

### 3. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

#### MICROTRÁFICO

I. ACTUACIÓN DE LA POLICÍA, POR REGLA GENERAL, SE REALIZA BAJO LAS INSTRUCCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. ACTUACIONES DE LA POLICÍA SIN ORDEN PREVIA. II. EXIGENCIA DE INDICIOS EN NÚMERO PLURAL PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD. HALLAZGO DE UNA PERSONA EN EL SITIO INDICADO EN UNA DENUNCIA ANÓNIMA, VISTIENDO DE FORMA COMÚN Y SIN REALIZAR CONDUCTAS PROPIAS DEL TRÁFICO DE DROGAS NO CONSTITUYE UN INDICIO SUFICIENTE PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. CONTAMINACIÓN DE TODA LA PRUEBA DERIVADA DE AQUELLA OBTENIDA CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

#### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, en grado consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema acoge el recurso deducido, invalidando la sentencia impugnada y el juicio oral que le antecedió, y restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura diversos medios de prueba.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *28380-2016, de 19 de julio de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Romina Vergara Castro”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sra. Andrea Muñoz S. y Abogados Integrantes Sr. Carlos Pizarro W. y Sr. Jorge Lagos G.*

#### DOCTRINA

- 1. La regla general de la actuación de la policía es que debe realizarse bajo las órdenes o instrucciones del Ministerio Público y como excepción, su desempeño autónomo en la ejecución de pesquisas y detenciones en precisos y determinados casos delimitados claramente por el legislador, que incluso ha precisado un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad*

*en el actuar policial del que se derive restricción de derechos. Se 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 (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *En la especie, los funcionarios policiales procedieron al control de identidad cuestionado por la circunstancia de haber recibido una denuncia anónima al teléfono celular del cuadrante, concurrir al lugar indicado y avistar a una persona que se correspondía con las características dadas en el llamado, escenario que validaría el procedimiento efectuado. Sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable, ya que, 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 no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración. En este contexto, el hallazgo de una persona en el sitio indicado en la denuncia, vistiendo de forma común y sin realizar conductas propias del tráfico de drogas, no es un indicio en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, que, por lo demás, exige una pluralidad de ellos –“indicios”–. De esta forma, sólo queda como fundamento de la realización de una conducta delictiva la denuncia anónima que indica el sitio exacto en que se encontraría una vendedora de sustancias estupefacientes, dato que, por su singularidad, implica la inobservancia de las condiciones exigidas por la norma prescrita para facultar un control de identidad realizado sin orden de Fiscal (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema). En consecuencia, por no haberse constatado indicios de la comisión de un delito ni verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que dicho procedimiento se practicó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho de la acusada a un procedimiento y una investigación racionales y justos 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 resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre*

*el contenido de las pesquisas, los documentos y pericias que hayan derivado de tal indagación (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/5450/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; PR; 85 del Código Procesal Penal.*

## COMENTARIO ARTÍCULO 85 CÓDIGO PROCESAL PENAL

JORGE FERDMAN NIEDMANN  
*Universidad de Chile*

El pronunciamiento judicial de la Corte Suprema, objeto del presente comentario, nos recuerda la tensión a la que por definición se someten los derechos y libertades de los integrantes de la comunidad como consecuencia de la actuación de cualquiera de los agentes del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, *lato sensu*. El delito constituye una forma de desviación conductual por cuya gravedad las actuaciones de los órganos encargados de su control excepcionalmente se encuentran legitimadas para el sacrificio de dichos derechos y libertades, con la paradójica justificación que de ese modo el resultado final importará un incremento en la suma total de unos y otra. El que todos como comunidad hayamos consensuado dicha justificación se explica en último caso en que el despliegue de la potestad punitiva está destinada a acrecentar las condiciones y remover los obstáculos que minan la obtención del bien común, propósito distintivo de toda organización política.

En un razonamiento analógico podría tal vez plantearse que la consagración más radical de cuanto precede la constituyen los casos en los que el ordenamiento punitivo llega al extremo de autorizar y legitimar la destrucción de la vida ajena, autorización que en último término descansa en la necesidad de preservar tanto la existencia e integridad en todo sentido de la persona agredida conjuntamente con la vigencia del propio ordenamiento, en su calidad de bien colectivo “superior”.

Guardando las proporciones y con las reservas del caso, considerando la especificidad de uno y otro asunto, me parece que para el propósito del presente comentario, relativo a la institución que consagra y regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, la utilidad que presta el permiso que la legítima defensa otorga a quien sufre una agresión ilegítima incluso hasta para llegar al sacrificio de la vida del agresor, estriba en que muy probablemente no hay otra institución en todo el ordenamiento que ilustre de modo tan categórico y elocuente sobre la necesidad de concurrencia de todos y cada uno de los respectivos requisitos que legitiman excepcionalmente del actuar del ofendido, en ese caso, y respecto de la actuación

de los funcionarios policiales, en el presente, punto que creo no equivocarme si lo elevo a la categoría de referente.

Resulta evidente que este comentario no apunta en lo sustancial a destacar ni la entidad de esos tales requisitos, ni su necesidad de concurrencia, exigencia perentoria para que opere en cuanto justificante, mas si miramos con atención advertiremos la semejanza existente entre ambas instituciones: la restricción de derechos y libertades que excepcionalmente admite el ordenamiento procesal penal en la disposición comentada importa y exige que la actuación policial que afecta los derechos de quien es objeto del procedimiento policial correspondiente haya de seguir idéntica lógica de autorización que la afectación que conlleva la legítima defensa: sólo estará legitimada en tanto y en cuanto concurren sus presupuestos materiales y procedimentales consagrados en la disposición en comento, de la misma forma como en el caso de la justificante se exige con los numerales correspondientes del artículo 10 del Código Penal. La conclusión es tanto o más intensa si se advierte que el caso presenta un doble carácter de excepcionalidad, por así decirlo: de un lado, el que obliga de modo general a reparar en las condiciones y requisitos que permiten la restricción o limitación de los derechos y libertades, y del otro, el relacionado a una actuación de los órganos del Estado fuera del estatuto que para el caso en particular consagra la ley, desde el momento en que la policía lo hace bajo las órdenes e instrucciones del Ministerio Público, y no de manera autónoma, modalidad que en este contexto le está virtualmente vedada.

Nota definitoria o característica esencial a toda comunidad jurídicamente organizada la constituye sin más la existencia y vigencia irrestricta del “Estado de Derecho”: estos no sólo han de encontrarse debidamente consagrados y destacados de la forma en que mejor se logre un efecto comunicativo respecto de su contenido, alcance, y relevancia dentro de la comunidad, sino que además su restricción y afectación han de encontrarse reguladas acaso sino de forma más estricta y perentoria: la regulación que admite su sacrificio o caducidad ha de consagrar en los términos más precisos y taxativos que sea posible la o las condiciones en que de forma exclusiva se lo permite. La única consecuencia posible al desconocimiento que la actuación de los órganos del Estado importe a las mencionadas condiciones no puede ser otra que la declaración de falta de eficacia y efectos tanto a la actuación de que se trata como también a todos sus efectos, coincidiendo de ese modo con lo resuelto por la sentencia de nuestra Corte Suprema.

Con lo indicado anteriormente abordamos un extremo de la problemática, en particular, el relativo a los presupuestos necesarios para la actuación policial, sin que se pretenda por de pronto entrar en el terreno de la determinación de qué debería entenderse por “indicios”, pues ello se corresponde a una cuestión que deberá resolverse caso a caso, en la cual forzosamente encontrará todo el estatuto epistemológico de la prueba de los hechos en este ámbito, desde el momento en que la institución no se encuentra definida legalmente. Cabe destacar que el

pronunciamiento se acordó con un voto de disenso, lo que deja en evidencia la complejidad del tópico.

Con todo, lo expuesto no cubre todas las aristas del caso, restando quizá la más polémica y problemática, relacionada con su aspecto político-criminal, el que queda reflejado en la siguiente interrogante: ¿se justifica la afectación de los derechos y libertades de los miembros de la comunidad a partir de la actuación de agentes del Estado, en este caso funcionarios policiales, frente a indicios o señas que vinculen a dichos miembros con comportamientos penalmente desviados, y, en la afirmativa, hasta qué punto o en qué grado?

El nivel de dificultad y la problemática asociada a esta última interrogante queda sin más en evidencia a partir de la discusión del articulado de la última de las modificaciones que sufrió nuestra legislación procesal penal en la materia, más específicamente la misma disposición del artículo 85 de que se trata, en que el debate ocupó la testera de la discusión académica y pública por un tiempo más que prolongado: jamás será una cuestión pacífica la institucionalización de un marco regulatorio que haga posible y permita la restricción de los derechos y libertades de los sujetos, por el peligro que conlleva. Parafraseando encendidos debates que se desarrollan en otras materias, igual de complejas y problemáticas, no se puede descartar una especie de efecto “escalada” en una decisión como esa, en que los límites de la afectación vayan progresivamente perdiendo todo contorno, situación bajo toda consideración indeseable y política y jurídicamente peligrosa.

No obstante, resulta ingenuo desconocer que la vida en sociedad en alguna medida exige sino el sacrificio de nuestros derechos, cuando menos su limitación, resultando de extrema dificultad la determinación de lo óptimo, si es que ello fuere posible. Probablemente no haya más que una solución de compromiso, que implica de un lado acordar el carácter excepcional de la concurrencia de los presupuestos materiales que importan dichos límites, conjuntamente con la necesidad de definir con toda la claridad y precisión posibles sus requisitos y exigencias, del otro. Hay que tener en cuenta que en estricto rigor no existen derechos con un imperio “absoluto”, ni siquiera el pretendido derecho a la vida, por mucho que el tema provoque enconadas reacciones por parte de quienes lo enfrentan más bien desde una óptica confesional. Con todo, las modificaciones introducidas al Código Procesal Penal, fruto de las últimas iniciativas, no necesariamente se corresponden con las consideraciones desarrolladas en estas líneas, pues pareciera que los presupuestos de la actuación policial se amplían, lo que es de suyo problemático.

Como alcance final al pronunciamiento comentado, estimo digna de realce y mención la referencia que el último párrafo de la novena motivación hace a Tomás Vives Antón, en cuanto el autor español destaca que el proceso judicial está condicionado por lo verdadero, pero sólo en la medida que lo verdadero se entienda formar “parte de lo justo”: en un estado de derecho, en que más allá de las excepciones anteriormente expresadas, prime el imperio de los derechos y sus

garantías, resulta manifiesto que la verdad no se puede obtener ni conseguir a cualquier precio. En la medida que su obtención es consecuencia de un procedimiento policial en el que los funcionarios policiales se apartaron del perentorio marco de la autorización excepcional que define la ley para desplegar actuaciones autónomas, la única alternativa compatible al imperio de la ley es precisamente el castigo a una tal actuación por la declaración de ineficacia que opera a partir de la sanción de nulidad del fallo recurrido, pues, consecuentemente con lo expresado desde un comienzo en el presente comentario, el reconocimiento de validez a actuaciones así realizadas, y a una sentencia condenatoria dictada a partir de la prueba obtenida en ellas, se aparta por definición de lo que se exige en la actuación de sus órganos: ceñir su proceder de manera estricta al ordenamiento vigente, cuestión tanto o más intensa y perentoria cuando de lo que se trata es precisamente del permiso para la restricción de los derechos o libertades de los miembros de la comunidad.

**CORTE SUPREMA:**

Santiago, diecinueve de julio de dos mil dieciséis.

**VISTOS:**

El Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, por sentencia de veintisiete de enero de dos mil dieciséis, en los antecedentes RUC 1500302772-1, RIT 608-2015, condenó a la acusada Romina Andrea Vergara Castro, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de una de Unidad Tributaria Mensual, a las accesorias de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autora del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, en grado consumado, perpetrado el día 29 de marzo de 2015, en esa ciudad. Concede la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna, no deja constancia de los abonos e impone el pago de las costas.

La defensa de la sentenciada dedujo recurso de nulidad contra el indicado fallo, el que se conoció en la audiencia pública de 29 de junio pasado, convo-

cándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy como consta del acta respectiva.

**CONSIDERANDO:**

*Primero:* Que el recurso interpuesto se sustenta únicamente 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, vinculando esta causal con lo prescrito en los artículos 5° inciso 2° y 19 N° 3 inciso 6°, N° 4 y N° 7, todos de la Constitución Política del Estado, en relación con los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 17 letra g) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y 9°, 83 y 85 del Código Procesal Penal.

Alega que se efectuó a su representada un control de identidad y registro sin que existieran indicios que lo permitieran, obteniéndose las evidencias

incriminatorias en el marco de diligencias investigativas autónomas llevadas a cabo fuera de los supuestos legales, desde que para establecer el delito y su participación punible se tuvo a la vista el testimonio de los funcionarios policiales involucrados en las actuaciones realizadas con infracción de garantías constitucionales, Luis Barría Cárcamo e Iván Fernández Arias.

Detalla que conforme al parte policial N° 01405 de Carabineros de Chile, Tercera Comisaría Rancagua Oriente, Prefectura Cachapoal, de 29 de marzo de 2015, se recibió un llamado anónimo al celular del cuadrante, en que se manifestaba que en la intersección de las calles Antonio Garfía con Los Federales se encontraba una mujer que vestía polera y pantalón negros y portaba un bolso de color negro en su brazo derecho y vendía droga a transeúntes. Con estos antecedentes, el personal policial concurrió al lugar en forma inmediata, divisando a una mujer que usaba las mismas vestimentas, efectuándole un control de identidad y registro del bolso que portaba.

Reclama que la llamada no fue registrada, y que la persona presuntamente denunciada estaba parada en la esquina, sin evidenciar algún proceder propio de la venta de drogas, a pesar de lo cual se le efectuó igualmente un control de identidad, sin orden o instrucción del fiscal. Así, la actividad policial tuvo su origen inmediato y directo sólo en un llamado telefónico anónimo que dio características específicas sobre la fisonomía y vestuario de una joven, por cuanto los funcionarios aprehensores únicamente

percibieron por sus sentidos, al llegar al lugar, a una joven parada en la esquina, fuera de su casa, a las 20:00 horas, 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. Añade que una vez recibida la denuncia anónima los policías no informaron al Ministerio Público, sino que decidieron concurrir al lugar indicado sin que existieran razones de urgencia y evidentes que justifiquen haber omitido dar aviso al fiscal de turno, de modo que las actuaciones policiales se realizaron en hipótesis no previstas por el artículo 83 del Código Procesal Penal como de aquellas que pueden realizarse en forma autónoma por las policías.

Afirma que el vicio denunciado es trascendente y le provoca perjuicio, por cuanto se realizaron actuaciones fuera de la ley respecto de la encausada que convirtieron la evidencia obtenida en prueba ilícita, que contaminó toda la derivada de ella, a pesar de lo cual fue valorada en la sentencia, fundándose una decisión de condena sobre la base de pruebas ilegalmente obtenidas.

Da cuenta de la preparación del recurso al haber reclamado la ilegalidad de la detención en la audiencia de control, petición que fue rechazada, al igual que la solicitud de exclusión de toda la prueba de cargo formulada en la audiencia de preparación de juicio oral, mientras que en el juicio mismo, reclamó este vicio en los alegatos de apertura y clausura. Finaliza solicitando

que se anule el juicio oral y la sentencia, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de los funcionarios policiales Luis Barría Cárcamo e Iván Fernández Arias, la perito Aurora Palomino González y sus análisis de estupefacientes N°s. 3570 y 3571 con el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud de la marihuana; la perito Paula Fuentes Azócar que elaboró el análisis de estupefaciente con el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud de la cocaína base; comprobante de depósito del dinero incautado; oficio remitido 436 relativo a la sustancia incautada; acta de recepción de droga N° 689/2015; acta de destrucción de droga N° 401/2015; reservado N° 114 por medio del cual el Servicio de Salud O'Higgins, remite muestras al ISP para su análisis; reservado N° 8871-2015 del ISP, remite protocolos de droga a la Fiscalía Local de Rancagua, y una vez excluidos, se disponga la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

*Segundo:* Que, en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento de asunto, la defensa rindió la prueba documental aceptada, consistente en copia simple del parte policial N° 01405 de Carabineros de Chile, que da cuenta de las diligencias llevadas a cabo a propósito de una denuncia anónima realizada al celular del cuadrante, control de identidad de la encartada y diligencias efectuadas, en el mismo tenor que el referido en el recurso de nulidad.

*Tercero:* Que como ha sostenido esta Corte Suprema, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80). (SCS rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013, rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013, rol N° 8152-2016, de 4 de abril de 2016, entre otras).

A su turno, el artículo 83 establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f).

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 el artículo 83 ya mencionado, 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”.

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

Los artículos 85 y 86 regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que existen indicios de que aquella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Esta última norma citada (artículo 130) define lo que se entiende por si-

tuación de flagrancia, señalando que se encuentra en ella el que actualmente se encontrare cometiendo el delito (letra a); el que acabare de cometerlo (letra b); el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice (letra c); el que en tiempo inmediato a la perpetración de un delito fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en sí mismo, o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo (letra d) y el que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato (letra e), precisando, a continuación, lo que debe entenderse por “tiempo inmediato”, para los efectos de estas dos últimas hipótesis enunciadas.

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

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, hechas estas prevenciones en torno a las facultades de actuación de las policías, corresponde determinar si las diligencias efectuadas en el caso concreto se han ajustado al marco legal. Para ello, es necesario tener en cuenta que el tribunal de la instancia, en el motivo cuarto de la sentencia atacada da por reproducidos los hechos de la acusación, en el siguiente tenor: “El día 29 de marzo del año 2015, aproximadamente a las 19:30 horas, personal de Carabineros, recibió un llamado al teléfono del plan cuadrante, que denunciaba que en la intersección de calle Antonio Garfias con Los Federales, se encontraba una mujer comercializando droga a los transeúntes del lugar, dando las características. Frente a lo anterior, personal policial se dirigió al lugar encontrando a la acusada a quien

se le efectuó un control de identidad y al registro se encontró al interior de un bolso color negro que portaba, la cantidad de 110 papelillos de color blanco cuadriculado contenedores de una sustancia color beige, similar a la pasta base de cocaína y 39 envoltorios de papel de revista contenedor de una sustancia vegetal de color verde, y dos envoltorios de papel cuadriculado de una sustancia color beige y una sustancia vegetal, las cuales fueron trasladadas hasta la unidad policial.

Sometidas estas sustancias a la prueba de campo *cannabis* test y coca test en dependencias del personal del OS-7, dio coloración positiva ante la presencia de THC y pasta base de cocaína, arrojando un peso bruto de 30,300 gramos de marihuana para el envoltorio de papel, 4,500 grs. para los 39 envoltorios de marihuana y un peso bruto de 8,900 gramos para un envoltorio de papel cuadriculado de pasta base y un peso bruto de 22,800 grs. para los 110 envoltorios de papel blanco cuadriculado. Droga que se remitió al Servicio de Salud mediante cadena de custodia. Durante el registro además le fue encontrado a la imputada al interior de un bolso la suma de \$ 8.000.- en efectivo, dinero que se atribuye a la venta de droga”.

Adicionalmente, al pronunciarse sobre el debate planteado por la defensa respecto de la vulneración de garantías constitucionales de la acusada en las diligencias iniciales del procedimiento, el tribunal sostiene, en su fundamento sexto, que no existe discusión en cuanto a que los policías recibieron una denuncia de manera directa en el telé-

fono del cuadrante, de manera tal que lo mínimo que se les podía exigir era que se constituyeran en el lugar en que eventualmente se estaba cometiendo un delito, y al apersonarse ahí luego de 5 minutos, comprobaron que había una sola persona en dicha esquina, que reunía las características de sexo, estatura, vestimentas y accesorios, condiciones en que se dan los presupuestos que prevé el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad sin orden previa del fiscal, esto es, un caso fundado de que existen indicios de que la persona en cuestión hubiese cometido o intente cometer un ilícito o que se dispusiere a cometerlo. Añade el mismo considerando que esta dinámica es propia del actuar policial, ya que de conformidad al artículo 1° de la Ley N° 18.961, Orgánica de Carabineros de Chile, éstos tienen como finalidad, entre otras funciones, la de garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República.

*Sexto:* Que tal como se desprende de los párrafos extractados del fallo recurrido, los funcionarios policiales procedieron al control cuestionado por la circunstancia de haber recibido una denuncia anónima al teléfono celular del cuadrante, concurrir al lugar indicado y avistar a una persona que se correspondía con las características dadas en el llamado, escenario que validaría el procedimiento efectuado.

Sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable para este tribunal, ya que ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del

debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración. En ese sentido, cobra relevancia tener en cuenta que, en el caso concreto, las características dadas en la denuncia anónima no son realmente distintivas de una persona en particular, desde que el uso de vestimenta de color negro y un bolso de la misma tonalidad son absolutamente comunes en gran parte de la población. Por otro lado, es trascendente a efectos de resolver este asunto, el hecho que los funcionarios policiales no hayan apreciado que la mujer haya ejecutado acción alguna que pueda dar señales de estar comercializando estupefacientes.

En este contexto, el hallazgo de una persona en el sitio indicado en la denuncia, vistiendo de forma común y sin realizar conductas propias del tráfico de drogas, no es un indicio en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, que, por lo demás, exige una pluralidad de ellos (“indicios”). De esta forma, sólo queda como fundamento de la realización de una conducta delictiva la denuncia anónima que indica el sitio exacto en que se encontraría una vendedora de sustancias estupefacientes, dato que, por su singularidad, implica la inobservancia de las condiciones exigidas por la norma prescrita para facultar un control de identidad realizado sin orden de fiscal.

*Séptimo:* Que tampoco es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba visiblemente cometiendo el delito en ese momento; no se acababa de cometerlo (de hecho ninguna conducta advirtieron funcionarios al respecto, como el acercamiento a la imputada de parte de un tercer sujeto que luego de un breve intercambio se aleja del lugar); la mujer no intentó huir del lugar; ni fue encontrada en un tiempo inmediato a la comisión del delito con señales visibles del injusto, sino que, por la sola circunstancia de encontrarse en una determinada intersección se supuso que podría estar cometiéndolo; no había víctimas reclamando auxilio, ni testigos presenciales que la señalaran como autora o partícipe de un delito determinado.

*Octavo:* Que, en consecuencia, por no haberse constatado indicios de la comisión de un delito ni verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que dicho procedimiento se practicó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho de la acusada a un procedimiento y una investigación racionales y justos 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 Romina Andrea Vergara Castro resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la

materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el contenido de las pesquisas, los documentos y pericias que hayan derivado de tal indagación. 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.

Debido a tal 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, es que esta problemática es recibida y resuelta por el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el juez debe excluir las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales.

*Noveno:* Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales de la encartada 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 6º y 7º 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, con la exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutive.

Ello es así por cuanto “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, Thomson Aranzadi, 2004, p. 947).

En estas condiciones, el recurso de nulidad será acogido.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 377 y 384

del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de Romina Andrea Vergara Castro y, en consecuencia, se invalidan la sentencia de veintisiete de enero pasado y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1500302772-1, RIT 608-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de los funcionarios policiales Luis Barría Cárcamo e Iván Fernández Arias, la perito Aurora Palomino González y sus análisis de estupefacientes N°s. 3570 y 3571 con el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud de la marihuana; la perito Paula Fuentes Azócar que elaboró el análisis de estupefaciente con el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud de la cocaína base; comprobante de depósito del dinero incautado; oficio remitir 436 relativo a la sustancia incautada; acta de recepción de droga N° 689/2015; acta de destrucción de droga N° 401/2015; reservado N° 114 por medio del cual el Servicio de Salud O’Higgins, remite muestras al ISP para su análisis; reservado N° 8871-2015 del ISP, remite protocolos de droga a la Fiscalía Local de Rancagua, y una vez excluidos, se disponga la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Acordada contra el voto del Abogado Integrante Sr. Lagos, quien fue del parecer de desestimar el recurso deducido, al considerar que en la especie concurren los elementos propios

de la actuación policial facultada por el artículo 85 del Código Procesal Penal, al constituir los hechos detallados en los testimonios citados en la sentencia censurada los indicios aludidos por la norma citada, de manera que no es posible formular reproche a su respecto, toda vez que los referidos oficiales actuaron en cumplimiento de las cargas que les impone la ley procesal en el desempeño de sus funciones.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia, su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Sra. Andrea Muñoz S., y los Abogados Integrantes Sres. Carlos Pizarro W. y Jorge Lagos G.

Rol N° 28380-2016.