

Santiago, veintidós de junio de dos mil diecisiete.

Vistos:

En esta causa Ruc N° 1600973884-7 y Rit N° 63-2017 del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de tres de mayo de dos mil diecisiete, se condenó a **FRANCO ANDRÉS CIFUENTES CESÁREO** a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor de un delito consumado de porte ilegal de arma de fuego prohibida, perpetrado en esta ciudad, el día 14 de octubre de 2016, en la comuna de Pudahuel.

En contra de esa decisión la defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, el que se estimó admisible por este tribunal y fue conocido en la audiencia pública del día 6 de junio del año en curso, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

Y considerando:

Primero: Que el recurso se funda en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por infracción a las garantías constitucional reconocidas en los artículos 5 inciso 2°, 19 N°s 2, 3, inciso 5° (sic.), y 7° de la Constitución Política de la República, esto es, la igualdad ante la ley, el debido proceso y, consecencialmente, la libertad ambulatoria.

Explica el recurrente que se obtuvo prueba incriminatoria como resultado de un control de identidad realizado sin indicios que lo ameritaran. Señala que el funcionario a cargo del procedimiento expresó que su actuar estuvo amparado por el artículo 85 del Código Procesal Penal, y el fallo se valió de un único indicio consistente en una denuncia anónima que contenía elementos subjetivos, al indicar que los sujetos sindicados miraban los domicilios con “claras intenciones de robar”. Agrega que el indicio debía ser claro y preciso y,



además, debía ser verificado por los propios sentidos de los policías, lo que no ocurre en el caso en comento, pues carabineros, al llegar al lugar, no ve a dos sujetos observando domicilios, ni menos cerca de ellos, sólo ve al acusado caminando lentamente, quien no intenta darse a la fuga cuando ve a carabineros, ni cambia de dirección, nada más sigue caminando.

Por las consideraciones anteriores, expone que el fallo está viciado por haberse fundado en prueba que adolece de ilicitud manifiesta, obtenida en contravención al indicado artículo 85 del Código Procesal Penal.

En virtud de estas consideraciones pide que se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, solicitando se retrotraigan los autos al estado de realización de un nuevo juicio oral excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos que digan relación con las diligencias realizadas al llevar a cabo el control de identidad que da origen a la presente causa y las demás evidencias e indicios encontrados en el mismo, además de toda la prueba documental, pericial y material que guarde relación con los elementos del delito que fueron incautados con infracción de garantías constitucionales.

Segundo: Que, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, la recurrente rindió prueba de audio en la audiencia celebrada ante esta Corte, consistente en la reproducción de diversos pasajes de la declaración del funcionario de Carabineros Hugo Jofré Olivares prestada como testigo de cargo en el juicio oral.

Tercero: Que los hechos que se tienen por probados en la sentencia recurrida son los siguientes: *“El día 14 de octubre del año 2016, cerca de las 11:00 horas Franco Andrés Cifuentes Cesáreo fue sorprendido por personal de Carabineros en la intersección de calle La Unión con Lo Espejo, comuna de Pudahuel, en posesión de una escopeta recortada, la que mantenía oculta en la pretina delantera de su pantalón. Se trataba de la escopeta marca Huglu calibre 16 milímetros serie N° 06T0628 la cual presentaba recortados su cañón y su culata, y presentaba un encargo por el delito de robo, por haber sido*



sustraída en la comuna de Pudahuel mediante intimidación en diciembre del año 2012, a su propietario Testigo Reservado. Además portaba consigo en los bolsillos un cartucho marca Tec del mismo calibre. Todo lo anterior sin registrar permiso o autorización para dicho porte.”

Estos hechos fueron calificados como delito consumado de porte ilegal de arma de fuego prohibida, ilícito previsto y sancionado en el artículo 14° en relación al artículo 3° de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas de Fuego.

Cuarto: Que en relación a lo discutido en el recurso, también planteado en el juicio oral, los sentenciadores señalaron que se *“ha estimado que el procedimiento realizado en la comuna de Pudahuel, por el Sargento Hugo Jofré Olivares y sus acompañantes, se encuentra ajustado a derecho.*

El Sargento Jofré, funcionario aprehensor y a cargo del procedimiento, dio cuenta en estrados de manera precisa, pormenorizada, categórica y creíble, que el día 14 de octubre de 2016 a las 11.00 horas, mientras estaba de primer turno en el sector de la comuna de Pudahuel, en compañía de dos funcionarios más, mientras realizaban un patrullaje en un vehículo Z, fueron requeridos por una persona de sexo femenino, una señora rubia, que les indicó que en las calles La Unión con Lo Espejo, estaban dos individuos, uno de los cuales vestía polerón de polar color gris, pantalón de mezclilla color negro, con zapatillas rojas, y el otro con un polerón y un pantalón azul, que se hallaban merodeando domicilios con intención de efectuar algún ilícito, algún robo en las viviendas del lugar; por lo que se dirigieron a la calle que ella indicó, y efectivamente en la esquina, en la vereda sur de Lo Espejo con La Unión, se percataron de la presencia de dos jóvenes con las características de vestimentas que le había señalado la señora que los abordó una cuadra atrás, en Santa Isabel con Santa Julia. También el funcionario Jofré indicó que para afianzar el procedimiento le solicitó a la señora que le diera sus datos para consignarla como testigo, y ella no los dio, manifestando que conocía cómo era



el tema delincencial en ese sector y tenía miedo a represalias contra ella o su familia en su domicilio.

A la luz de los antecedentes proporcionados por el funcionario aprehensor Jofré, y teniendo presente lo establecido en el inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal, ... el Tribunal considera que se daban los presupuestos legales para efectuar el control de identidad al acusado Cifuentes Cesáreo, toda vez que la denuncia recibida por los funcionarios aprehensores fue bastante concreta y precisa, ya que la requirente les indicó un lugar específico, les dio cuenta de una acción determinada 'merodear los domicilios por largo tiempo', y describió las vestimentas de los sujetos a quienes les atribuía esa conducta. Por consiguiente, atendidas las circunstancias descritas por la señora que requirió la intervención de Carabineros, que no parecía una denuncia irresponsable o mal intencionada, toda vez que no sólo coincidía el número de sujetos, sino que también el lugar y sus vestimentas, evidentemente se podía estimar por los funcionarios de Carabineros, que todo lo descrito por la requirente, constituía un indicio, de que a lo menos, dichos jóvenes se aprestaban a cometer un delito, y ello facultaba a los Carabineros a efectuarles el control de identidad, a los dos sujetos que encontraron precisamente en el lugar indicado por la requirente, caminando lentamente y con las mismas vestimentas que ella les describió. Ello permitió determinar que el imputado Cifuentes Cesáreo estaba sin su cédula de identidad, conforme lo señaló el Sargento Jofré en estrados, y fue corroborado por el parte denuncia N° 01715 incorporado por la Defensa, que da cuenta de que dicho detenido fue identificado en la Comisaría, quién además al ser registrado fue sorprendido portando oculta en sus vestimentas una escopeta recortada calibre 16 y un cartucho compatible con la misma.

En efecto, no parece razonable lo planteado por la defensa, en orden a que Carabineros debía esperar a ver si dichos jóvenes estaban merodeando los domicilios, por cuanto no había motivo para dudar de lo señalado por la



transeúnte, quien si bien no quiso dar sus datos, sí explicó al funcionario Jofré las razones por las cuales no lo hacía, las que por cierto son entendibles en lugares donde existe mucha delincuencia, y quienes denuncian son los propios vecinos del sector que buscan prevenir actos delictivos en el lugar donde residen, pero que lamentablemente quedan expuestos a represalias por parte de la familia de los denunciados.

En consecuencia, no es como lo dijo la defensa, que no existiera indicio, sí lo hubo, la sindicación precisa y determinada de esta transeúnte que venciendo su temor denunció a dos sujetos que merodeaban los domicilios, indicó el lugar donde se encontraban y describió sus vestimentas; todo lo cual constituye una denuncia seria que amerita a lo menos la intervención policial en los términos de un control de identidad, como ocurrió en este caso.”

Quinto: Que, en un primer orden, cabe recordar que el artículo 2 N° 2 letra a) de la Ley N° 20.931 de 5 de julio de 2016, modificó el artículo 85 del Código Procesal Penal, entre otros aspectos, reemplazando en el inciso primero la frase "*existen indicios*" por la expresión "*exista algún indicio*". Tal modificación, al contrario de lo que en una primera lectura podría considerarse, no conlleva necesariamente un retroceso en la protección y garantía de la libertad personal que asegura el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, desde que su objeto no debe entenderse como una disminución de los requisitos necesarios para la procedencia del control de identidad, sino sólo como un cambio de enfoque en relación a los aspectos o elementos a que deberá darse prioridad en la determinación de su procedencia. En efecto, la ley transita de un enfoque que podría denominarse "aritmético", requiriendo sólo una pluralidad de indicios, con independencia de la gravedad o precariedad de éstos, a otro que podría calificarse como "sustantivo", en el que debe atenderse 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 N° 20.931 para habilitar la realización de un control de identidad.

Con esta interpretación de la reseñada modificación legal, a juicio de esta Corte, se logra compatibilizar el claro y conocido objetivo de la citada reforma de eliminar trabas innecesarias a la oportuna y eficiente labor policial y, por otra parte, se conserva la adecuada protección de la libertad personal de los ciudadanos reconocida en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

Sexto: Que, en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado consiste en la denuncia entregada por una transeúnte, que no quiso identificarse, de que dos sujetos de determinadas características y ubicados en un específico lugar -características y ubicación que coincidía con las del acusado- *“se hallaban merodeando domicilios con intención de efectuar algún ilícito, algún robo en las viviendas del lugar”*. Desde luego, esta mera afirmación no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado y su acompañante intentaban o



se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación, subjetiva desde luego, de lo observado por la denunciante, quien no expresa ni explica porqué atribuye a los sujetos la “*intención de efectuar algún ilícito*” por el mero hecho de desplazarse por el sector observando los domicilios, acto que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un delito -cabe consignar que, según establece el fallo, los hechos ocurren a las 11 de la mañana y no en un horario en que regularmente no transiten personas en la vía pública-, explicación que debió ser requerida o indagada por los policías, aunque sea para conseguir una respuesta breve y sencilla, a fin de evitar incurrir en una reacción estatal que injustificada e innecesariamente afecte la libertad personal de la persona sometida a control, todo ello, teniendo presente que no se trataba de un delito flagrante que demandara una intervención inmediata de los agentes.

De otro modo, se daría cabida como motivo para este control a los meros prejuicios y suposiciones de los particulares, quienes podrían requerir la restricción de la libertad de terceros por el personal policial, simplemente por la desconfianza o temor que les genera el que dicho tercero no sea una persona conocida de su sector o vecindario, su excéntrico o mal vestir, o cualquier otro motivo que pueda calificarse como un mero prejuicio y, por ende, discriminatorio, motivos que 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.

Séptimo: Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de un indicio objetivo 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 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, toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de Franco Andrés Cifuentes Cesáreo 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.

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, 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 resolutive.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de **FRANCO ANDRÉS CIFUENTES CESÁREO** y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de tres de mayo de dos mil diecisiete y el juicio oral que le antecedió en el proceso Ruc N° 1600973884-7 y Rit N°



63-2017 del Primer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos que digan relación con las diligencias realizadas al llevar a cabo el control de identidad que da origen a la presente causa y las demás evidencias e indicios encontrados en el mismo, además de toda la prueba documental, pericial y material que relación con los elementos del delito que fueron incautados.

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Cisternas y del Abogado Integrante Sr. Matus, quienes, por no advertir la concurrencia de violaciones a derechos fundamentales, estuvieron por rechazar el recurso de nulidad, atendido que tanto el significado académico como vulgar que se da al término usado por la denunciante “merodear”, se asocia al vagar curioseando y observando, en especial con malas intenciones, significado concordante con el haber señalado además a los policías que los sujetos sindicados lo hacían -merodear- *“con intención de efectuar algún ilícito, algún robo en las viviendas del lugar”*, lo que se ajusta al común actuar delictual de recorrer poblaciones o sectores habitacionales en busca de aquellos que por encontrarse desocupados, aislados u otras características avistadas desde la vía pública por los hechores, podrían ser blanco de algún ilícito contra la propiedad. De esa manera, en el caso sub lite, dadas las expresiones usadas por la denunciante no era menester que los policías le solicitaren más precisión en sus dichos, ni que ellos mismos percibieran directamente algún acto del acusado que pudiera calificarse como “merodear”, pues la referida sindicación constituye un indicio objetivo de que el acusado intentaba o se disponía a cometer un delito, conclusión que además, como el mismo artículo 85 del Código Procesal Penal prescribe, 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 al haberse obrado en base a la indicación de un particular quien presencié las actuaciones del acusado ya comentadas, puntos estos últimos cuya existencia estableció el fallo y no fueron discutidos en el recurso, por lo que no pueden desconocerse en esta sede.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

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

Rol N° 19.113-17.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el Ministro Sr. Cisternas, y el Abogado Integrante Sr. Matus no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.



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

