

Santiago, quince de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, por sentencia de once de abril de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 16010024809-7, RIT 42-2017, condenó a José Alfonso Pavez Pradenas a sufrir la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio; el pago de una multa de diez unidades tributarias mensuales y accesorias de suspensión de cargo u oficio público, durante el tiempo de la condena, como autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes, en grado de consumado, previsto en el artículo 4°, en relación al artículo 1, inciso 1° de la Ley N° 20.000, hecho perpetrado el día 13 de julio de 2016, en esta ciudad. Se otorga al sentenciado el plazo de diez parcialidades para satisfacer la multa impuesta y en caso de no pago, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de Unidad Tributaria Mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses. No se lo condena al pago de las costas de la causa, en razón de ser defendido por Defensoría Penal Pública. No se concede al sentenciado ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la Ley 18.216, debiendo cumplir la pena corporal impuesta efectivamente, sirviéndole de abono los días que con motivo de esta causa estuvo privado de libertad, esto es, los días 13 y 14 de julio de 2016.

La defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad contra el indicado fallo, el que se conoció en la audiencia pública de veintinueve de mayo del año en curso, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy.

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, ya que el vicio atenta contra lo dispuesto en el artículo 19 N°3 inciso quinto y en el artículo 19 n°7 letra b), de la Constitución Política de la República, esto es, el debido proceso en su aspecto de derecho a un proceso previo legalmente tramitado y a la libertad personal.

Señala que para dar por establecido el hecho, el tribunal ponderó positivamente la prueba que reseña, desoyendo la petición de la defensa de no valorarla por infraccionar las garantías constitucionales en comento, además de los artículos 83 y 85 del Código Procesal Penal, ya que el actuar policial no se ajustó a las citadas normas legales, en particular, el control de identidad y posterior registro de las vestimentas del imputado, que fue realizado fuera de los límites señalados por el artículo 85 del cuerpo legal citado.

En este caso el control de identidad se fundó, en la existencia de los siguientes indicios; en la presencia del imputado en la cercanía inmediata de un grupo de personas que estaban siendo pesquisados en terreno; el encontrarse en un lugar público, que según la experiencia policial reconocen como sitio frecuente y común de la actividad de tráfico y finalmente en su actitud, cuando de manera lenta, pero asertiva camina retirándose en el marco de esa acción policial.

Explica que los testigos refirieron que con ocasión de un patrullaje en una población conocida como foco de venta y consumo de drogas, sorprenden en una esquina a un grupo de jóvenes, uno de los cuales -que no es el acusado- al ver la presencia policial se da a la fuga. Luego del procedimiento, deciden controlar la identidad de las personas que se encontraban en esa esquina y que no se dieron a la fuga, entre los cuales estaba José Pavez.

Destaca que la función de la policía en el procedimiento penal, es auxiliar al Ministerio Público en las tareas de investigación, debiendo actuar bajo las instrucciones y dirección del ente persecutor y, de los jueces, en caso de ordenes expedidas por estos, especialmente cuando se trate de



actuaciones que priven al imputado del ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura, lo restrinjan o perturben. Agrega que sólo excepcionalmente, se faculta a los funcionarios policiales a realizar actuaciones sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales, tales como las situaciones contempladas en el artículo 83 del Código Procesal Penal y el control de identidad contemplado en el artículo 85 del mismo cuerpo legal, disposiciones, que, al autorizar la restricción de la libertad y eventualmente otros derechos del imputado, deben ser interpretadas restrictivamente. Por ello, enfatiza que se trata de una facultad entregada exclusivamente y excepcionalmente a los funcionarios policiales, para ponderar en los casos fundados, la existencia de algún indicio, apreciable por quien practica la diligencia, de la existencia de un delito o de la posible información para la indagación de uno.

Agrega que si bien, el artículo 85 del Código Procesal Penal, fue modificado a través de la Ley 20.931, al hacer exigible ahora un solo indicio, lo cierto es que aquel debe ser serio y objetivo. Por ello cuestiona que los funcionarios policiales efectuaran un procedimiento sólo por tratarse de un lugar públicamente conocido como de venta y consumo de drogas, estimando improcedente el control de un individuo por el solo hecho de encontrarse en el lugar, más aun, cuando aquel corresponde a su domicilio. En cuanto al hecho de querer salir caminando de manera pasiva del lugar, con una clara intención de querer evadir el control, tampoco resulta ser un indicio serio ni objetivo, por tratarse de apreciaciones netamente subjetivas del personal policial que no pueden ser corroboradas.

Por esto, sostiene que el proceder policial fue al margen de la ley, transgrediendo la garantía del debido proceso al no haber informado al Ministerio Público, sin que aparezcan razones evidentes y de urgencia para tal omisión. Todo lo anterior le habilita, en su concepto, para sostener que los



efectos incautados de esta manera son producto de actuaciones viciadas y no deben ser considerados.

Termina solicitando acoger el recurso, invalidar la sentencia atacada y el juicio oral que le precedió, disponer la realización de uno nuevo por un tribunal no inhabilitado, con exclusión de toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, que deriva de la actuación policial cuya legalidad impugna.

SEGUNDO: Que, en síntesis, la causal del libelo de nulidad señala que las infracciones denunciadas se habrían producido porque la fiscalización del acusado y la recolección de la evidencia incriminatoria fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, al arrogarse facultades que no tenía.

TERCERO: Que esta Corte Suprema ya ha señalado en sentencias dictadas previamente, que el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa 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).

Es así como el artículo 83 del mismo cuerpo legal, 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).

Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias de investigación, señalando en su inciso 4º que “En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad.”

Los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal 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 existen indicios 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 -que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

CUARTO: Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general de la actuación de la policía es operar 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.

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.

QUINTO: Que el tribunal de la instancia, en el motivo noveno de la sentencia atacada, asentó como hecho probado que:

“El día 13 de julio del año 2016, en la intersección del Pasaje 26 con el Pasaje 31 de la Población Irene Frei de Chillán, José Alfonso Pavéz Pradenas poseía y transportaba, con fines de tráfico, 3 sachets contenedores de 29 comprimidos de clonazepam y la suma de \$25.000 en dinero en efectivo en billetes de baja denominación, no pudiendo el acusado justificar que dichos fármacos estuviesen destinados a su consumo personal, o algún tratamiento médico”.

Acto seguido, haciéndose cargo de las alegaciones de la defensa, en el apartado undécimo, los sentenciadores señalaron que el proceder policial resultó suficientemente justificado. Para ello consideraron que acorde a la prueba de cargo rendida, concurre en la especie, más de un indicio probatorio, como es la presencia del imputado en la cercanía inmediata de un grupo de



personas que estaban siendo pesquisados en terreno, relativo a un procedimiento de drogas llevada a cabo por funcionarios policiales de la Brigada especializada, acaecido en un lugar público, que según la experiencia policial que detentan, reconocen como lugar frecuente y común de la actividad de tráfico ilícito de estupefacientes, como coincide y reconoce expresamente el mismo acusado, además de la actitud de este último, que de manera lenta, pero asertiva camina retirándose en el marco de esa acción policial, luego de lo cual, se le practica este control de identidad, como pudo ocurrir con respecto a cualquiera de ellos por esta conjunción de personas presentes en esa actividad investigada, instantes en que se le sorprende portando y poseyendo una sustancia psicotrópica prohibida, de manera flagrante, por lo que las condiciones previas aludidas correspondieron dentro de la dinámica de los hechos a una acción policial concreta y objetiva, más que un mero indicio solitario y desconectado de los hechos, resultando así que la detección de la droga luego del registro realizado al sujeto, al parecer del tribunal no requiere de la presencia de nuevos indicios conforme prescribe el artículo 85 del Código Procesal Penal, si lo concurrente devela el porte de una sustancia prohibida por el reglamento de la ley N° 20.000, y por ende se verifica con certeza la comisión de un delito flagrante de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes que habilitan a la detención del imputado.

Lo anterior fue estimado por los sentenciadores concordante con la exigencia legal prevista en el artículo 85 del Código Procesal Penal en cuanto el control de identidad exigía, hasta antes de la reforma de la Ley N° 20.931, que para su práctica se estuviere frente a casos fundados en los que hubiera indicios de que la persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, que se dispusiere a cometerlo, que pudiese entregar información útil para su investigación, entre otros casos, por lo tanto se exigía a los funcionarios policiales como supuesto fáctico contar con indicios para



proceder, estimados suficientes en su contenido y ser más de uno como exigencia plural, lo que en concepto del tribunal aconteció en la especie.

SEXTO: Que, sin embargo, de la propia descripción que el tribunal realiza del proceder policial aparece que los funcionarios, Felipe Boggie Martínez y Carlos Zurita Gatica sin haber constatado personalmente ninguno de los indicios de las conductas que el artículo 85 ya citado contempla como requisito para validar la actuación autónoma de las policías (esto es, señales de haber 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) realizaron la diligencia aludida.

Dicha decisión, entonces, vicia de ilegalidad el procedimiento adoptado, ya que la circunstancia que una persona fuera sorprendida , efectuando una transacción de droga, en la misma esquina que el acusado se encontraba, dista de constituir los indicios que, en número plural, exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para validar el proceder policial, al constituir un antecedente singular que debe ir acompañado -por texto expreso- de otros elementos de juicio, que han de ser apreciados directamente por el o los policías actuantes. Esto no ocurrió en la especie, conforme se advierte del tenor de la propia sentencia que reduce los referidos signos a uno – haber sorprendido a un tercero efectuando una transacción de droga, en un lugar que es conocido por dicha actividad, mero antecedente singular que, aunque sea corroborado, dista de satisfacer el estándar que impone el artículo 85 citado ya que no constituye en forma alguna un signo que permita sospechar la comisión de un delito -sea ya cometido o por cometer- así como tampoco la mera materialidad de la presencia del acusado en el lugar -único elemento indubitadamente probado- que permite colegir la concurrencia de alguna de las restantes situaciones que el artículo 85 considera para permitir el control aludido.



Por otra parte, en cuanto a la circunstancia que el acusado de manera lenta, pero asertiva camine retirándose en el marco de esa acción policial, es un acto normal, del ejercicio de un derecho consistente en encontrarse en un lugar y trasladarse a otro, considerando además que estaba en las inmediaciones de su domicilio, de modo que ello no puede constituir un indicio basado en un caso fundado. Por otra parte, el evadir el contacto con Carabineros es un acto normal y aceptado, puesto que sin estar en una hipótesis de flagrancia de comisión de un delito, es ajustado a derecho, e incluso justificado. En efecto, puede ser una acción natural y esperable de la población en general ante la presencia policial, la que puede tener múltiples motivaciones, desde la mera intención de no interactuar con carabineros, hasta la evasión de un conflicto menor (no portar cédula de identidad o circular en la vía pública con bebidas alcohólicas, a modo de ejemplo). Así, el proceder del sentenciado se presenta como común, cuestión que queda en evidencia desde que, para fundar la diligencia en examen, debió ser interpretado por los policías como evasión para evitar el descubrimiento de una acción de carácter ilícito, añadiendo una intención que no aparece en forma ostensible de la sola conducta, pasando a ser una estimación subjetiva.

Sin embargo, el control de identidad, al ser una diligencia que afecta las garantías constitucionales de los ciudadanos, no puede fundarse en apreciaciones subjetivas o interpretaciones de los policías respecto de las motivaciones que habría detrás de las acciones que presentan los individuos, sino que debe sostenerse en circunstancias objetivas y verificables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a luz de los derechos de los justiciables, a una actuación de carácter excepcional como la de la especie.

SEPTIMO: Que dicha convicción se ve refrendada con la prueba de audio rendida en la audiencia, consistente en extractos de los testimonios de Felipe Boggie Martínez y Carlos Zurita Gatica, funcionarios policiales que llevaron a cabo el procedimiento y conforme a lo cual se demostró que el



acusado José Alfonso Pavez Pradenas fue detenido, luego de un procedimiento paralelo que se gestó en el lugar, en circunstancias que trató de salir del grupo en forma tranquila, no obstante lo cual se le efectuó un control de identidad, encontrándole la droga y los efectos que se indicaron en el considerando quinto precedente.

OCTAVO: Que las consideraciones previas permiten concluir que no resulta posible siquiera sostener una hipótesis de aquellas contempladas en el artículo 130 del Código Procesal Penal que habilite el personal policial para practicar el registro realizado habida cuenta del tenor de lo declarado en el juicio, de manera que ante la ausencia de indicios cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente, previa comunicación de lo obrado al encargado de dirigir las pesquisas para el examen de mérito pertinente, otorgando debida satisfacción al imperativo consagrado en la Constitución Política de la República y la ley de perseguir los delitos y de resguardar los derechos de los ciudadanos.

NOVENO: Que conforme lo expuesto, la conclusión de los jueces del grado referida a la legalidad del procedimiento adoptado resulta inadmisibles para este tribunal, ya que tal como esta Corte ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, 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".

DECIMO: Que, en consecuencia, por no haber constatado directamente indicio alguno de la comisión de un delito ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, 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, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de José Alfonso Pavez Pradenas 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 y que se materializó 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.



UNDÉCIMO: Que de este modo, cuando los sentenciadores del grado 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), 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de José Alfonso Pavez Pradenas y en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de once de abril de dos mil diecisiete y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 16010024809-7, RIT 42-2017 del Tribunal Oral en lo Penal de Chillán y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba testimonial, pericial, documental ofrecida por el Ministerio Público, así como las especies incautadas y la prueba de campo y pesaje.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 15472-17



Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R, y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.



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

