el control de identidad, tal como lo demuestran los dichos de la funcionaria Molina Fernández, al expresar que “que ella efectuó el control de identidad a don Pedro Maldonado Pizarro, quien entregó su cédula de identidad pero no accedió a que se le revisará la mochila de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, aduciendo portaba especies personales íntimas que no quería que nadie observara, ante ello se le indica que si se trasladaban a la unidad policial para que fuera revisada su mochila, a lo que accedió”.

En el estudio de esta materia no debe preterirse que la autorización voluntaria para el registro del equipaje supone que su dueño o encargado, pudiendo negarse u oponerse a esa actuación, libremente accede a ella. En esa



línea, no escapa a esta Corte que según se razonó en el fundamento décimo, “que de no haber accedido ello no hace ilegal el procedimiento pues estaban facultados para un registro, y es en ese momento que se le encuentra la droga en una de sus manos”, de lo que se colige que los magistrados estimaron que el no asentir a la diligencia no era óbice para su ejecución sino una mera formalidad sin efectos concretos y, en consecuencia, que no tenía una real opción de impedir la diligencia en cuestión.

Noveno: Que la ilicitud constatada, esto es, la falta de un indicio que habilitara a los agentes policiales para llevar a cabo el control de identidad que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos pues tuvo como corolario el hallazgo de la droga incautada en la mano del acusado, la que corresponde al objeto material del delito por el cual fue condenado éste.

En conclusión, el actuar policial en análisis constituye una violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente, cuyo objeto preciso es legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio. A resultas de lo verificado, toda la evidencia de cargo obtenida con ocasión de la diligencia de control de identidad adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra el imputado, por lo que el recurso será acogido y, para que la corrección de los vicios cometidos sea completa se



ordenará la realización de un nuevo juicio oral, con prescindencia de toda la prueba afectada por ilicitud.

Décimo: Que, en atención a lo antes concluido y lo que se resolverá, no se examinará la causal subsidiariamente interpuesta en el arbitrio.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo prevenido en los artículos 373 letra a) y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad planteado por la defensa de Pedro Alonso Maldonado Pizarro y, en consecuencia se invalida la sentencia de dieciséis de marzo pasado, y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1900422291-4, RIT 4 – 2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose los testimonios de los funcionarios policiales Patricia Alejandra Molina Fernandez y Carlos Esteban Ramos Ibañez, la perito Aurora Palominos Gonzalez, y sus análisis de estupefacientes N° 397-2019 con el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud de la marihuana y el comprobante de depósito del dinero incautado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 33.232-2020





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, nueve de junio de dos mil veinte.

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

