

## 8. DERECHO PENAL - CORTE SUPREMA

### MICROTRÁFICO

ACTUACIÓN DE LA POLICÍA, POR REGLA GENERAL, SE REALIZA BAJO LAS INSTRUCCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. DENUNCIA ANÓNIMA NO COMUNICADA AL FISCAL. CONTROL DE IDENTIDAD PRACTICADO FUERA DE LAS HIPÓTESIS LEGALES. IMPROCEDENCIA DE LA ACTUACIÓN AUTÓNOMA DE LA POLICÍA. ILEGALIDAD DE LA PRUEBA RECOGIDA CON OCASIÓN DE LA ACTUACIÓN AUTÓNOMA DE LA POLICÍA Y DE LA PRUEBA DERIVADA DE ELLA

### HECHOS

*La defensa del condenado como autor del delito de microtráfico interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal. Funda su recurso en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. El Máximo Tribunal acoge el recurso, constatando la infracción de la garantía del debido proceso en el control de identidad que terminó con la detención del sentenciado*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (acogido)*

ROL: *1946-2015, de 23 de marzo de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Moisés Nazar Déllano”*

MINISTROS: *“Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R”.*

### DOCTRINA

- I. *Del examen de los artículos 80, 83, 84, 85, 86 y 130 del Código Procesal Penal se desprende que la regla general de la actuación de la policía es que se realiza 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 de la que se derive restricción de derechos. Dicha regulación trata 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. En cuanto se trata de una 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 (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *En la especie, los funcionarios policiales, recibida la denuncia, no informaron al fiscal de turno, sino decidieron verificar primero antecedentes en la calle, sin que aparezcan razones evidentes y de urgencia por las cuales omitieron el aviso inmediato a la autoridad correspondiente, que era la actuación pertinente. Constituidos los funcionarios en el lugar que se les indicó en la denuncia anónima, se encontraron con una persona que correspondía a las características dadas por el denunciante desconocido, sin apreciar de manera alguna la conducta descrita en la comunicación, la venta de droga, por lo que decidieron realizar el control de identidad cuestionado por la defensa, del cual obtuvieron la confirmación de la información dada. Esto último no valida el procedimiento efectuado, toda vez que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales 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. Lo anterior porque sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo (considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *Conforme lo expresado, sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada y que, por cierto, no prestó declaración tampoco en el juicio y no fue individualizada por los agentes policiales en sus declaraciones, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no se tenía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho*

*aludido en la denuncia, por lo que, en realidad, siempre correspondió dar cumplimiento al artículo 83 del Código precitado, en orden a comunicar al fiscal la existencia de la denuncia. Por otra parte, no es posible considerar que se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba cometiendo el delito en ese momento (considerandos 9° y 10° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- IV. *Por consiguiente, por no haber constatado directamente indicio alguno de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado al debido proceso, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento 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, las fotografías, pericias y testimonios que hayan derivado de tal indagación. En este sentido, aunque los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal 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. De este modo, cuando los magistrados de la instancia valoraron en el juicio y en la sentencia los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción del derecho al 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 (considerandos 11° y 12° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- V. *(Voto disidente) Acordada contra el voto del Ministro señor Dolmestch, quien fue del parecer de desestimar el recurso deducido al considerar que en la especie concurren los elementos propios de la actuación policial en situación de flagrancia, al constituir la denuncia anónima recibida un indicio suficiente que valida la actuación funcionaria que se ha cuestionado, de manera que no es posible formularse reproche alguno a su respecto, toda vez que los referidos oficiales actuaron en cumplimiento irrestricto de las cargas que les impone la ley procesal en el desempeño de sus funciones.*

*Cita online: CL/JUR/1700/2015*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 80, 83, 84, 85, 86, 130, 373 letra a) del Código Procesal Penal.*

EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA O VALORACIÓN.  
COMENTARIO A PROPÓSITO DE LA SCS,  
DE 23 DE MARZO DE 2015, ROL N° 1946-2015

RAÚL A. BALDOMINO DÍAZ  
*Juez Titular de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal*

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Con fecha veintiuno de enero de dos mil quince, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en la causa RUC N° 1300370142-K, RIT N° 44-2.014, dictó sentencia condenando al acusado de iniciales MAND como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades, en grado de consumado.

La sentencia definitiva fue impugnada por la defensa del sentenciado, invocando la causal de nulidad del artículo 373, letra a) del Código de Procesal Penal, reclamando infracción sustancial a los derechos o garantías constitucionales, por habersele interrogado a su representado fuera del marco de la ley, obteniéndose evidencia incriminatoria en su contra.

La sala penal de nuestra Corte Suprema ha acogido el recurso de nulidad planteado por el defensor, indicando los siguientes razonamientos principales:

a) *Actuaciones de investigación sin autorización de la fiscalía.* El Código Procesal Penal establece un cierto nivel de autonomía en las diligencias de investigación de parte de las policías, pero la regla general es que aquellas están sujetas a la dirección y responsabilidad del Ministerio Público o de los jueces. El artículo 83 de dicho Código indica taxativamente los casos en que las fuerzas policiales pueden actuar sin orden previa o instrucción particular de los fiscales. El artículo 84, a su vez, impone la obligación a las policías de informar al Ministerio Público de toda denuncia recibida, realizando cuando corresponda las actuaciones previstas en el artículo 83.

b) *Denuncia anónima y falta de indicios.* Los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal establecen las condiciones en que se puede efectuar un control de identidad, sin orden previa de los fiscales, siempre que existan indicios de que se ha cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; que se dispusiese a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad, facultándose el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona siempre que estemos en presencia de una hipótesis de flagrancia del artículo 130 del mismo código (considerando 4°). Esta regulación busca conciliar una efectiva persecución e investigación de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos (considerando 5°). Se discrepa del criterio del tribunal *a quo* que consideró suficiente indicio para un

control de identidad la existencia de un llamado telefónico anónimo, denunciando a una persona como vendedora de drogas, por lo que si la policía al llegar al lugar indicado no vio conducta alguna de tráfico, más si no avisaron al fiscal de turno, y sólo proceden a ejercer el control porque el sospechoso se correspondía con las vestimentas que les habían entregado en la denuncia anónima (considerando 7º), ya que al momento de concurrir al lugar carabineros no tenía indicio alguno (más allá de dicha denuncia anónima) que se cumplieran los presupuestos del artículo 85, por lo que siempre debió pedir autorización al fiscal (considerando 9º), actuando entonces fuera del marco legal y vulnerando los derechos y garantías constitucionales del imputado, de modo que la evidencia levantada resultó ser ilícita, y toda la prueba derivada.

c) *El respeto del debido proceso, invita a los jueces a no apreciarlo libremente, sino conforme a presupuestos de legitimidad para la emisión de su pronunciamiento*, citando al efecto la regla del artículo 276, inciso 3º, del Código Procesal Penal (considerando 8º). La convicción del juez no puede emanar de la prueba rendida en juicio, si su origen es ilícito (considerando 11º). De tal manera, al valorar los antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurre en una materialización de la infracción a las garantías constitucionales que aseguran su derecho a un debido proceso, ya que los justiciables tienen derecho a que la sentencia que se les dicte sea resultado de una investigación y procedimiento racional y justo (considerando 12º).

El objeto de este comentario es analizar las tres problemáticas tratadas en el fallo que da origen al mismo, pero que pueden resumirse en dos áreas, fusionando los dos primeros temas en uno solo. Es decir, los alcances permitidos para la actuación de las policías y la posible construcción de prueba ilícita cuando se exceden, por una parte; y, por la otra, la (im)posibilidad de que un Tribunal de Juicio Oral deje de valorar prueba autorizada en el auto de apertura por estimar que puede tener ilicitud en su origen.

## II. EXAMEN DE LA DISCUSIÓN JURÍDICA Y COMENTARIO

Dado que el Derecho penal constituye la respuesta más violenta del Estado de Derecho en contra de los actos ilícitos de los ciudadanos, afectando sus derechos más intrínsecos tanto en la persecución de los delitos como en su castigo, es que existe consenso que para la legitimación del sistema se deben erigir una serie de reglas procedimentales que reduzcan el actuar del Estado en la investigación de estos hechos, de manera tal que la afectación de los derechos de las personas sólo alcance niveles aceptables por la sociedad toda. Por ello, es que nuestro Código Procesal Penal, en la búsqueda de la verdad y la seguridad jurídica, ha establecido reglas para la investigación de los delitos. Lo lógico es que a mayor información mejor debiera ser la decisión de los jueces encargados de resolver el asunto, sin embargo la recopilación u obtención de esta información, a través de la presen-

tación de medios de prueba, debe tener límites para respetar los derechos de las personas a tener un juicio justo y racional como indica nuestra Carta Fundamental. Lo anterior, dado que la investigación de la verdad no es un valor absoluto, sino que se halla limitado por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho<sup>1</sup>. Y, en ese sentido, nuestro legislador ha establecido como filtro para la admisibilidad de la prueba que los medios de prueba a rendir en juicio no pueden haber sido obtenidos con infracción de derechos fundamentales ni provenir de actuaciones que hayan sido declaradas nulas; cualquier medio de prueba que infrinja algunos de estos límites es considerado prueba ilícita<sup>2</sup>. Tales derechos fundamentales deben ser entendidos como derechos de defensa frente al proceso penal que se puede incoar en su contra, y por ende el proceso penal debe buscar equilibrar por un lado la búsqueda de la verdad y, por otra parte, el respeto de los derechos de las personas, puesto que esa búsqueda no puede ser realizada a cualquier precio, si con ello se afecta la libertad de las personas<sup>3</sup>.

La licitud de la prueba tiene su origen, entonces, en la necesidad que el juzgamiento penal se enmarque en un ámbito de licitud del actuar de los órganos de persecución penal y de sus auxiliares. El Estado en su actuar, para estar legitimado, tiene que demostrar una superioridad moral respecto de aquel a quien juzga por comportarse ilícitamente, y por ello debe adecuar su proceder a un correcto debido proceso, porque sólo así el proceso penal gozará de confianza y respeto de parte de sus ciudadanos.

Como muy bien señala el fallo en análisis, las policías sólo pueden realizar diligencias tendientes a la determinación de la existencia de un delito y participación de los responsables con autorización del fiscal del Ministerio Público, actúan bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales, conforme a las instrucciones que éstos les entreguen; y en ocasiones incluso se requiere, además, de autorización judicial. Por ende, la regla es que si la policía no actúa autorizada por estos órganos, su actuar es ilegal, dañando la prueba o evidencias obtenidas de esta manera, salvo en los casos en que la ley le permite actuar sin requerir dichas autorizaciones previas.

---

<sup>1</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel, La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, (Navarra, 2000), p. 29. HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Chileno, tomo II, (Santiago, 2004), p. 173 y s.

<sup>2</sup> Entre otros, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, (Santiago, 2005), pp. 43 y ss.; COLOMA CORREA, Rodrigo, Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno, en COLOMA CORREA, Rodrigo (editor), La prueba en el nuevo proceso penal oral (Santiago, 2003), pp. 15 y ss.; FERRER BELTRÁN, Jordi, La prueba es libertad, pero no tanto; Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana, en ACCATINO, Daniela (coordinadora), Formación y valoración de la prueba en el proceso penal, (Santiago, 2010), pp. 10 y s.

<sup>3</sup> HASSEMER, Winfried, Crítica al derecho penal de hoy, (Buenos Aires, 2003), p. 87.

Lo anterior, lleva a plantearnos una serie de preguntas, a saber:

¿Puede la policía justificar el control de identidad en la intuición u olfato policial? Ya nuestra jurisprudencia ha indicado que el “olfato o experticia policial” no constituye indicio. Si se funda en aquel, su actuación se trataría de una actuación arbitraria de la policía que no se funda en antecedentes objetivos<sup>4</sup>. La intuición o experiencia policial, entonces, debe ser fundada por los agentes en algún elemento observado que permita a los jueces entender que había indicios que justificaban la realización del control de identidad, y aquellos indicios deben entonces valorarse.

¿Basta un indicio o se requiere que sea “fundado”? En mi concepto, para cumplir con lo establecido en el artículo 85 precitado, los indicios deben fundarse en conductas concretas de un individuo, dentro de un contexto situacional dado, que permitan al funcionario policial suponer su participación en la ejecución de un ilícito penal; debe haber una conducta sospechosa más otros indicios, como hora y lugar, que hagan presumir la comisión de un ilícito, sin considerar criterios fundados en el aspecto personal del sujeto, origen, condición social, religiosa o lugar de domicilio. Por eso es que la existencia de un indicio no es suficiente por sí sola, si no puede calificarse de “fundada”. El carabinero o policía debe poder explicar qué fue lo que motivó su actuar, hacer comprensible su razonamiento.

En el caso de autos, los carabineros no vieron ninguna conducta de tráfico de parte del sospechoso, por lo que la sola llamada anónima entregando información no pudo ser corroborada, siendo así las cosas, los funcionarios habilitados no estaban autorizados para efectuar registro alguno a las vestimentas del acusado al no contar con un indicio fundado que los habilitara para aquello.

¿Habilita el control de identidad para mantener retenido al afectado mientras se investiga si se ha cometido un delito? No, el control de identidad se acaba cuando el sujeto afectado se identifica con algunos de los medios autorizados por el legislador. Si no puede hacerlo, se le trasladará a la unidad policial más cercana para aquello; sin embargo, una vez identificado, debe necesariamente dejárselo en libertad. Si a esa altura el delito aún no está suficientemente probado en términos policiales, deberá la policía dejarlo en libertad y, luego buscarlo, si recaba antecedentes que permitan imputarle al sujeto alguna participación en aquel.

¿Puede la policía registrar vehículos sin orden judicial previa? El inciso 2º del artículo 85 autoriza el registro de vehículos sin autorización judicial previa, pero siempre dentro del contexto del inciso 1º del mismo artículo, es decir, con indicios previos que lo permitan. De lo contrario, aquello no es posible. En el mismo sentido, el artículo 89 lo autoriza ante indicios que permitan estimar que oculta objetos importantes para la investigación, aunque esta segunda norma se

<sup>4</sup> SCA de Antofagasta, rol N° 279-2007, de fecha 27 de diciembre de 2007.

refiere a la detención tanto en situación de flagrancia como en cumplimiento de una orden de detención.

¿Puede practicarse el control de identidad en el marco de una investigación criminal en curso? Esta es quizás la hipótesis más compleja de dilucidar, y que ha tenido diversas soluciones jurisprudenciales. Si ya existe una investigación criminal iniciada a nivel de fiscalía, pareciera que ya existen antecedentes respecto de la identidad de los sujetos investigados, es más, muchas veces la policía ya los conoce por otras investigaciones previas; sin embargo, a mi juicio, la verdad es que no existen razones legales de texto que impidan a Carabineros o la Policía de Investigaciones realizar un control de identidad apoyado de un registro de vestimentas, equipaje o vehículo cuando dicho control estaba debidamente autorizado por indicios concretos de aquellos exigidos por el inciso 1° del artículo 85 antes citado. Lo que quiere el legislador es que la policía no realice diligencias de investigación sin autorización del fiscal de la causa, lo que implica que necesariamente deba existir una investigación criminal, aunque sea iniciándose, y no se observa cómo aquello puede afectar gravosamente los derechos del ciudadano investigado.

Teniendo lo anterior claro, cabe preguntarse cómo lo hizo la sentencia en comentario, si la policía puede actuar por sí sola, sin comunicar una denuncia al fiscal. Frente a esta posibilidad, debemos tener presente que ya nuestra Corte Suprema ha indicado que si alguna de las policías recibe una denuncia y comienza a realizar actos destinados al esclarecimiento de los hechos, sin comunicar previamente esta denuncia al fiscal de turno para pedir instrucciones, incurre en ilegalidad en su actuar, y por ende la prueba obtenida conforme a este actuar ilegal deviene en ilícita<sup>5</sup>. Principio que, parece ser, requiere ser moderado o acotado un poco, porque no toda primera diligencia de averiguamiento de la existencia de un delito va a ser ilícita, depende de que con aquella se vulnere algún derecho. Es posible sostener que un funcionario policial antes de llamar a un fiscal, concurra al lugar donde se estaría produciendo un delito, y aplicando técnicas de vigilancia propias de la especialidad pueda averiguar si hay méritos de seriedad en la denuncia recibida y, en ese caso, llamar a un fiscal para pedir instrucciones; la aplicación sin excepciones de la exigencia de informar toda denuncia, generaría un exceso de trabajo y pérdida de tiempo útil al órgano persecutor. Por ende, este actuar autónomo de investigación, a mi juicio, sólo generará ilicitud de prueba si las primeras diligencias de “averiguación” generan la producción de algún medio de prueba, pero no cuando se limite a corroborar primeros antecedentes para ser presentados ante el Fiscal que instruirá la investigación.

No debe olvidarse jamás que el Ministerio Público puede hacer delegación de sus facultades de investigación incluso con anterioridad a la investigación de un

---

<sup>5</sup> SCS rol N° 2573-2012 y SCS rol N° 11.513-2011.



caso específico, como lo autoriza el artículo 87 del Código Procesal Penal, mediante pautas generales de actuación, y una de ellas es precisamente que las policías recaben información preliminar que haga, al menos, plausible cualquier denuncia que reciban, como para plantear al fiscal el inicio de una investigación, estandarizando de esta manera prácticas específicas por grupos de delitos.

En consecuencia, a mi juicio, en el caso de autos la sentencia de la Corte Suprema es correcta al considerar que el actuar de carabineros no se ajustó a derecho, y por ende todo su proceder debe ser anulado por infracción a las garantías procesales del imputado, debiendo excluirse las sustancias que le fueron encontradas en su poder al acusado. Sin embargo, las declaraciones aportadas por el detenido una vez conducido al recinto policial no pueden ser consideradas *per se* una evidencia obtenida producto de la ilegalidad de la detención por falta de indicios fundados, debiendo analizarse caso a caso el alcance de estas declaraciones, y por ende los dichos de aquellos que las presenciaron. El artículo 91 del Código Procesal Penal regula las siguientes situaciones: a) la policía sólo puede “interrogar” al detenido en presencia de su defensor; b) si el defensor no está presente, y el detenido quiere declarar, debe ser llevado ante el fiscal para que aquel le tome declaración; c) si el detenido quiere declarar, sin la presencia de su defensor, y el fiscal no puede tomarle la declaración, la policía no puede interrogarlo, sólo “consignar sus declaraciones”, es decir, la policía no puede hacerle preguntas. La primera y tercera hipótesis son bien distintas, no es lo mismo tomar declaración que consignar declaraciones, y en el caso que resolvió la Corte Suprema se indica que se interrogó al acusado respecto del origen de la droga, situación para la cual no estaban facultados los policías, lo que significó una segunda infracción o vulneración de los derechos del imputado, que se suma al control de identidad y registro sin indicios que lo autorizaran. Ahora, si bien es cierto que estas restricciones a la toma de declaración del imputado son obligatorias para las policías, no es menos cierto que al estar formuladas en beneficio del encausado, aquel podría renunciar a ellas y decidir declarar, pero dicha renuncia expresa debe ser libre e informada, lo que al parecer no ocurrió en el caso resuelto por el máximo tribunal que dio origen a este comentario.

Conforme al enunciado *iudicii tota vis in probatione inest*<sup>6</sup>, la razón de ser del juicio oral contravencional recae en la rendición de la prueba y en la valoración que hagan de aquella los jueces encargados de su resolución.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297, inciso 2º, del Código Procesal Penal, el Tribunal en su sentencia definitiva debe hacerse cargo de toda la prueba producida en el juicio, lo que significa una clara prohibición para el sentenciador de excluir prueba cuya incorporación ha sido permitida en el auto de apertura

<sup>6</sup> Toda la fuerza del proceso está en la prueba.

de juicio oral. Tal es esta obligación de “valorar toda la prueba rendida”, que no hacerlo implica incurrir en un motivo absoluto de nulidad, conforme lo dispone el artículo 374, letra e), del Código Procesal Penal. Sin embargo, nuestra Corte Suprema en el fallo que da origen a este comentario ha indicado que los jueces debieron rechazar la validez de los medios de prueba que fueron obtenidos con infracción a los derechos fundamentales del acusado, indicando que no debió ser siquiera considerada la prueba que emana de un procedimiento viciado.

Frente a la contundencia de las dos normas precedentemente citadas, y ante la decisión del máximo tribunal del país, corresponde hacerse la pregunta acerca de ¿qué sistema ha establecido nuestro legislador para proteger los derechos de los imputados frente al actuar ilegal o ilícito de los órganos de persecución penal y sus asistentes? A mi juicio, no puede caber dudas que el legislador penal ha establecido tres momentos distintos, la audiencia de control de la detención, en la cual el juez de garantía puede declarar ilegal aquella y todo lo obtenido con ocasión de la misma, desestimando su utilización para fundar medidas cautelares o intrusivas; la audiencia de preparación de juicio oral, en la cual se habilita al juez para hacer un examen de admisibilidad (licitud) de la prueba, pudiendo excluir aquella prueba que estima pueda ser considerada ilícita, ya sea porque se infringieron derechos fundamentales del acusado en su obtención, o porque provienen de diligencias declaradas nulas; el tercer momento, es el recurso de nulidad interpuesto para ante la Excelentísima Corte Suprema, que habilita a dicho tribunal para excluir prueba. Es decir, el legislador le ha encomendado esta labor a los Jueces de Garantía, cuya labor primordial es velar porque los órganos de persecución penal no afecten los derechos y garantías de las personas, y la Corte Suprema, que como órgano superior jerárquico es el único habilitado para declarar ilícito un medio de prueba incorporado al auto de apertura de juicio oral y ordenar su exclusión del mismo, para el desarrollo de un nuevo juicio oral.

¿Tienen esa facultad de exclusión de medios de prueba los jueces de un Tribunal de Juicio Oral? A mi juicio no, porque en materia de derecho público, y sobre todo en materias de competencias y atribuciones, ya que conforme al principio de legalidad<sup>7</sup>, no se puede hacer nada que vaya más allá de lo estrictamente permitido, y no existe en nuestro Código Procesal Penal una norma que habilite aquello. El uso de estas atribuciones de exclusión es de derecho estricto, sólo los jueces de garantía y la Corte Suprema están facultados para excluir prueba ilícita.

Los artículos 131 y siguientes del Código Procesal Penal regulan esta situación, cuando por primera vez se judicializa una causa en caso de detención frente a un delito flagrante, generándose la audiencia de control de la detención que tiene por finalidad proceder al control de legalidad de dicha detención, lo que

---

<sup>7</sup> Artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República.

significa la posibilidad de que el Juez declare ilegal la misma si estima que no concurrían los requisitos para su producción. Si bien esta declaración de ilegalidad no impide que el fiscal pueda formalizar al imputado o pedir a su respecto medidas cautelares, claramente esta determinación judicial acerca de la calidad de legal o ilegal de la detención influenciará la decisión del juez respecto de la pertinencia de las medidas cautelares que se soliciten, cuando aquellas se funden en los antecedentes obtenidos precisamente en esta diligencia declarada legal o ilegal, según sea el caso<sup>8</sup>.

Si el juez de garantía declaró ilegal la detención, ¿eso transforma en ilícitas *per se* las pruebas o evidencias obtenidas o levantadas con motivo de la detención? La respuesta a priori no puede ser categórica, si bien existe la regla del fruto del árbol envenenado, lo cierto es que dicha teoría tiene una serie de excepciones que pueden permitir considerar lícitos ciertos medios de prueba obtenidos pese a la ilicitud de la detención (doctrina de la fuente independiente, del descubrimiento inevitable, del vínculo atenuado, buena fe en el agente, hallazgo casual, prueba ilícita en favor del imputado, ausencia de relación causal), aunque deberá probarse que se está ante estas situaciones excepcionales.

Si el juez de garantía declaró legal la detención, porque reclamándose su ilicitud esta petición fue rechazada, ¿aquella resolución transforma en lícitas las evidencias y medios de prueba obtenidos con la detención? A mi juicio no, porque esta primera determinación se ha adoptado con los antecedentes que se tenían al momento del control de la detención, los cuales adolecen normalmente de ser completos y detallados, por lo que la decisión que se adopte en ese momento gozará tan sólo de una *cosa juzgada formal*, es decir, se mantendrá mientras no se aporten nuevos antecedentes. De hecho, por eso es que es posible reclamar la exclusión de prueba ilícita al momento de la audiencia de preparación de juicio oral, ya que terminada la investigación es posible contar con mejores antecedentes en relación a cómo se produjo la detención del imputado.

Por otra parte, si no se reclamó la ilegalidad de la detención, en ese caso también hay cosa juzgada formal respecto de la licitud, pero no opera la institución procesal de la *preclusión* respecto de la ilicitud de la prueba, ello debido a que el legislador ha establecido expresamente que dicha discusión debe hacerse una vez terminada la investigación, en la audiencia de preparación de juicio oral, lo que significa que recién en ese momento nace el derecho a este reclamo de exclusión de prueba por ilicitud.

El artículo 276 del Código Procesal Penal permite al Juez de Garantía la exclusión de evidencias obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales

---

<sup>8</sup> CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, Manual del nuevo sistema de justicia criminal, (Santiago, 2005), p. 307. En dicho libro llama a este efecto “inutilizabilidad de la prueba ilícita”.

o provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas, las cuales pueden haberse producido antes, durante o con posterioridad a la detención del acusado.

Este es el primer momento en que nuestro legislador ha permitido la exclusión de prueba ilícita, como control de admisibilidad de la prueba, resolución que al ser una sentencia interlocutoria produce efecto de *cosa juzgada*, sin perjuicio de los recursos que se disponen en contra de ella conforme a lo regulado en el artículo 277, inciso 2º, del Código Procesal Penal (apelación en el caso del Ministerio Público; nulidad en el caso de la defensa, aunque recién contra la sentencia definitiva que haya valorado medios de prueba que la defensa estime adolecen de ilicitud).

Si la ilicitud de la prueba no fue reclamada en esta etapa del procedimiento, ya no puede ser reclamada sino hasta la interposición del recurso de nulidad conforme a la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, buscando obtener la realización de un nuevo juicio con exclusión previa en el auto de apertura de aquellos medios de prueba considerados ilícitos.

El propósito de este recurso es obtener que los juicios y las sentencias definitivas dictadas en aquellos se realicen con respeto y observancia de los derechos fundamentales y garantías procesales de los justiciables, artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, lo que ocurre cuando se causa un perjuicio sólo reparable con la nulidad por incurrir en inobservancia de las exigencias procesales, generando una disminución de las posibilidades de actuación de los intervinientes.

En este caso, para que el recurso de nulidad surta efecto, se requiere que la valoración de la prueba ilícita haya influido en el pronunciamiento de la sentencia<sup>9</sup>. He aquí el mayor riesgo de sostener la valoración negativa de la prueba ilícita por parte del tribunal que resuelve el juicio, porque no es posible sostener que los jueces saquen de su mente y convicción interna la prueba que vieron u oyeron, y bien puede suceder que digan en su sentencia que no ha sido considerada para la resolución la prueba ilícita advertida, pero de todas maneras condenen fundados en los demás medios de prueba<sup>10</sup>, pues en ese caso el recurso de nulidad sería rechazado, sin tenerse la certeza si igualmente los jueces hubieren condenado en un juicio en que no toman conocimiento de prueba ilícita.

El espíritu del legislador es que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no se entere de las discusiones habidas en las etapas previas acerca de la legalidad o ilegalidad de los medios de prueba, y por ello el examen de admisibilidad queda radicado en el Juez de Garantía. Como indica Cerda San Martín, “*el hecho de que la fase de admisión esté entregada principalmente al juez de garantía, y que la exclusión de prueba no se incorpore entre las menciones del auto de apertura tiene por objeto*

---

<sup>9</sup> Artículo 159 del Código Procesal Penal.

<sup>10</sup> CARRIO, Alejandro, Garantías constitucionales en el proceso penal (Buenos Aires, 2003), p. 266.

asegurar que ni la prueba excluida ni el hecho de la exclusión lleguen a conocimiento del tribunal de juicio oral”<sup>11</sup>, esto es lo que se conoce como no contaminación del órgano que tomará la decisión de condenar o absolver, evitando así que se forme el tribunal un prejuicio con pruebas que no podrá valorar<sup>12</sup>. Otros autores, en el mismo sentido, han afirmado que “*la inadmisibilidad de la prueba es la única posición que tiene un verdadero efecto probatorio, porque resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el solo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento*”<sup>13</sup>.

Habiendo establecido que no es posible a los jueces de un Tribunal de Juicio Oral excluir la prueba que consideren ilícita, sólo cabe preguntarse si es posible a nivel de valoración hacer algo. Algunos autores han sostenido la tesis de la valoración negativa, que consiste básicamente en señalar que el medio de prueba no acredita lo que prueba, restándole todo valor, tornándola como ineficaz para formar su convencimiento resolutorio<sup>14</sup>. Se afirma que con prescindencia de su ubicación en el código (título II del Libro II “Preparación del juicio oral”), el artículo 276 establece una *prohibición general de valoración de esta prueba*, aunque reconociendo que el Tribunal está obligado a recibirla<sup>15</sup>. Se ha sostenido, también, que los jueces al realizar esta valoración negativa ejercen una facultad cautelar corrigiendo el error cometido por el juez de Garantía al haber admitido esa prueba ilícita<sup>16</sup>; el problema frente a dicho predicamento es ¿los Jueces del Tribunal Oral pueden dejar sin efecto una decisión del Juez de Garantía que goza de *res iudicata* (cosa juzgada firme y ejecutoriada)?

Lo propuesto por quienes postulan la valoración negativa de la prueba ilícita ¿es valorar la prueba, o eso es excluirla en forma elegante?, ¿es posible o conveniente esa técnica de valoración? A mi juicio no. El Tribunal no puede recibir el testimonio de los carabineros que descubrieron la sustancia ilícita, le practicaron prueba de campo y afirmaron que era marihuana, apreciación que luego fue confirmada

<sup>11</sup> CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, Manual, ob. cit. p. 373.

<sup>12</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, Derecho Procesal Penal, Tomo II, (Santiago, 2012), p. 950.

<sup>13</sup> HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal, ob. cit., p. 179.

<sup>14</sup> STJOP de Talca, causa RIT N° 18-2005, de fecha 10 de agosto de 2005; SJTOP de Talca, causa RIT 44-2005, de fecha 9 de septiembre de 2005. Ambas sentencias citadas por CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia, (Santiago, 2008), pp. 384 y ss.

<sup>15</sup> Entre ellos, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, La exclusión, ob. cit., pp. 89 y siguientes. HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal, ob. cit., p. 180 y ss., y 199 y ss.

<sup>16</sup> CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, Manual, ob. cit. p. 309.

por prueba pericial, y decir que pese a ello no está probada la conducta de tráfico; no puede escuchar el testimonio de los carabineros que detuvieron al conductor ebrio, al médico que lo examinó y determinó embriaguez y recibir el informe de alcoholemia, y decir que no se probó el estado de ebriedad y la conducción; no puede ver los videos obtenidos del computador o de la casa del imputado, sin autorización judicial, y ver a aquel abusando de una menor de edad, quien declara en el juicio, y decir que no se probó la violación. Lo reclamado por la mayoría de la doctrina y por la sentencia de la Corte Suprema que da origen a este fallo, no constituye “valoración negativa”, eso es exclusión de prueba, y aquello no le está permitido al Tribunal, quien legalmente “*debe hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida*”.

Siguiendo en esta materia a Tavolari<sup>17</sup>, el Tribunal de Juicio Oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada en el auto de apertura, o sobre su licitud ya determinada por el Juez de Garantía, no sólo actúa fuera de su competencia, sino que además vulnera la autoridad de cosa juzgada que envuelve al auto de apertura ya firme y ejecutoriado, teniendo en cuenta además que dicho Tribunal no es superior jerárquico del juez de garantía, por lo que no está habilitado para revisar sus resoluciones, y porque la ley expresamente en el artículo 276 antes citado estableció el régimen de recursos en contra de la decisión de excluir o no medios de prueba, no otorgando al Tribunal Oral esta posibilidad. Es decir, el Tribunal Oral en lo Penal no tiene atribuciones para emitir pronunciamientos positivos o negativos en relación a cuestiones probatorias dilucidadas precedentemente por el Juez de Garantía<sup>18</sup>. Corolario de lo anterior, es que la ley procesal sólo permite, excepcionalmente, a este tribunal adoptar decisiones relativas a la prueba en los artículos 334, 335 y 336, los que en ningún caso se refieren a modificar el auto de apertura excluyendo medios de prueba ya aceptados, sino que a la admisibilidad de nuevos medios de prueba.

En definitiva, no comparto la visión de quienes sostienen que permitir al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal recibir y valorar la prueba ilícita afecte la estructura del sistema de prueba ilícita en Chile. Ha sido el legislador quien ha tomado la decisión política de que el Tribunal que finalmente reciba la prueba no sea contaminado con discusiones sobre la ilicitud de la misma, tomando la decisión que –en caso de error de la defensa en la audiencia preparatoria o del Juez de Garantía– el juicio se realice igualmente, y sea la Corte Suprema la que decida si

---

<sup>17</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, (Santiago, 2005), pp. 96 y ss.

<sup>18</sup> STJOP de Antofagasta, causa RIT N° 61-2005, de fecha 24 de mayo de 2005, citada por CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *El Código*, ob. cit., pp. 388 y ss.

dicha ilicitud en la prueba afectó o no la decisión del juzgador. Es más, creo que los jueces en su sentencia podemos hacer notar alguna ilicitud de prueba, de manera de orientar el posterior recurso de nulidad a ser planteado por la defensa ante el máximo tribunal, pero jamás podremos dejar de valorarla.

#### CORTE SUPREMA

Santiago, veintitrés de marzo de dos mil quince.

#### VISTOS:

El Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de veintiuno de enero de dos mil quince, en los antecedentes RUC 1300370142-K, RIT 44-2014, condenó a Moisés Abraham Nazar Délano a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo, al pago de una multa de dos unidades tributarias mensuales, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio, en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en su modalidad de pequeñas cantidades cometido en grado consumado en Viña del Mar, el 12 de abril de 2013.

La defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad contra el indicado fallo, el que se conoció en la audiencia pública de 3 de marzo pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy como consta del acta de fojas 51 de este cuaderno.

#### CONSIDERANDO:

*Primero:* Que el recurso interpuesto se sustenta en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ra-

tificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio a consecuencia de la transgresión de los artículos 5° y 19 N°s. 3, 4, 5 y 7 de la Constitución Política de la República, artículo 14.3 letra g) y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 8.2 letra g) y 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Derecho a la Libertad Personal, todos relacionados con los artículos 83, 85, 91, 93 g) y 205 del Código Procesal Penal, sosteniendo que en la especie se ha conculcado el derecho a un procedimiento racional y justo, las normas que cautelan la libertad ambulatoria, a la intimidad, a guardar silencio, a la inviolabilidad del hogar, ya que se efectuó un control de identidad y registro del acusado, sin que existiera indicio que lo permitiera; se le interrogó fuera del marco legal, obteniendo así evidencia incriminatoria en su contra en el marco también de diligencias investigativas autónomas de la policía, toda vez que se ingresó al domicilio del acusado y se incautó evidencia fuera de los supuestos legales.

Como sustento de su recurso, expone que conforme el parte policial, el carabinero Oscar Vilche recibió un llamado anónimo al celular del cuadrante por el que se denunciaba que un joven con ropa deportiva azul se encontraba en el sector de Caleta Abarca, escala Muñoz Rodríguez, comercializando droga a

los adictos del lugar, lo que motiva que se dirijan al lugar, avistando a un sujeto con las características señaladas en la denuncia, por lo que le efectúan un control de identidad, lo identifican con su cédula, le registran sus vestimentas, le encuentran en el interior de la mochila que portaba 10 bolsas de nylon transparente y un envoltorio de papel de diario, contenedores todos de marihuana y en su billetera \$ 37.000 (un billete de \$ 5.000 y el resto, de \$ 1.000). A raíz de estos hallazgos, se detiene al acusado, se le traslada a la Tenencia de Recreo y en ella se le entrevista respecto del origen de la droga, manifestando el detenido que en su domicilio tenía más droga, por lo que se solicita la intervención de Carabineros del OS-7. Una vez constituidos estos funcionarios, se realizó la prueba de campo a la droga (7,4 gramos las bolsas y 2.2 el paquete) y recibieron la declaración del acusado por delegación del fiscal de turno. El detenido autorizó el ingreso a su domicilio, por lo que se concurrió a éste y se incautó en su interior una bolsa contenedora de 19 gramos de marihuana, realizando las fijaciones fotográficas correspondientes.

Esta descripción de hecho configura, en concepto de la defensa, la infracción al artículo 85 del Código Procesal Penal, atropellando además las garantías de los numerales 3, 4 y 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que se ha sometido al acusado a un control de detención por una supuesta llamada anónima, pero lo concreto es que lo que los funcionarios percibieron por sus sentidos es a un joven sentado en una escala, lo que no es indicio de

actividad criminal, de modo que no puede encuadrarse en la norma citada. El contenido de la llamada –supuesta venta de droga– no fue apreciado por el personal policial, la llamada no fue registrada, no consta el número desde el cual se realizó, ni que se hubiese contactado a la persona que habría hecho la denuncia o su negativa a ser testigo en esta causa, sin que los hechos denunciados hayan sido validados en el juicio por la declaración de aprehensor, que dice haber visto al acusado con “un caño en la mano”, ya que de este hecho –indiciario de una falta– no hay constancia en el parte policial, no se señaló en él la incautación de este elemento, ni el funcionario Vilche lo relata.

Asimismo, denuncia que se han quebrantado en la especie los artículos 91 y 93 del Código Procesal Penal, ya que aparece que después de ser objeto del control de identidad y registro de vestimentas viciado, fue interrogado respecto del origen de la droga, cuestión para la cual los funcionarios no estaban facultados. Por eso, atropello también de la garantía del N° 3 del artículo 19 y tal ilegalidad debió ser declarada en cada una de las instancias en que se la reclamó. Además, incluso la declaración prestada a funcionarios del OS 7 con delegación del fiscal de turno fue realizada después de que concurrieran al domicilio del acusado (pese a que su texto manifiesta otra cosa) lo que demuestra que previo a ello hubo una nueva entrevista al acusado, la que adolece entonces también de vicios de legalidad porque no consta que antes de cada “entrevista” se le hayan hecho las adver-



tencias legales que los artículos 91 y 93 contemplan, como es la comunicación sobre su derecho a guardar silencio y a la asistencia de un abogado defensor. Esta actuación ilegal no se convalida con la declaración posterior del acusado, en la que sí constan las advertencias legales, la autorización del fiscal y su registro por escrito, de manera que tales elementos no pueden ser considerados para fundar una decisión que lo perjudique.

Por otra parte, sostiene la infracción del artículo 83 del Código Procesal Penal, configurada por las diligencias y actividades de investigación realizadas por Carabineros, respecto de las cuales no se demostró la instrucción respectiva, de acuerdo a los artículos 79 y 180 del Código Procesal Penal; así como la infracción de lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, porque si bien existe acta de autorización para el ingreso firmada por el acusado, ella no convalida el actuar policial ni dota de legalidad al proceder ilegal, ya que no se requiere cualquier consentimiento, sino que debe ser uno válido. En la especie, el que fue prestado no ha sido libre ni espontáneo, ni menos informado, ya que fue obtenido en el marco de interrogatorios ilegales, realizados por funcionarios policiales que los describen como “entrevistas” o “conversaciones”.

Termina describiendo la trascendencia que estas infracciones han tenido en la especie y solicita la nulidad del juicio y de la sentencia, disponiendo la exclusión de la prueba que detalla y que se remitan los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para la realización de un nuevo juicio oral.

*Segundo:* Que para efectos de acreditar las circunstancias que justificarían la causal de nulidad alegada, la defensa ofreció prueba en la oportunidad procesal correspondiente, consistente en la copia simple del parte policial N° 56 de Carabineros de Chile, Tenencia de Recreo, Viña del Mar, de 12 de abril de 2013, que informa del procedimiento, con sus documentos y anexos.

*Tercero:* Que en el libelo de nulidad se señala que las infracciones denunciadas se habrían producido 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, porque se arrogó facultades que no tenía.

*Cuarto:* Que como ya ha sostenido esta Corte Suprema en los pronunciamientos SCS rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013 y SCS rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013, 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).

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).

Solo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias de investigación, señalando en su inciso 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 de que ella 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 situación 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, señalen como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato (letra e), precisando, a con-

tinuación, lo que debe entenderse por “tiempo inmediato”, para los efectos de estas dos últimas hipótesis enunciadas.

*Quinto:* Que las disposiciones recién expuestas establecen que la regla general de la actuación de la policía es que se realiza 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.

*Sexto:* Que el tribunal de la instancia, en el motivo Octavo de la sentencia atacada, asentó como hecho probado que “El día 12 de abril de 2013, aproximadamente a las 10.40 horas, personal de Carabineros recibió un llamado anónimo en que se les informaba que un sujeto –respecto del cual se dieron las características físicas y de vestimenta– se encontraba comercializando droga en la escala Muñoz Rodríguez, Caleta Abarca, Viña del Mar. Por lo anterior, personal aprehensor se dirigió hasta el lugar, percatándose que el acusado reunía las características previamente otorgadas, por lo que se procedió a su fiscalización, encontrándose en el interior de la mochila que portaba la cantidad de 10 bolsas nylon transparentes contenedores de marihuana, que arrojó un peso neto de 6,2 gramos; y un envoltorio de papel de diario, también contenedor de marihuana, que arrojó un peso bruto de 2,5 gramos. En la billetera del acusado se le encontró la cantidad de \$ 38.000 de dinero en efectivo.

“Posteriormente, el acusado manifestó que en el interior de su domicilio, ubicado en calle Almirante Riveros N° 395, Cerro Arrayán, Valparaíso, mantenía más droga, por lo que Carabineros concurrió a dicho domicilio, y en el dormitorio del acusado, en el interior de un mueble se encontró una bolsa de nylon, contenedora de marihuana a granel, que arrojó un peso neto de 18,7 gramos”, indicando en el considerando Undécimo que “6,2 gramos netos de marihuana en su mochila, distribuida en forma tal (en 10 bolsas”, hacen verosímil el hecho constitutivo de la

denuncia”, agregando a continuación que Nazar Délano reconoció tanto la venta de la droga como la tenencia de más de ella en su casa.

Acto seguido, los mismos jueces en el apartado Duodécimo señalaron que la referida denuncia anónima es un indicio suficiente para realizar el control de identidad practicado, siendo el presente caso uno de flagrancia, al haber sido sindicado Nazar de estar vendiendo droga, “lo que ciertamente no fue corroborado por la policía”, por lo que procedió a identificarlo y registrarlo con los resultados anotados.

*Séptimo:* Que así las cosas, aparece que los funcionarios policiales, recibida la denuncia no informaron al fiscal de turno, sino que decidieron verificar primero antecedentes en la calle, sin que aparezcan razones evidentes y de urgencia por las cuales omitieron el aviso inmediato a la autoridad correspondiente, que era la actuación pertinente. Ahora, constituidos los funcionarios en el lugar que se les indicó en la denuncia anónima, se encontraron con una persona que correspondía a las características dadas por el denunciante desconocido, sin apreciar de manera alguna —como lo señaló el fallo— la conducta descrita en la comunicación (venta de droga), por lo que decidieron realizar el control de identidad cuestionado, del cual obtuvieron la confirmación de la información dada, aspecto que —conforme se lee del fallo— validaría el procedimiento efectuado.

*Octavo:* Sin embargo tal conclusión resulta inadmisibles para este tribunal, ya que esta Corte ha señalado reitera-

damente, 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.

Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (VIVES ANTÓN: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, p. 947). Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3º del artículo 276 del Código Procesal

Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”.

*Noveno:* Que conforme lo expresado, resulta que en la especie sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada y que, por cierto, no prestó declaración tampoco en el juicio y ni fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no se tenía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia, por lo que en realidad, siempre correspondió dar cumplimiento a la norma del artículo 83 del Código Procesal Penal, en orden a comunicar al fiscal la existencia de la denuncia.

*Décimo:* Que por otra parte, no es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia, porque no se estaba cometiendo el delito en ese momento; no se acababa de cometerlo (de hecho los funcionarios ni siquiera podían tener una estimación del tiempo transcurrido

desde la comisión de algún hecho delictivo como el descrito por el denunciante anónimo); no se ha indicado en ningún caso que huyeran personas del lugar de comisión y ni siquiera se identificó a los supuestos testigos; no fue encontrado el acusado en un tiempo inmediato a la comisión de un delito, con señales del injusto, sino que, por el solo hecho de estar en la calle se supuso que podría estar cometéndolo; no había víctimas reclamando auxilio, ni testigos presenciales que los señalaran como autores o partícipes de un delito determinado. De hecho y tal como apunta la defensa en su recurso y se reiteró en estrados, el presunto hallazgo del “caño” en el momento del control no fue registrado en el parte policial, sin perjuicio de que —aún admitiendo su existencia— ello podría haber dado pie a una figura típica diversa de la atribuida, sin que existan elementos que permitan comprender la discriminación efectuada.

*Undécimo:* Que, en consecuencia, por no haber constatado directamente indicio alguno de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de Moisés Abraham Nazar Délano resulta ser ilícita, al haber sido ob-

tenida 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, las fotografías, pericias y testimonios que hayan derivado de tal indagación. En este sentido, aunque el juez de la instancia haya 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.

*Duodécimo:* Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la

relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de Moisés Nazar Délano y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veintiuno de enero pasado cuya copia corre agregada a fojas 1 y siguientes de este legajo y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1300370142-K, RIT 44-2014 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de Oscar Vilche Puente, Carlos Colihuan González, Pedro Ulloa Cisternas y Samuel Ortega Díaz, así como los dichos del perito Pedro Rifo Cuadra, el set de 9 fotografías correspondiente a especies incautadas y sitio del suceso, comprobante de depósito del dinero incautado oficio 3778 relativo a la sustancia incautada, su informe de estupefacientes, el informe sobre los efectos de la cannabis sativa, el acta de recepción 1249 y de destrucción de la sustancia.

Acordada contra el voto del Ministro señor Dolmestch, quien fue del parecer de desestimar el recurso deducido al considerar que en la especie concurren los elementos propios de la actuación

policial en situación de flagrancia, al constituir la denuncia anónima recibida un indicio suficiente que valida la actuación funcionaria que se ha cuestionado, de manera que no es posible formularse reproche alguno a su respecto, toda vez que los referidos oficiales actuaron en cumplimiento irrestricto de las cargas que les impone la ley procesal en el desempeño de sus funciones.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y voto en contra, de su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Rol N° 1946-2015.