

5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE DROGAS

I. DILIGENCIA DE ACLARACIÓN DE LA DENUNCIA REALIZADA NO PUEDE TENER COMO FINALIDAD OBTENER CONFESIONES O DECLARACIONES INCRIMINATORIAS. ANTECEDENTES OBTENIDOS POR LOS FUNCIONARIOS POLICIALES CON OCASIÓN DE INTERROGAR AL SINDICADO COMO AUTOR DE UN DELITO DEBEN SER AQUILATADOS Y EXAMINADOS POR EL FISCAL PARA DETERMINAR LAS DILIGENCIAS A PRACTICAR. IMPROCEDENCIA DE QUE LA PARTE SUSTANCIAL Y DECISORIA DE LA INVESTIGACIÓN QUEDE AL ARBITRIO DE LOS FUNCIONARIOS POLICIALES. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. II. VOTO DISIDENTE: ANTECEDENTES OBTENIDOS POR LOS FUNCIONARIOS POLICIALES QUE PERMITÍAN PRACTICAR LA DETENCIÓN EN CASO DE FLAGRANCIA. ACTUACIONES TENDENTES A IDENTIFICAR O TOMAR CONTACTO CON EL OFENDIDO NO VULNERAN DERECHOS FUNDAMENTALES.

HECHOS

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria respecto del imputado por el delito de tráfico de drogas. La defensa del sentenciado recurre de nulidad, invocando la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *39420-2017, 31 de octubre de 2017*

PARTES: *Ministerio Público con Harry Ferrada Vilches*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Ricardo Blanco H., Sra. Andrea Muñoz S., Sr. Manuel Valderrama R. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- En la especie, los funcionarios policiales tomaron conocimiento, por los dichos de la persona sindicada como autora de un robo, de que el denunciante le había vendido la droga que portaba, pero que no le pagó y por tal razón había efectuado la denuncia. Conforme a ello, se dirigieron al*

hospital a fin de aclarar tal situación, procediendo a interrogar al acusado, quien admitió los hechos y señaló que tenía más droga en su domicilio. La diligencia descrita –que funcionarios policiales aclararan en la imputación realizada– en ningún caso puede tener como finalidad obtener confesiones o declaraciones inculcatorias del supuesto vendedor o proveedor de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sino únicamente verificar los términos de la denuncia. Sin embargo, los funcionarios policiales, en vez de informar al Ministerio Público de la situación que enfrentaban, de manera que el fiscal, como director exclusivo y responsable de la investigación, decidiera su curso posterior, concurrieron al lugar donde se encontraba el imputado, originalmente víctima de un delito de robo de una billetera, y ahora sindicado como vendedor de la droga que portaba una persona, esta vez para lograr información sobre las denuncias efectuadas, en especial la sustracción de la billetera y la venta de droga, obteniendo el reconocimiento de aquél sobre esta última circunstancia y la manifestación de que tenía más droga en su domicilio, por lo que le solicitaron que permitiera voluntariamente el ingreso y registro del inmueble (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

Los antecedentes obtenidos por los policías con ocasión de haber controlado e interrogado a la persona sindicada como autor de un robo, debían ser aquilatados y examinados por el fiscal, para efectos de determinar las diligencias que debían practicar los funcionarios a fin de verificar la comisión de los hechos denunciados y la identificación de sus partícipes, así como también, en ese estadio del procedimiento, sólo al fiscal le cabía decidir si ese antecedente –sindicación de la venta de droga por parte del comprador– autorizaba que se procediera a la interrogación del acusado y obtener de éste la autorización para el ingreso voluntario, o recabar más antecedentes –indicando en ese caso las diligencias pertinentes–, o pedir una autorización judicial para tal efecto o, incluso, remitir todos los registros de lo actuado al Ministerio Público sin realizar ninguna otra pesquisa (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).

Así las cosas, los agentes policiales se arrogaron ilícitamente una decisión que la ley reserva privativamente al Ministerio Público y conjuntamente ejecutaron pesquisas a espaldas de dicho organismo, tiñendo de ilicitud todo lo actuado en esas condiciones. Esta ilicitud reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos, pues tuvo como corolario que todo lo obrado con posterioridad a la información obtenida de la persona sindicada como autor de un robo se desarrollara por los policías totalmente al margen de la supervisión y dirección del fiscal responsable de la investigación, el que, al permanecer ignorante de esas actuaciones, no pudo evitar que las mismas se concretaran, o participar y supervisar directamente su ejecución, o al menos

entregar las directrices o verificar que se tomaran los resguardos necesarios para que esas actuaciones –solicitud de autorización para el ingreso, toma de declaración, entrada al recinto y recogida de evidencia, etc.– se materializaran de forma tal que con ellas o mediante ellas no se vulneraran garantías o derechos fundamentales del imputado o terceros. En síntesis, contra el imputado se llevó a cabo una investigación que en su parte sustancial y decisoria quedó al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos en quienes la ley radica la dirección y responsabilidad de la investigación y, por tanto, en manos de agentes no vinculados por el principio de objetividad que rige las actuaciones de los fiscales del Ministerio Público, sometiendo por tanto al encartado a un procedimiento irracional e injusto proscrito por nuestra Carta Fundamental (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema). En suma, el actuar policial en análisis constituye una patente violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19, N° 3, inciso 6°, de la Constitución, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente, que precisamente tiene por objeto legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio. A results de lo verificado, toda la evidencia de cargo obtenida con posterioridad a la identificación y control de la persona sindicada como autor de un delito de robo, adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra el imputado, por lo que el recurso será acogido y, para que la corrección de los vicios cometidos sea completa, se ordenará la realización de un nuevo juicio oral, con prescindencia de toda la prueba afectada por ilicitud (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. (Voto disidente). *Lo constatado por los funcionarios policiales permitía, en forma inmediata, practicar la detención en flagrancia, dado lo ostensible que resulta un delito de tráfico cuando el comprador de droga identifica a su vendedor y éste reconoce voluntariamente tal hecho. De esta manera, los policías, ya sea previo control de identidad o procediendo directamente a la detención en situación de flagrancia, podían concurrir al domicilio del imputado, por cuanto éste les manifestó que tenía más droga y autorizó el registro del inmueble, además podían resguardar el sitio del suceso, procurando mantener intactas las evidencias que se encontraban en el lugar, tomar fotografías y recibir la declaración voluntaria de quienes se encuentren presentes o lleguen en forma posterior al lugar. Se concluye, entonces, que las diligencias realizadas por los funcionarios policiales en la pesquisa del delito por el cual fue condenado el acusado se ajustó a los márgenes otorgados por la ley, cuestión que implica que tanto la restricción y posterior privación de libertad de que fue objeto como las actuaciones investigativas*

efectuadas no significaron una vulneración de sus garantías consagradas en la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales a la normativa legal que los rige, ya que las pruebas obtenidas en tales actuaciones dieron cuenta de la comisión de hechos ilícitos, las que han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena. A mayor abundamiento, resulta que el procedimiento policial fue ejecutado en cumplimiento de los deberes que el artículo 83 del Código Procesal Penal impone a las policías, al ser obligatoria su intervención en atención a los indicios constatados sobre la comisión de un delito en instantes inmediatos a su perpetración, sin que las restantes actuaciones realizadas, tendentes a identificar o tomar contacto con el ofendido, se tradujeran en lesión de alguno de los derechos y garantías que el orden procesal reconoce a los imputados (considerandos 2° y 3° de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/7037/2017

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19, N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República; 83, 84 y 373, letra a), del Código Procesal Penal.

LA RESTRICCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCEDIMIENTO

LINA CALLEJAS RAMÍREZ
Universidad de Chile

Cada vez que en el marco de un procedimiento se practican diligencias que puedan significar restricciones a los derechos fundamentales, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿está claro para el sentenciador cuáles son los límites y condiciones que deben acaecer cada vez que se restringen estos derechos?, ¿o basta con la existencia ciertos antecedentes fácticos “graves” para avalar dichas restricciones?

A la luz de cierta jurisprudencia, pareciera ser que en determinados casos los derechos fundamentales pasan a un segundo plano, ya que, al existir circunstancias constitutivas de delitos considerados graves, sin existir un análisis relativo a si las medidas adoptadas dentro del procedimiento pueden constituir restricciones a los derechos fundamentales, y menos aún si hubo restricciones, estas cumplen con los requisitos determinados por la Constitución.

En este entendido, debemos tener en consideración que la misma Constitución permite la restricción de derechos fundamentales, esto siempre y cuando la misma no afecte el *núcleo esencial del derecho*, es decir, que dicha restricción cumpla con los parámetros determinados en ella o que al momento de adoptarla se haga un

análisis de proporcionalidad, entendiendo que “[...] *Es evidente [que] [...] durante la investigación preparatoria se produce de modo inevitable una tensión entre la necesidad de eficacia de la persecución penal del Estado y el respeto de las garantías individuales comprometidas con dicha persecución [...]*”¹.

Si bien es importante para la mantención de un Estado de derecho asegurar la eficacia de la persecución penal, es también relevante asegurar el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, por lo cual existen diversas herramientas e instituciones dentro del procedimiento que así lo aseguran, por ejemplo, ante la solicitud de diligencias, “*El juez de garantía debe analizar si, en el caso concreto, resulta justificada la vulneración de garantías que implicaría la realización de la diligencia cuya autorización solicita el fiscal, atendida la gravedad o la importancia del hecho que se investiga. En otras palabras, el juez debe aplicar el principio de proporcionalidad [...] ponderar, por un lado, la magnitud de la afectación de derechos que la diligencia importa y, por otro, la gravedad del hecho que se trata de esclarecer*”².

Por lo cual, cada vez que se suscite la “necesidad” de adoptar una medida que implique una restricción a los derechos fundamentales, el juez, al momento de autorizarlas o también al momento de sentenciar, debe observar cuáles son las condiciones señaladas en la Constitución para la restricción de dichas garantías o, en su defecto, ponderar a través de un análisis de proporcionalidad si es procedente o no dicha medida.

En virtud de lo ya señalado, veamos cuáles son las circunstancias específicas que debe analizar el sentenciador al momento de autorizar alguna medida que pueda vulnerar lo dispuesto en el artículo 19, N° 5, de la Constitución o más bien la intimidad e inviolabilidad del hogar. En primer término, la misma Constitución expresa que “*El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*”, de lo que se puede deducir que están permitidas las restricciones siempre y cuando las mismas tengan fuente legal.

En el caso del ingreso en el hogar, éste se encuentra permitido en la ley, específicamente se permite el ingreso por parte de las policías a lugares cerrados, bajo ciertas condiciones, sobre todo respetando lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Penal, el cual señala que “*Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa*”, autorización previa que implica siempre un análisis de proporcionalidad.

¹ HORVITZ, María Inés, y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, I, (Santiago, 2002), p. 447.

² NÚÑEZ, Raúl, y CORREA, Claudio, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno”. Algunos problemas. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, (2017), pp. 195-246.

Dicha condición, que impone la legislación por expreso mandato constitucional, es la que asegura que, en virtud de cualquier diligencia llevada a cabo, no se vulnerará dicha garantía, por lo cual es impensado, salvo excepciones legales taxativas, que las policías hagan ingreso a lugares cerrados y menos aún que el resultado de dicha intromisión sea ponderado y valorado por el sentenciador.

Conforme con esto, para asegurar el éxito de una medida de intromisión, es menester que se realice un análisis de proporcionalidad, es decir, es necesario que el juez lleve a cabo una valoración del costo-beneficio de la medida a adoptar, considerando especialmente la idoneidad, la necesidad y la ponderación de la misma. Por tanto, en primer lugar debe “*determinar si, en los hechos, la medida evaluada permite favorecer la finalidad pretendida*”³; en segundo lugar, es pertinente que analice “*la eficiencia de la misma (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad)*”⁴, y, finalmente, podrá “*afirmar que la medida sometida a evaluación es constitucional cuando el beneficio que aquélla reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger o promover es superior al costo que la misma significa para el derecho fundamental afectado*”⁵.

Pese a todo lo anteriormente señalado, encontramos fallos en los cuales el sentenciador toma con absoluta ligereza la existencia de restricciones a los derechos fundamentales, con lo que podemos observar que, para determinadas situaciones, es más importante la eficacia de la persecución penal que la fundamentación de las restricciones. Lo que resulta aún más grave si tenemos presente que argumentaciones de este estilo han sido plasmadas en votos disidentes en sentencias de la Excelentísima Corte Suprema en virtud del conocimiento de recursos de nulidad por vulneración de garantías constitucionales.

En este contexto, es inquietante, a lo menos, que los sentenciadores, al momento de analizar las actuaciones que pudieron suscitar violaciones a los derechos fundamentales, tanto en el desarrollo del procedimiento como al momento de resolver, no realicen un análisis de proporcionalidad que permita justificar dichas medidas, sino que más bien justifiquen las mismas en virtud del éxito que éstas tuvieron.

En este sentido, un voto disidente de la Segunda Sala ha señalado, con relación a la intromisión realizada por las policías sin autorización judicial, que “[...] *De todo lo antes explicado es posible concluir que las diligencias realizadas por los funcionarios policiales en la pesquisa del delito por el cual fue condenado el acusado se ajustó a los márgenes otorgados por la ley [...], [lo que no significó] una vulneración de sus*

³ DÍAZ, Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI* (2011), pp. 167-206.

⁴ DÍAZ, Iván, ob. cit., p. 186.

⁵ DÍAZ, Iván, ob. cit., pp. 194-195.

garantías consagradas en la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales a la normativa legal que los rige, ya que las pruebas obtenidas en tales actuaciones dieron cuenta de la comisión de hechos ilícitos, las que han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena. Que cabe señalar, a mayor abundamiento, que [...] al ser obligatoria su intervención en atención a los indicios constatados sobre la comisión de un delito en instantes inmediatos a su perpetración [...] se tradujeran en lesión de alguno de los derechos y garantías que el orden procesal reconoce a los imputados”⁶.

Si tenemos en consideración que se ha argumentado positivamente la restricción de derechos fundamentales en pos de la eficacia de la pretensión punitiva del Estado, es menester que hagamos presente que ésta no es la forma correcta de debatir acerca de la procedencia o improcedencia de restricciones a los derechos fundamentales, pues tanto el constituyente como el legislador han sido claros en establecer los límites que deben ser respetados por quien ejerce la judicatura, sea cual sea la materia de su competencia, teniendo especial regulación y cuidado para quien la ejerce en el ámbito penal.

⁶ Voto disidente pronunciado por los Ministros Sr. Blanco y Sr. Valderrama en la sentencia de la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema en la causa ingreso corte N° 39420-2017, de fecha 31 de octubre de 2017.

CORTE SUPREMA:

Santiago, treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de seis de septiembre de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 1600461503-8, RIT 103-2017, condenó al acusado, Harry Alberto Ferrada Vilches, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y al pago de una multa de cinco unidades tributarias mensuales, equivalente en moneda nacional, a la fecha de su pago, y accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el

tiempo de la condena, más las costas de la causa, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en grado de consumado, cometido en Quintero, el 13 de mayo de 2016.

La sentencia estableció que la sanción pecuniaria podrá pagarla en cinco parcialidades mensuales y ordenó que la pena privativa de libertad impuesta se cumpla efectivamente, por no reunirse en la especie ninguno de los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216 como para concederle alguna de las penas sustitutivas allí previstas.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de 12 de octubre pasado, convocándose 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 en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, reclamando la vulneración de las garantías del debido proceso, derecho a la libertad ambulatoria, a la intimidad, a guardar silencio y a la inviolabilidad del hogar.

Expresa que el legislador estableció en el Código Procesal Penal una serie de normas para cautelar los derechos mencionados, a fin de dar cumplimiento al mandato constitucional que le obliga a establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, estableciéndose, además, en el artículo 7° del Código Procesal Penal, desde qué momento se adquiere la calidad de imputado en el proceso penal.

Luego, señala que para tener por probada la participación de su representado se tuvo en consideración por el tribunal oral el testimonio de los funcionarios policiales que participaron de las actuaciones realizadas con infracción de garantías constitucionales del acusado, esto es, los dichos de los carabineros don Sebastián Alejandro Gutiérrez Rojas, don Luis Eduardo Henríquez Estay y don Leandro Germán Maldonado Gómez, a quienes, en la audiencia de juicio, les fueron exhibidos set fotográficos y realizaron diligencias, todas contaminadas por la ilicitud del actuar policial.

En este caso aparece de manifiesto que el actuar policial no se ajustó a los requerimientos de los artículos 83, 91, 93 letra g) y 205 del Código Procesal Penal, normas que están destinadas

precisamente a proteger esos derechos, como ocurrió en este caso.

Tampoco el actuar policial se ajustó a los requerimientos de los artículos 91 y 93, g), del Código Procesal Penal, normas que están destinadas a proteger el derecho a guardar silencio y un procedimiento e investigación racionales y justos, pues aparece de manifiesto que el actuar policial no se ajustó a los requerimientos establecidos en esas normas, por cuanto los tres testigos de cargo, Gutiérrez, Henríquez y Maldonado, procedieron a fiscalizar a un posible vendedor de drogas, concurriendo al hospital, en conjunto con el comprador, lugar en que justamente se encontraba una persona que cumplía con las descripciones dadas por aquél como el vendedor de sustancias ilícitas. Inclusive, el cabo segundo Henríquez dio cuenta de que el mismo Sagredo les indicó en el hospital quién era la persona que le había vendido ese día marihuana, sindicándolo.

En consecuencia, los tres funcionarios policiales no se entrevistaron con el imputado Ferrada en el hospital en su calidad de víctima, al decir incluso que hasta ese momento no sabían la identidad del denunciante del robo, ya que de él no se les había dado el nombre en el comunicado radial, sino que por la imputación de vendedor de drogas que le había hecho uno de sus compradores; por ende, Carabineros contaba con información suficiente para actuar en flagrancia, y proceder inclusive a su detención, máxime luego de considerar que esta persona se mostró nerviosa, evasiva, dubitativa en sus respuestas, optando por aceptar su condición de

vendedor. Así, fue interrogado respecto al origen de la droga que le habría vendido a Sagredo. Claramente, los funcionarios policiales infringieron lo dispuesto en el artículo 91 del Código Procesal Penal, toda vez que esos funcionarios policiales en caso alguno estaban facultados para interrogar a su representado por la supuesta venta de la droga y la que mantendría en su domicilio, que fue lo que ocurrió, toda vez que dicho interrogatorio excedía abiertamente las facultades que a los funcionarios concede el artículo 91 y se efectuó sin encontrarse presente su abogado, sin que los carabineros intervinientes hayan tomado las medidas necesarias para que lo hiciera ante el fiscal, ni tampoco que las declaraciones que supuestamente su representado les efectuó “libre y espontáneamente”, lo hayan sido bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. Que esta situación revela un atropello a las normas del artículo 91 del Código Procesal Penal, que orientan el proceder de la policía uniformada, como, asimismo, a las garantías y derechos que el artículo 19, N° 3, de la Carta Magna reconoce.

También se infringió el artículo 83 del Código Procesal Penal, atendido que de lo expuesto resulta que Carabineros, luego de la detención del acusado, realizó con éste diversas y múltiples actividades de investigación, tales como entrevistarle ilegalmente, y luego concurrir con éste a su domicilio, de donde se obtuvieron pruebas incriminatorias en su contra. Que todas esas actividades efectuadas por Carabineros lo fueron sin que se acreditara fehacientemente

que el Ministerio Público diera la instrucción respectiva, de acuerdo a los artículos 79 y 180 del Código Procesal Penal, es decir, se realizaron en forma autónoma por la policía.

Del mismo modo se vulneró el artículo 205 del Código Procesal Penal, pues la policía, luego de interrogar en diversas ocasiones al imputado, infringiendo la normativa del artículo 91 del Código Procesal Penal, obtuvo información que le permitió concurrir, con el acusado, hasta su domicilio, donde se incautaron evidencias en su contra.

Sobre el particular, señala que, si bien existe un acta de autorización para el ingreso, firmada por el acusado ese día, ella no convalida el actuar policial ni dota de legalidad a este proceder ilegal, toda vez que no se trata de cualquier consentimiento el que se debe entender por válido en los términos del artículo 205, sino que de un consentimiento legítimo, que fue precisamente el que falta en este caso, dado que no se trata de uno libre y espontáneo, ni menos informado, ya que fue obtenido en el marco de interrogatorios ilegales realizados por los funcionarios policiales.

Termina solicitando se acoja el recurso de nulidad, se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, 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 Luis Eduardo Henríquez Estay, Sebastián Alejandro Gutiérrez Rojas, Leandro Maldonado Gómez, Ricardo Gutiérrez Sánchez y Franco Antonio Sagredo Flores, y los

otros medios de prueba consistentes en el perito Pedro Rifo Cuadra; un set de ocho fotografías del sitio del suceso y de las especies y droga incautadas; acta de Recepción Decomisos Ley N° 20.000 N° 1088, de fecha 19 de mayo de 2016; Oficio Reservado N° 1.466 de fecha 14 de junio de 2016 del Jefe Unidad de Decomiso y Laboratorio del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota; Informe Técnico de Cannabis Sativa de la Asesoría Jurídica de la Unidad de Decomiso y Laboratorio del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota; Acta de destrucción N° 9, Decomisos Ley N° 20.000, de fecha 27 de mayo del 2016, y disponga la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Segundo: Que, de lo expresado en el recurso, aparece que las infracciones denunciadas se habrían producido —en concepto de la defensa— porque la detención 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 de las que carecía.

Tercero: Que, como ya ha sostenido esta Corte Suprema en los pronunciamientos SCS rol N° 4653-2013, de 16 de septiembre de 2013, y SCS rol N° 11767-2013, de 30 de diciembre de 2013, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía con 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).

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 4°, 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 —en la redacción vigente a la fecha del delito pesquisado— 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, 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 situación de flagrancia, señalando que se halla 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.

Es necesario tener en cuenta, además, que la entrada y registro configura un caso en que se restringen o perturban los derechos de los ocupantes de un domicilio, motivo por el cual la ley contempla precisas condiciones para su realización, en los artículos 205 y 206 del Código Procesal Penal. Así, es procedente esta medida en los casos en que se presumiere que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investiga se encontraren en un determinado lugar cerrado, pudiendo practicarse cuando el propietario o encargado del lugar consienta expresamente, o bien cuando se obtenga autorización del juez, en el caso en que no se cuente con dicho permiso. Adicionalmente, esta actuación puede ejecutarse sin el consentimiento ni la autorización antes indicados, en el caso de llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes que indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

Es preciso tener en consideración que en el caso en que la diligencia se

realice con la anuencia del propietario o encargado, la ley obliga al funcionario que la practica a individualizarse y a entregar un certificado que acredite el hecho, la indicación de los funcionarios que la hubieren realizado y de aquel que la hubiere ordenado. A su turno, cuando la entrada y registro requiera autorización judicial, ésta debe ser pedida por el fiscal, quien debe informar al juez los motivos de la negativa del encargado o propietario del sitio y por regla general debe efectuarse entre las 06:00 y las 22:00. Por su parte, la orden debe señalar el o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados; el fiscal que lo hubiere solicitado; la autoridad encargada de practicar tal registro, y el motivo, teniendo una vigencia máxima de diez días (artículo 208 del Código Procesal Penal).

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.

Al efecto, este tribunal ha señalado reiteradamente que 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 mayo de 2016, aproximadamente a las 14:00 horas, personal de Carabineros recibió una denuncia interpuesta por Harry Alberto Ferrada Vilches, quien manifestaba que en los momentos en que se encontraba al interior del Hospital de Quintero había sido víctima del robo de su billetera, dando una descripción de las características del autor del ilícito.

Producto de lo anterior, se efectuó una búsqueda por las inmediaciones del hospital, sorprendiendo en calle Arturo Prat a la altura de calle Aránguiz Tudela a Franco Antonio Sagredo Flores, quien respondía exactamente a la descripción dada por Ferrada respecto del autor del robo, dándose cuenta el personal

policial que portaba en su mano derecha un envoltorio de papel de diario contenedor de *Cannabis sativa*, manifestando Sagredo Flores que dicho paquete se lo acababa de comprar al acusado Ferrada Vilches en el interior del hospital en la suma de \$ 20.000, pero que no lo había pagado, razón por la que había huido del lugar.

Como consecuencia de los dichos del supuesto autor del robo, los funcionarios policiales retornaron al hospital y entrevistaron al acusado Ferrada Vilches respecto al robo que acabada de denunciar, reconociendo la falsedad de la denuncia y la efectividad de lo manifestado por Sagredo Flores, indicando además que en su domicilio de calle Hernando de Magallanes N° 786 de la comuna de Quintero mantenía más droga, autorizando y permitiendo a Carabineros el ingreso a éste ese mismo día, quienes descubrieron en el interior de unas cajas de zapatillas y una bolsa con *Cannabis sativa* a granel, que arrojó un peso neto de 339 gramos”.

Acto seguido, los mismos jueces en el apartado decimocuarto señalaron, haciéndose cargo de las alegaciones de la defensa, que de los testimonios de los carabineros Gutiérrez, Henríquez y Maldonado no se desprende que hubiesen conculcado derechos procesales fundamentales, en perjuicio del encausado, por cuanto, según se pudo establecer, en un primer momento, dichos policías fueron llamados a intervenir en un procedimiento por robo de una billetera, denunciado por una persona, el acusado Harry Ferrada Vilches, que se hallaba en el hospital de Quintero,

quien mantuvo dicha calidad durante su primer encuentro con la patrulla, la que se apersonó al recinto asistencial, lugar donde recibieron la versión de este presunto afectado y les otorgó las características físicas y de vestimenta de quien decía había sustraído su billetera, por lo que la patrulla inició la búsqueda del individuo denunciado, el que, al ser hallado en la vía pública, fue sorprendido llevando en su mano, un envoltorio con una sustancia, con apariencia de marihuana, y que decía haber adquirido en el hospital, lugar del que había huido, sin pagar el precio de la droga. Ante tal hallazgo, resultaba atendible el que Carabineros regresara hasta el hospital donde habían contactado a Ferrada e indagasen con éste la efectividad de lo que acababan de enterarse, esto es, de que estaban ante una falsa denuncia, pues el eventual ladrón era en realidad el comprador de droga, lo que debía ser corroborado, por cuanto había imputaciones cruzadas, sólo constando el descubrimiento de una sustancia vegetal, con apariencias de marihuana, y que se decía adquirida recientemente, en un recinto público asistencial. Sin embargo, Carabineros, en ese momento, no tenía la certeza de la efectividad de lo que Sagredo Flores estaba señalando, por lo que la detención del encausado no se produjo de inmediato, pese a que de manera espontánea éste confirmara la venta de droga, sino una vez constatada la existencia de otra cantidad de droga al interior de su domicilio, lugar al que accedieron una vez firmada la correspondiente acta de entrada y registro por parte de Ferrada.

Para sustentar tales conclusiones, los sentenciadores expresan que el artículo 83, letra b), del Código Procesal Penal, faculta a detener en casos de flagrancia, llevándose a cabo un procedimiento policial en contra de este último, una vez que se descubriera en su domicilio una mayor cantidad de marihuana, tal como lo había adelantado de manera espontánea, al tener que dar cuenta de su falsa denuncia de robo, añadiendo que había vendido la marihuana encontrada en poder de Sagredo, misma que admitió tener en su morada, sin que le fuera requerido expresamente por los funcionarios de Carabineros, concurrentes al juicio.

Sexto: Que, así las cosas, aparece que los funcionarios policiales tomaron conocimiento, por los dichos de la persona sindicada como autor de un robo, que el denunciante le había vendido la droga que portaba, pero que no le pagó y por tal razón había efectuado la denuncia, conforme a ello se dirigieron al hospital a fin de aclarar tal situación, procediendo a interrogar a Ferrada Vilches, quien admitió los hechos y señaló que tenía más droga en su domicilio.

Conviene en esta parte aclarar que la diligencia descrita, esto es, que funcionarios policiales aclararan la imputación realizada, en ningún caso puede tener como finalidad obtener confesiones o declaraciones inculpativas del supuesto vendedor o proveedor de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, sino únicamente verificar los términos de la denuncia.

En el caso *sub lite*, los funcionarios policiales, en vez de informar al Ministerio Público de la situación que enfren-

taban, de manera que el fiscal, como director exclusivo y responsable de la investigación, decidiera su curso posterior, concurren al lugar donde se encontraba Ferrada Vilches, originalmente víctima de un delito de robo de una billetera, y ahora sindicado como vendedor de la droga que portaba una persona, esta vez para lograr información sobre las denuncias efectuadas, en especial la sustracción de la billetera y la venta de droga, obteniendo el reconocimiento de aquél sobre esta última circunstancia y la manifestación de que tenía más droga en su domicilio, por lo que le solicitaron que permitiera voluntariamente el ingreso y registro del inmueble. De esta secuencia de hechos dan cuenta los propios testigos de cargo, según se lee en el fallo, la que por lo demás no fue discutida por el representante del Ministerio Público en la vista de la causa.

Pues bien, esos antecedentes, obtenidos por los policías con ocasión de haber controlado e interrogado a la persona sindicada como autor de un robo, debían ser aquilatados y examinados por el fiscal, para efectos de determinar las diligencias que debían practicar los funcionarios a fin de verificar la comisión de los hechos denunciados y la identificación de sus partícipes, así como también, en ese estadio del procedimiento, sólo al fiscal le cabía decidir si ese antecedente –sindicación de la venta de droga por parte del comprador autorizaba que se procediera a la interrogación del acusado y obtener de éste la autorización para el ingreso voluntario, o recabar más antecedentes –indicando en ese caso las diligencias pertinentes–, o pedir una autorización

judicial para tal efecto o, incluso, remitir todos los registros de lo actuado al Ministerio Público sin realizar ninguna otra pesquisa.

Así las cosas, los agentes policiales se arrogaron ilícitamente una decisión que la ley reserva privativamente al Ministerio Público y conjuntamente ejecutaron pesquisas a espaldas de dicho organismo, tiñendo de ilicitud todo lo actuado en esas condiciones. Esta ilicitud reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos, pues tuvo como corolario que todo lo obrado con posterioridad a la información obtenida de la persona sindicada como autor de un robo se desarrollara por los policías totalmente al margen de la supervisión y dirección del fiscal responsable de la investigación, el que, al permanecer ignorante de esas actuaciones, no pudo evitar que las mismas se concretaran, o participar y supervisar directamente su ejecución, o al menos entregar las directrices o verificar que se tomaran los resguardos necesarios para que esas actuaciones –solicitud de autorización para el ingreso, toma de declaración, entrada al recinto y recogida de evidencia, etc.– se materializaran de forma tal que con ellas o mediante ellas no se vulneraran garantías o derechos fundamentales de la imputada o terceros, tal como denuncia el recurso. En síntesis, contra el imputado se llevó a cabo una investigación que en su parte sustancial y decisoria quedó al arbitrio de agentes estatales diversos de aquellos en quienes la ley radica la dirección y responsabilidad de la investigación y, por tanto, en manos de agentes no vinculados por el principio de objetividad que rige las actuaciones

de los fiscales del Ministerio Público, sometiendo por tanto al encartado a un procedimiento irracional e injusto, proscrito por nuestra Carta Fundamental.

Séptimo: Que, en conclusión, el actuar policial en análisis constituye una patente violación al derecho a una investigación racional y justa que garantiza el artículo 19, N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente, que precisamente tiene por objeto legitimar la actuación policial en su labor de recopilación de antecedentes que más tarde puedan servir de sustento a un pronunciamiento condenatorio.

A resultas de lo verificado, toda la evidencia de cargo obtenida con posterioridad a la identificación y control de la persona sindicada como autor de un delito de robo, adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra el imputado, por lo que el recurso será acogido y, para que la corrección de los vicios cometidos sea completa, se ordenará la realización de un nuevo juicio oral, con prescindencia de toda la prueba afectada por ilicitud.

Por estas consideraciones, y de acuerdo, además, a lo prevenido en los artículos 373, letra a), y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad planteado por la defensa de Harry Alberto Ferrada Vilches y, en consecuencia, se invalida la sentencia de seis de septiembre de dos mil diecisiete y el juicio oral que le antecedió en el proceso

RUC N° 1600461503-8, RIT N° 103-2017 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de los funcionarios de Carabineros Luis Eduardo Henríquez Estay, Sebastián Gutiérrez Rojas, Leandro Maldonado Gómez y Ricardo Gutiérrez Sánchez, además de la declaración de Franco Antonio Sagredo Flores; de la prueba pericial consistente en el informe de estupefacientes N° 932, de fecha 27 de mayo de 2016, del Laboratorio de Análisis de Estupefacientes del Servicio de salud Viña del Mar-Quillota, elaborado por el perito químico farmacéutico don Pedro Rifo Cuadra; informe cannabis sativa (Anexo 8), elaborado por el perito químico farmacéutico don Pedro Rifo Cuadra, con domicilio en Calle 21 Norte, Esquina Calle 7, S/N, Santa Inés, Viña del Mar; un set de ocho fotografías del sitio del suceso y de las especies y droga incautadas; Acta de Recepción Decomisos Ley N° 20.000 N° 1.088, de fecha 19 de mayo de 2016; Oficio Reservado N° 1.466 de fecha 14 de junio de 2016 del Jefe Unidad de Decomiso y Laboratorio del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota; Informe Técnico de Cannabis Sativa (Anexo 13) de la Asesoría Jurídica de la Unidad de Decomiso y Laboratorio del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota; Acta de destrucción N° 9, Decomisos Ley N° 20.000, de fecha 27 de mayo del 2016.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Blanco y Valderrama, quienes estuvieron por rechazar

el recurso de nulidad de que se trata, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1°) Que, respecto de las circunstancias que motivaron las actuaciones policiales cuestionadas, no existe controversia entre los intervinientes en orden a que los funcionarios policiales, en virtud de una denuncia por el robo de una billetera, efectuaron un control de identidad a la persona sindicada como autor del ilícito, quien portaba en una de sus manos un envoltorio que contenía droga, el que manifestó que la había comprado precisamente al denunciante, pero que se había ido sin pagar, por lo que concurrieron al lugar donde se encontraba el acusado, quien manifestó la efectividad de lo expresado por el sujeto, indicando que mantenía más droga en su domicilio, por lo que autorizó el registro del mismo, encontrándose en su interior sustancias estupefacientes y, por ello, procedieron a su detención.

En ese contexto, las máximas de la experiencia permiten lógicamente vincular directamente la conducta del sujeto con la comisión de un delito, pues una persona que porta droga y manifiesta que otra se la vendió, la que precisamente lo denunció por el delito de robo, explicando que tal denuncia se efectuó porque no pagó la droga y luego, al concurrir al lugar donde estaba el denunciante, éste reconoció el hecho relatado por el comprador, manifestando que en su domicilio había más droga y autorizando el registro del mismo. Todo lo cual constituye una hipótesis de flagrancia, de este modo, la policía se encontraba ante la situación ya

descrita –delito flagrante–, por cuanto el comprador de la droga identificó al vendedor, quien reconoció este hecho y, al concurrir en el acto a su domicilio, autorizados por el propio imputado, hallaron sustancias estupefacientes, los que constituyen indicios de la perpetración de un tráfico ilícito de droga, y, consecuentemente, al tenor de lo previsto por el artículo 83 del Código Procesal Penal, era posible también efectuar las primeras diligencias para empadronar testigos y resguardar el sitio del suceso.

2°) Tiene relevancia recalcar que lo constatado por los funcionarios policiales permitía, en forma inmediata, practicar la detención en flagrancia, dado lo ostensible que resulta un delito de tráfico cuando el comprador de droga identifica a su vendedor y éste reconoce voluntariamente tal hecho. De esta manera, los policías, ya sea previo control de identidad o procediendo directamente a la detención en situación de flagrancia, podían concurrir al domicilio del imputado, por cuanto éste les manifestó que tenía más droga y autorizó el registro del inmueble, además podían resguardar el sitio del suceso procurando mantener intactas las evidencias que se encontraban en el lugar, tomar fotografías y recibir la declaración voluntaria de quienes se encuentren presentes o lleguen en forma posterior al lugar.

De todo lo antes explicado es posible concluir que las diligencias realizadas por los funcionarios policiales en la pesquisa del delito por el cual fue condenado el acusado se ajustó a los márgenes

otorgados por la ley, cuestión que implica que tanto la restricción y posterior privación de libertad de que fue objeto como las actuaciones investigativas efectuadas no significaron una vulneración de sus garantías, consagradas en la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales a la normativa legal que los rige, ya que las pruebas obtenidas en tales actuaciones dieron cuenta de la comisión de hechos ilícitos, las que han podido ser válidamente incorporadas en juicio y valoradas positivamente por los sentenciadores para fundar la decisión de condena.

3° Que cabe señalar, a mayor abundamiento, que el procedimiento policial fue ejecutado en cumplimiento de los deberes que el artículo 83 del Código Procesal Penal impone a las policías, al ser obligatoria su intervención en atención a los indicios constatados sobre la comisión de un delito en instantes inmediatos a su perpetración, sin que las restantes actuaciones realizadas, tendientes a identificar o tomar contacto con el ofendido, se tradujeran en lesión de alguno de los derechos y garantías que el orden procesal reconoce a los imputados.

Regístrese y devuélvase.

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

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Ricardo Blanco H., Andrea María Muñoz S., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O.

Rol N° 39420-2017.