

8. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE DROGAS

CONTROL DE IDENTIDAD. EXISTENCIA DE INDICIOS SUFICIENTES QUE HACÍAN PROCEDENTE EL CONTROL DE IDENTIDAD. NECESIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS PREVENTIVAS ANTE EVENTUALES DISTURBIOS O MANIFESTACIONES PÚBLICAS.

HECHOS

Tribunal del Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, previsto en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la ley N° 20.000, en grado de consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *2879-2017, de 13 de marzo de 2017*

PARTES: *Ministerio Público con Óscar Parra Godoy*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

Si bien, el artículo 85 del Código Procesal Penal no demanda que el uso de capucha para ocultar, dificultar o disimular la identidad, se efectúe “en un contexto de disturbios públicos”, de lo que da cuenta que la incorporación de ese requisito que propuso el Senador Horvath fue rechazada, como se lee en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado (Historia de la ley N° 20.253, p. 238), no puede preterirse que los legisladores entendieron y reconocieron que las marchas, protestas o manifestaciones públicas que impliquen una reunión o aglomeración importante de personas, constituye una situación o contexto usualmente aprovechado, generalmente por terceros ajenos a la misma actividad, para cometer distintos tipos de ilícitos, los que de manera regular, lo hacen usando capuchas para ocultar o dificultar su identificación y persecución penal por la autoridad competente y, ante la evidencia de lo anterior, tal circunstancia entonces, de por sí, justifica adoptar medidas preventivas por la autoridad policial, no sólo para evitar el ilícito concreto que pudieran cometer, sino, igualmente relevante a juicio de esta Corte, porque a través de ello, se permite y garantiza el libre y

pleno ejercicio del derecho a manifestarse y reunirse, garantizado a través de varias disposiciones de la Carta Fundamental, de quienes convocan y fueron convocados legítimamente a participar en la marcha, protesta o manifestación. El mero hecho de asistir a una manifestación no puede constituir en caso alguno un indicio de que el participante se apresta a la comisión de un delito, cuando tal participación se realiza con vestimentas que usualmente permitirán ocultar, dificultar o disimular la identidad de quien la viste ante la eventual comisión de un ilícito, tal circunstancia en principio inocua –participación en la manifestación– deriva en un indicio que, junto a otros, habilita a los policías para proceder a controlar su identidad. En este caso, ese otro indicio viene dado, a juicio de los policías y recogido así por los jueces de la instancia, por el que el acusado además llevaba una mochila en la que, siempre y únicamente en el contexto de una marcha o manifestación pública como ya se ha explicado, se suelen portar elementos para causar destrozos o atacar a la autoridad. Más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad del imputado, lo relevante es que el fallo da por ciertas al menos dos circunstancias objetivas que admiten calificarse como indicios de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de dichos indicios para llevar a cabo el control de identidad. En consecuencia, cabe estimar que al proceder del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales (considerandos 7° a 9° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: *CL/JUR/4358/2017*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 85 de Código Procesal Penal.*

EL CONTROL DE IDENTIDAD POR ENCAPUCHARSE O EMBOZARSE

DIVA SERRA CRUZ
Universidad de Chile

El Control de Identidad es, dentro de las facultades policiales reguladas como autónomas, es decir, practicables sin una orden fiscal previa, una de las más cuestionadas desde la dictación del Código Procesal Penal. La razón de lo anterior es, como punto de partida, que no resulta mayormente controvertido afirmar que

el Control de Identidad implica una interferencia con la libertad personal y de movimiento¹.

La afirmación anterior no obsta a que el ejercicio de dicha facultad pueda gozar de legitimidad en la medida que permite proveer protección a los derechos de todos, resguardando el orden público y la seguridad², y sea ejercido al margen de la arbitrariedad, el abuso o el sesgo policial.

La incorporación del Control de Identidad en el CPP fue el resultado de una negociación parlamentaria donde se buscaba eliminar las ofensas de vagancia y mendicidad del Código Penal y el amplio poder policial para arrestar cualquier persona considerada como sospechosa por la policía³, y ha sido objeto de diversas modificaciones legislativas, siempre con el objeto de ampliar la facultad policial y facilitar su aplicación práctica, lo que culminó el 1 de agosto de 2016 con la publicación de la ley N° 20.931.

Sin embargo, es relevante tener presente que los hechos materia de discusión del fallo comentado ocurrieron el día 1 de mayo del 2016, antes de la publicación y entrada en vigencia de la ley N° 20.931 recién mencionada –conocida como Agenda Corta Antidelincuencia–, que además de incorporar en su artículo 12 el nuevo Control Preventivo de Identidad, reemplazó en el inciso primero del art. 85 CPP la frase “*existen indicios*” por la expresión “*exista algún indicio*”, lo que implica una rebaja evidente del estándar normativo contenido en la ley, que podría modificar la discusión aquí planteada.

Por lo anterior, y tal como la Corte lo aclara en el Considerando Quinto del fallo comentado, la reforma relevante que debe ser tenida a la vista es la introducida por la ley N° 20.253 que incorporó la hipótesis según la cual se puede controlar la identidad en caso de que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. Se trata de la circunstancia más cuestionada por la doctrina, dentro de aquellas que autorizan el Control de Identidad, al regular lo que podría ser identificado como una hipótesis objetiva destinada a la prevención, ya que no supone ninguna comisión actual de delito. En efecto, el legislador presume que el encapuchado presenta un cierto riesgo en todo evento, lo que faculta a las policías para realizar un Control de Identidad que incluso les permite retener a la persona hasta por ocho horas⁴.

¹ IRARRÁZABAL, Paz, Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad, en *Revista Política Criminal* 10, N° 19 (2015), pp. 234-265.

² IRARRÁZABAL, Paz, ob. cit., p. 257.

³ IRARRÁZABAL, Paz, ob. cit., p. 237.

⁴ DUCE, Mauricio, Legislando en la oscuridad. El caso del control de identidad preventivo y su debate en la Cámara de Diputados, En *Revista de Estudios Públicos* 141 (2016), pp. 59-99.

Esta hipótesis planteada en el artículo 85 CPP como una de la que autorizan el Control de Identidad, es precisamente la que invocaron los funcionarios policiales que, a propósito de un Control de Identidad preventivo en el contexto de la manifestación del 1 de mayo del año 2016, finalmente detuvieron al señor Parra Godoy, condenado en los autos en comento.

El Recurso de Nulidad interpuesto por la defensa del imputado, fundado en la causal de la letra a) del artículo 373, cuestiona concretamente que se habría vulnerado el debido proceso porque no se cumplían los requisitos del artículo 85 CPP para que los funcionarios policiales controlaran la identidad del acusado y, en consecuencia, encontrarán la droga que éste portaba ,y por lo tanto, sobre este aspecto versará este comentario, explicando por qué parece ser que la Corte, antes de realizar una ponderación de mérito de los antecedentes, se conforma con una ponderación numérica, es decir, se satisface o no el requisito exigido por la norma en orden a que exista más de un indicio, en lugar de pronunciarse respecto de la concurrencia del requisito requerido para proceder policialmente en contra del afectado, y esto último resulta muy relevante, pues es la propia Corte Suprema quien cuestiona –en principio– la concurrencia del requisito, cuando en el Considerando Cuarto afirma que el fallo recurrido da por establecido que el acusado vestía un polerón con capucha, mas no que se encontrara encapuchado, cuestión sobre la que volveremos.

La Corte afirma que del tenor literal del art. 85 CPP se desprende que encapucharse o embozarse para ocultar, dificultar o disimular su identidad, constituye un hecho que habilita para realizar el Control de Identidad de una persona, caso en el que no será necesario que se presenten otras circunstancias que puedan considerarse indicios de la comisión de un delito, y luego citando la historia de la ley ratifica que de la redacción de la disposición se desprende que, en este caso, no es necesario que exista indicio alguno de que el controlado ha cometido un delito, se apreste a cometerlo o pueda suministrar información sobre algún hecho ilícito, lo que haría proceder el Control de Identidad automáticamente (Considerando Quinto).

Sin embargo, al resolver el problema de fondo en el Considerando Octavo, se refiere en dos oportunidades al problema de “los indicios”, lo que nos permite entender que, no obstante las afirmaciones contenidas en el Considerando Quinto, en la práctica, la Corte considera que no se trata de una Facultad Policial Preventiva que procede de manera automática, sino que requiere otros elementos indiciarios que transformen al control policial en un control justificado y no abusivo.

De este modo, lejos de considerar el hecho de encontrarse encapuchado o embozado como un antecedente que haga procedente el Control de Identidad de manera automática, indica de manera expresa que la circunstancia de asistir a una manifestación –circunstancia en principio inocua– con vestimentas que usualmente permitirán ocultar, dificultar o disimular la identidad de quien las viste, deriva

en un indicio que, junto a otros, habilita a las policías para proceder a un Control de Identidad, es decir, al evaluar si el Control de Identidad cuestionado estuvo bien ejecutado, no omite la exigencia del inciso primero del art. 85 –antes de la Reforma introducida por la ley N° 20.931– de requerir indicios, y no autorizar una aplicación automática.

El problema, o más bien la deficiencia, que podemos apreciar en este fallo se evidencia en el párrafo siguiente, cuando la Corte decide omitir su juicio respecto de si se trataría o no de un caso fundado, descartando la arbitrariedad de la actuación policial, únicamente porque existirían al menos dos circunstancias objetivas que admiten calificarse como indicios de aquellos a que alude el artículo 85 CPP, transformando una discusión de mérito en una discusión numérica, reemplazando el problema de la calidad de los indicios por un problema acerca de la cantidad de indicios, y dejando sin resolver un problema planteado por la propia Corte, tal como afirmamos párrafos atrás, esto es, si el sujeto se encontraba efectivamente encapuchado, o únicamente vestía un polerón con capucha.

Este último problema es particularmente relevante, ya que la circunstancia objetiva a la que se refiere el art. 85 CPP es encapucharse o embozarse, y no disponer de elementos para hacerlo, y tal como se ha afirmado al principio de este comentario, para que una actuación policial que afecta sin dudas la libertad de movimiento pueda gozar de legitimidad, debe ser practicada al margen del arbitrio policial y, por lo tanto, respetando el principio de legalidad estricta de las medidas privativas y restrictivas de libertad, contenido en el artículo 5° de nuestro Código Procesal Penal, y no puede extenderse la facultad –más allá de lo estrictamente regulado por el precepto correspondiente– interpretando como indiciarias, conductas que la propia Corte reconoce como inocuas, tal como ser parte de una manifestación, lo que sumado a tener una mochila, vestir un polerón con capucha –sin comprobarse que la capucha fuera utilizada por el afectado al momento del control– o cruzar con luz roja una calle, se convierte en un conjunto de indicios suficientes, que llevan en la práctica a flexibilizar el estándar que impone el precepto.

CORTE SUPREMA:

Santiago, trece de marzo de dos mil diecisiete.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1600412842-0 y RIT N° 630-2016 del Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de nueve de enero de dos mil diecisiete, se condenó a Óscar Fabián Parra Godoy a la pena de cinco

años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a una multa de tres Unidades Tributarias Mensuales, y a las accesorias de inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure su condena como autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, previsto en el artículo

3° en relación con el artículo 1° de la ley N° 20.000, en grado de consumado, ocurrido el 1 de mayo de 2016 en esta ciudad.

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 21 de febrero recién pasado, 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 únicamente en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, aduciendo la infracción de los artículos 6°, 7°, 19 N°s. 3 y 7 de la Constitución Política de la República, 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 9 y 17 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 83, 84 y 85 del Código Procesal Penal, al haberse afectado el derecho a la libertad personal y la garantía del debido proceso.

Explica que en el transcurso del procedimiento se vulneró el derecho constitucional de la libertad personal, desde que no se cumplía con los requisitos del artículo 85 del Código Procesal Penal para que los funcionarios policiales controlaran la identidad del acusado y, como consecuencia de ello, descubrieran la droga que éste portaba. Derivado de lo anterior, se infringió el debido proceso, al fundarse el fallo condenatorio en prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

Relata que el procedimiento efectuado por los policías se puede resumir en los siguientes hitos: 1°) Los carabineros, con motivo de la inminente marcha del 1 de mayo realizaban patrullajes preventivos; 2°) Reciben un comunicado general Cenco el cual indica que sujetos con mochilas y polerones tendrían en su poder elementos contundentes y otros objetos para causar daños en la marcha; 3°) Divisan a dos sujetos —entre los que se encuentra el acusado— que tenían las características del comunicado Cenco; y 4°) Al practicarle el control de identidad los policías, y revisar la mochila, encuentran la sustancia ilícita.

En cuanto al razonamiento del tribunal para entender que concurren indicios que justifican el control de identidad del acusado, señala lo siguiente: (i) El Tribunal, al entender que un posible acontecimiento futuro basado en un contexto puede ser un indicio comete un error lógico, porque un indicio necesariamente en materia del artículo 85 del Código Procesal Penal debe ser particular a una persona determinada y no general; ii) Sobre el supuesto segundo indicio, esto es, que el acusado iba con un polerón con una capucha y una mochila, tal como se estableció en la sentencia, ésta es una orden general. Pareciere absolutamente ilógico que una orden sin dar cuenta previamente de su realidad más que por conjeturas basadas en la especulación pura, sin razonabilidad pudiese convertirse en un indicio del citado artículo 85; iii) Sobre cruzar la calle con luz roja, si bien el tribunal no se refirió a ello en lo resolutivo, consigna el recurrente que dicha

circunstancia no puede ser constitutiva de un indicio para practicar el control de identidad.

Al concluir pide se invalide el juicio oral y la sentencia definitiva recaída en él, y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral donde se excluya de su conocimiento la prueba que detalla derivada de las actuaciones que objeta.

Segundo: Que los hechos que se tienen por comprobados en el considerando octavo de la sentencia recurrida son los siguientes: “El día 1 de mayo de 2016, siendo las 09:00 horas aproximadamente, en avenida Libertador Bernardo O’Higgins con calle Exposición, en la comuna de Estación Central, el acusado Óscar Fabián Parra Godoy fue sorprendido por funcionarios policiales manteniendo en su poder, al interior de la mochila que portaba, cinco ladrillos de marihuana prensada envueltos en cinta de embalaje, con un peso total de 4.700 gramos netos. Además, poseía un envoltorio de marihuana en el bolsillo del pantalón que vestía, con un peso neto de 1,0 gramo, todos los que, sometidos a la prueba de campo respectiva, arrojaron coloración positiva para la presencia de *cannabis sativa*”.

Estos hechos fueron calificados como delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° de la ley N° 20.000.

Tercero: Que en relación a los cuestionamientos que se formulan en el recurso, el fallo, en el proceso de valoración y

establecimiento de los hechos expuesto en el basamento octavo, va asentando las siguientes reflexiones.

En primer término, luego de exponer la declaración del Carabinero Miguel Araya Arias, concluye que con sus dichos, “el Tribunal pudo esclarecer cómo y por qué se procedió a realizar un control de identidad al imputado, en virtud del cual, se encontró droga en su poder, y esto fue, porque al tratarse de un día especial, el 1 de mayo de 2016, en que se iba a desarrollar una marcha en la Alameda, se encontraban realizando un servicio de patrullaje preventivo con el objeto de detectar a personas que posiblemente portaran elementos contundentes en sus mochilas y que pudieran alterar el orden de la manifestación. Es así, que Cenco avisó por radio que por la Alameda se trasladaban personas vestidas con polerones con capuchas y con mochilas, que de acuerdo a la experiencia de Carabineros, es la vestimenta que utilizan los sujetos que se infiltran en las marchas y alteran el orden de las mismas, portando en su mochilas elementos contundentes ya sean para agredir a Carabineros o romper vitrinas, por eso al divisar a dos sujetos con esas polerones con capuchas, mochila y más encima cruzando con luz roja por la Alameda, se procedió a controlar su identidad, encontrando droga al interior de la mochila del imputado”.

Luego, después de extractar la declaración del Carabinero Simón Sobarzo Cifuentes, agrega que “la declaración de este testigo, confirmó lo dicho por el testigo Araya Arias, en el sentido de por qué se procedió a controlar la iden-

tividad del imputado y a la revisión de su mochila, porque Cenco les avisó que por el sector en que se iba a desarrollar la marcha de la CUT, se encontraban circulando personas con polerones con capucha y mochilas, que de acuerdo a su experiencia previa, muchas veces llevan elementos para provocar desórdenes en este tipo de manifestaciones, y al darse cuenta que en calle Exposición con la Alameda había dos sujetos que cumplían con estas características, se procedió a su control de identidad, encontrando la droga en la mochila del imputado”.

Y después de exponer los dichos del Carabinero Erick Chavarría Quezada, refiere el fallo que “aun cuando esta declaración presenta algunas diferencias con las prestadas por los dos testigos anteriores, coincide con ellas en lo medular de las mismas, en el sentido que se encontraban patrullando debido a un servicio de marcha, por la Alameda, en horas de la mañana, con los Carabineros Araya y Sobarzo y al llegar a Exposición con la Alameda controlan a dos personas que vestían polerones con capucha, y en la mochila de uno de ellos, encontraron droga”.

Finalmente, al hacerse cargo de las protestas de la defensa del acusado, en relación a lo que aquí interesa, señala la sentencia en la letra b) del mismo considerando octavo que en lo concerniente a la alegación consistente en “Que no existieron los indicios exigidos por el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar un control de identidad del imputado, esta alegación será rechazada, puesto que a juicio de este Tribunal sí

existían los indicios para ello. Es así, que se trataba de una marcha por el día del trabajador esto es el 1 de mayo, en la cual, los Carabineros, debido a su experiencia previa en situaciones similares, ponen en funcionamiento un servicio especial de patrullaje preventivo o de marcha, con el objeto de evitar que en la manifestación se infiltren personas con elementos como piedras u otros objetos contundentes, con la intención de atacar a Carabineros o causar daño en la propiedad. En virtud de este servicio de marcha, los funcionarios aprehensores fueron avisados por Cenco que personas con polerones con capuchas y mochilas caminaban por la Alameda y debían ser controlados, porque tenían características similares a personas que en otras ocasiones causaban destrozos, y éste a pesar de ser un indicio de contexto, es de conocimiento público y notorio, especialmente de Carabineros, que muchas veces los sujetos que provocan conflictos en las marchas, andan encapuchados y con mochilas, el legislador, en el artículo 85 antes citado, no exige un indicio particular, sino que basta con indicios generales, que en este caso se encontraban presentes para realizar el control de detención”.

Cuarto: Que, si bien en el caso *sub judice*, el fallo da por establecido que el acusado vestía un “polerón con capucha”, mas no que al ser controlada su identidad haya estado usando esa capucha, es decir, que se encontrara “encapuchado” a la sazón, presupuesto este último que se halla entre los que demanda el artículo 85 del Código Procesal Penal para habilitar la realización

de la diligencia que trata, atendidos los fundamentos que esgrimieron los policías para llevar a cabo la actuación observada por el recurso, y que acoge el fallo impugnado para desestimar las alegaciones de la defensa, conviene analizar el origen y fundamento de la incorporación de tal circunstancia al artículo 85, para avalar lo que más adelante se discurrirá y concluirá.

Quinto: Que, como primera aproximación, como ya lo ha declarado antes esta Corte, del tenor del artículo 85 del Código Procesal Penal se desprende que “el encapucharse o embozarse para ocultar, dificultar o disimular su identidad, constituye un hecho que habilita para realizar el control de identidad de una persona, caso en el que no será necesario que se presenten otras circunstancias que puedan considerarse indicios de la comisión o intento de comisión de un delito” (SCS rol N° 52912-16 de 29 de septiembre de 2016). Este aserto es ratificado por el estudio de la historia del establecimiento de la ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008, cuyo artículo 2° N° 2 letra a) sustituyó el inciso primero del artículo 85, introduciendo con ello como nueva circunstancia habilitante para el control de identidad el que una persona “se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”, pues como consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado (Historia de la ley N° 20.253, p. 238) el Senador Gómez justamente cuestionó que “de la redacción de la disposición se desprende que, en este caso, no es necesario que exista indicio alguno de que el controlado ha cometi-

do un delito, se apresta a cometerlo o puede suministrar información sobre algún hecho ilícito. La no exigencia de indicios hace que el control de identidad proceda automáticamente”, solicitando votar separadamente sobre esta modificación, siendo finalmente aprobada por la Comisión.

Sexto: Que, ahora bien, la incorporación a dicho precepto de la circunstancia en cuestión –“en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”– para habilitar el control de identidad, se fundó precisamente según explicó el Diputado Cardemil (uno de los autores de la indicación junto a los Diputados Turre, Eluchans, Monckeberg Bruner, Monckeberg Díaz y Ward) en que encapucharse era una “cuestión que se daba como una constante en las protestas y que permitía ocultar la identidad de quienes ocasionaban destrozos en bienes públicos o privados”. (Primer Informe de Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. Historia de la ley N° 20.253, pp. 44-45). Esta indicación fue aprobada por la Comisión.

El propósito referido de la incorporación de la causal de control de identidad en estudio, fue refrendado en la Discusión en Sala en la Cámara de Diputados, según se desprende de la lectura de las intervenciones de los Diputados Walker –“Se trata de individualizar a las personas que no dan la cara y que, muchas veces, actúan cobardemente protagonizando actos vandálicos”– y Araya –“en esto debemos avanzar, al punto de permitir que, en manifestaciones públicas, carabineros

pueda controlar la identidad de aquel sujeto que ande encapuchado o embozado, y que, si no puede dar razón de por qué está encapuchado, embozado o qué está haciendo en ese lugar, sea detenido y se le formalice, eventualmente, por desórdenes públicos”– (Historia de la ley N° 20.253, pp. 89 y 104, respectivamente).

Es más, como consta en el Segundo Informe de Comisión de Constitución del Senado, el profesor de Derecho Procesal, Julián López, señaló que “parece obvio que una persona que anda encapuchada en la calle está dando un indicio que da pie al control de identidad, y no parece plausible que las policías hayan entendido este asunto de otra forma” (Historia de la ley N° 20.253, p. 217).

Séptimo: Que, si bien, el artículo 85 del Código Procesal Penal no demanda que el uso de capucha para ocultar, dificultar o disimular la identidad, se efectúe “en un contexto de disturbios públicos”, de lo que da cuenta que la incorporación de ese requisito que propuso el Senador Horvath fue rechazada, como se lee en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado (Historia de la ley N° 20.253, p. 238), con lo arriba expuesto no puede preterirse que los legisladores entendieron y reconocieron que las marchas, protestas o manifestaciones públicas que impliquen una reunión o aglomeración importante de personas, constituye una situación o contexto usualmente aprovechado, generalmente por terceros ajenos a la misma actividad, para cometer distintos tipos de ilícitos, los que de manera regular, lo hacen usan-

do capuchas para ocultar o dificultar su identificación y persecución penal por la autoridad competente y, ante la evidencia de lo anterior, tal circunstancia entonces, de por sí, justifica adoptar medidas preventivas por la autoridad policial, no sólo para evitar el ilícito concreto que pudieran cometer, sino, igualmente relevante a juicio de esta Corte, porque a través de ello, se permite y garantiza el libre y pleno ejercicio del derecho a manifestarse y reunirse, garantizado a través de varias disposiciones de la Carta Fundamental, de quienes convocan y fueron convocados legítimamente a participar en la marcha, protesta o manifestación.

Octavo: Que, en razón de lo que se ha venido explicando, a juicio de esta Corte, aun cuando, huelga señalar, el mero hecho de asistir a una manifestación no puede constituir en caso alguno un indicio de que el participante se apresta a la comisión de un delito, cuando tal participación se realiza con vestimentas que usualmente permitirán ocultar, dificultar o disimular la identidad de quien la viste ante la eventual comisión de un ilícito, tal circunstancia en principio inocua –participación en la manifestación– deriva en un indicio que, junto a otros, habilita a las policías para proceder a controlar su identidad. En este caso, ese otro indicio viene dado, a juicio de las policías y recogido así por los jueces de la instancia, por el que el acusado además llevaba una mochila en la que, siempre y únicamente en el contexto de una marcha o manifestación pública como ya se ha explicado, se suelen portar elementos para causar destrozos o atacar a la autoridad.

Más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad del imputado, lo relevante es que el fallo da por ciertas al menos dos circunstancias objetivas que admiten calificarse como indicios de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de dichos indicios para llevar a cabo el control de identidad.

Noveno: Que, en consecuencia, cabe estimar que al proceder del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales invocados en el arbitrio, por lo que los jueces del tribunal oral

no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria en la prueba cuestionada, de manera que el recurso en estudio será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado Óscar Fabián Parra Godoy, contra la sentencia de nueve de enero de dos mil diecisiete dictada en la causa RUC N° 1600412842-0 y RIT N° 630-2016 del Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, y contra el juicio oral que le antecedió, los que, en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

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.

Rol N° 2879-2017.