

## **MATERIAS:**

- DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE PEQUEÑAS CANTIDADES DE SUSTANCIAS O DROGAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS.-
- TODA EVIDENCIA DE CARGO OBTENIDA CON OCASIÓN DE DILIGENCIA DE CONTROL DE IDENTIDAD ADOLECE DE ILICITUD Y NO HA PODIDO SER EMPLEADA EN JUICIO Y TAMPOCO HA DEBIDO SER VALORADA COMO ELEMENTO DE PRUEBA CONTRA IMPUTADO.-
- AUSENCIA DE INDICIO DE QUE ACUSADO SE ENCONTRARA COMETIENDO DELITO QUE FACULTARA A LOS AGENTES POLICIALES PARA CONTROLAR SU IDENTIDAD Y PARA REGISTRO DE SU EQUIPAJE.-
- ACTUAR POLICIAL EN ANÁLISIS CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL DERECHO DE UNA INVESTIGACIÓN RACIONAL Y JUSTA GARANTIZADA CONSTITUCIONALMENTE, PUES IMPUTADO SE VE SOMETIDO A ACTUACIONES INVESTIGATIVAS EFECTUADAS AL MARGEN DEL ESTATUTO LEGAL PERTINENTE.-
- POLICÍAS AL CONSTITUIRSE EN EL LUGAR SÓLO OBSERVARON A "UN SUJETO EN LA VÍA PÚBLICA" QUE VESTÍA UN GORRO DE LANA, CONDUCTA ABSOLUTAMENTE NEUTRA, NO SÓLO TOLERADA, SINO QUE TUTELADA POR ORDENAMIENTO JURÍDICO, CIRCUNSTANCIA QUE NO SATISFACE LOS PRESUPUESTOS QUE EXIGE LA LEY PARA REALIZAR UN CONTROL DE IDENTIDAD.-
- FUNCIONARIOS DE CARABINEROS QUE PARTICIPARON DEL PROCEDIMIENTO NO PRESENCIARON HECHOS DELICTIVOS DENUNCIADOS, SALVO LO ATINENTE A LAS CARACTERÍSTICAS DE UNA DE LAS VESTIMENTA QUE PORTABA EL IMPUTADO, LO QUE SOLO SIRVIÓ PARA SU LOCALIZACIÓN.-
- COINCIDENCIAS ACCIDENTALES Y DE ESCASA RELEVANCIA COMO VESTIR UN GORRO DE LANA NO HABILITAN A LOS AGENTES ESTATALES PARA LIMITAR TRANSITORIAMENTE LA LIBERTAD AMBULATORIA DE LAS PERSONAS Y AFECTAR SU INTIMIDAD Y PRIVACIDAD MEDIANTE REGISTRO DE SUS VESTIMENTAS, EQUIPAJE Y VEHÍCULO.-
- INFORMACIÓN ENTREGADA POR DENUNCIANTE ANÓNIMO, NO INDICA OTRAS VESTIMENTAS, APROXIMACIÓN DE LA EDAD, NI NINGUNA OTRA CARACTERÍSTICA DEL INDIVIDUO QUE PERMITIERAN IDENTIFICARLO.-
- DENUNCIA RECIBIDA SÓLO HABILITABA A LOS FUNCIONARIOS POLICIALES PARA REALIZAR OTRAS DILIGENCIAS PROPIAS DE SU LABOR POLICIAL PREVENTIVA O PARA PONER EN CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS AL FISCAL DE TURNO, PARA QUE POR SU INTERMEDIO SE OBTUVIERE LA CORRESPONDIENTE ORDEN JUDICIAL DE REGISTRO E INCAUTACIÓN.-
- IMPUTADO DEMOSTRÓ SU IDENTIDAD A LA POLICÍA CON INSTRUMENTO PÚBLICO CORRESPONDIENTE, ENERVANDO PROCEDIMIENTO ANTE AUSENCIA DE OTROS ELEMENTOS, DISTINTOS DE LA LLAMADA ANÓNIMA, QUE JUSTIFICAREN LA PERSISTENCIA EN ACTIVIDAD INTRUSIVA DE LA POLICÍA, POR LO QUE A SU RESPECTO EL PROCEDIMIENTO DEBÍO CESAR.-
- SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN AL IMPUTADO PARA APERTURA DE SU EQUIPAJE ES PARTE DEL PROCEDER DEFECTUOSO DE LA POLICÍA, PUES SE

EFFECTÚA PRECISAMENTE POR ESTIMAR ERRÓNEAMENTE LOS AGENTES QUE HABÍA INDICIOS PARA LLEVAR A CABO EL CONTROL DE IDENTIDAD, TAL PETICIÓN SUPONE QUE AQUÉL PUEDE NEGARSE U OPONERSE A ESA ACTUACIÓN O LIBREMENTE ACCEDE A ELLA.-

- ELEMENTOS OBJETIVOS FACULTAN A POLICÍAS PARA DESARROLLAR UN CONTROL DE IDENTIDAD RESPECTO DE PERSONAS DETERMINADAS, YA SEA QUE ELLAS MISMAS SEAN VISTAS POR POLICÍAS REALIZANDO UNA ACCIÓN U OMISIÓN QUE CONSTITUYE EL INDICIO, O SON SINDICADAS POR OTRAS PERSONAS O POR REFERENCIA A SU NOMBRE, APODOS, RASGOS U OTROS, QUE RESEÑAN HECHOS EJECUTADOS Y QUE SERÍAN CONSTITUTIVOS DEL INDICIO.-

- LIBERTAD AMBULATORIA ES UN DERECHO DE TODO HABITANTE DE LA REPÚBLICA, SUSCEPTIBLE DE SER EJERCIDO Y PROTEGIDO.-

### **RECURSOS:**

RECURSO DE NULIDAD PENAL (ACOGIDO).-

### **TEXTOS LEGALES:**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO 6° Y N° 26.-

CÓDIGO PROCESAL PENAL, ARTÍCULOS 85 Y 373 LETRAS A) Y B).-

LEY N° 20.000, SUSTITUYE LA LEY N° 19.366, QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, ARTÍCULOS 1 Y 4.-

### **JURISPRUDENCIA:**

"Que, a juicio de esta Corte, en las circunstancias antes referidas no se observa algún indicio de que el acusado... se encontrare cometiendo delito alguno, que facultara a los agentes policiales para controlar su identidad según el artículo 85 del Código Procesal Penal y, consecuentemente, para el registro de su equipaje.

Que en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad, la circunstancia de haber apreciado el personal policial a un sujeto que se encontraba en compañía de otros en la plaza de armas de San Fernando, fumando marihuana, el que vestía un gorro de lana, característica que fue proporcionada por un denunciante anónimo -según refirieron los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento- quien indicó que éste habría entregado en dos oportunidades al parecer droga al grupo que se encontraba en el lugar.

Sin embargo, tal como se resolvió en las causas Rol N° 26.422-18, de 6 de diciembre de 2018 y Rol N° 41165-19 de 6 de febrero de 2020, "lo anterior no fue constatado por los policías al constituirse en el lugar, de manera que lo efectivamente observado por ellos -un sujeto en la vía pública- configura por esencia una conducta absolutamente neutra, no sólo tolerada, sino que tutelada por el ordenamiento jurídico, desde que la libertad ambulatoria es un derecho de todo habitante de la República, susceptible de ser ejercido y protegido, por

lo que esta circunstancia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad" (en la misma línea CS, Rol N° 36.630-17, de 13 de septiembre de 2017, demandando una "apreciación directa por parte de los funcionarios" de la circunstancia invocada como indicio -la venta de droga en ese caso-.)

Que como destaca el mismo fallo antes citado, en relación a las denuncias anónimas, "su existencia debe emanar de datos certeros que objetivamente respalden el hecho delictivo del que dan cuenta." En la especie, tales circunstancias no surgen del relato policial vertido en juicio, pues como se desprende de la sentencia recurrida, los funcionarios de Carabineros que participaron del procedimiento no presenciaron hechos de la naturaleza de los denunciados, salvo lo atinente a las características de una de las vestimenta que portaba el imputado, lo que solo sirvió para su localización.

Así las cosas, de aceptar lo planteado por los sentenciadores, implicaría que meras coincidencias accidentales y de escasa relevancia como vestir un gorro de lana habilitarían a los agentes estatales para limitar transitoriamente la libertad ambulatoria de las personas y afectar su intimidad y privacidad mediante el registro de sus vestimentas, equipaje y vehículo, interpretación que se confronta con lo prevenido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, pues el alcance desmesurado que lo decidido por la sentencia importa dar al artículo 85 del Código Procesal Penal, específicamente a lo que debe entenderse como un indicio que faculte a las policías para el control de identidad, conculca en su esencia los derechos y garantías constitucionales antes aludidos.

Sobre este aspecto ha señalado esta Corte que "Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona 'determinada'. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad" (SCS Rol N° 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016 y Rol N° 6067-18 de 17 de mayo de 2018)." (Corte Suprema, considerando 6°).

"Que, por otra parte, si bien, el Ministerio Público, esgrimió en sus alegaciones en estrados, durante la vista de la causa, para defender la legalidad del control de identidad practicado al acusado, que la información fue entregada por un testigo que tendría el carácter de "protegido", de manera que goza de un estatuto jurídico diverso, sus afirmaciones no guardan el respectivo correlato con los antecedentes que dan cuenta el fallo recurrido.

En efecto, el considerando octavo da cuenta que "los funcionarios de carabineros..., relataron que el día 18 de abril de 2019, estando de servicio en la población, el cabo

primero... recibe una denuncia a su teléfono celular". A su vez, el considerando décimo del fallo, que analiza las argumentaciones de la defensa, al referirse al fundamento de la actuación policial consignó que "en virtud de la información proporcionada a la policía por un testigo que se encontraba en la plaza de armas", sin efectuar ninguna alusión al carácter de dicho deponente.

En ese contexto, cabe reparar en que, primero, la información entregada por el denunciante anónimo, no indica, además de que vestía un gorro de lana, otras vestimentas, una aproximación de la edad, ni ninguna otra característica del mismo, tal como su contextura u otros elementos que permitieran identificarlo, por lo que dicha denuncia sólo importa la obtención de elementos que habilitaban a los funcionarios policiales para realizar otras diligencias propias de su labor policial preventiva o, incluso, para poner en conocimiento los hechos del Fiscal de Turno, para que por su intermedio se obtuviere la correspondiente orden judicial de registro e incautación.

Por lo demás, el solo hecho que..., haya demostrado su identidad con el instrumento público correspondiente -según se estableció en el considerando décimo- enerva desde ya el procedimiento ante la ausencia de otros elementos- distintos de la llamada anónima- que justificaren la persistencia en la actividad intrusiva de la policía, por lo que a su respecto el procedimiento debió cesar." (Corte Suprema, considerando 7°).

"Que no empece a lo que se viene reflexionando que el imputado..., accediera a ser transportado a la unidad policial para efectos de registrar su mochila, puesto que aquel ya se hallaba sometido al procedimiento de control de identidad. De ese modo, la solicitud de autorización al imputado para la apertura de su equipaje es parte del proceder defectuoso de la policía, pues se efectúa precisamente por estimar -erróneamente- los agentes que había indicios para llevar a cabo el control de identidad, tal como lo demuestran los dichos de la funcionaria..., al expresar que "que ella efectuó el control de identidad a don... , quien entregó su cédula de identidad pero no accedió a que se le revisara la mochila de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, aduciendo portaba especies personales íntimas que no quería que nadie observara, ante ello se le indica que si se trasladaban a la unidad policial para que fuera revisada su mochila, a lo que accedió".

En el estudio de esta materia no debe preterirse que la autorización voluntaria para el registro del equipaje supone que su dueño o encargado, pudiendo negarse u oponerse a esa actuación, libremente accede a ella. En esa línea, no escapa a esta Corte que según se razonó en el fundamento décimo, "que de no haber accedido ello no hace ilegal el procedimiento pues estaban facultados para un registro, y es en ese momento que se le encuentra la droga en una de sus manos", de lo que se colige que los magistrados estimaron que el no asentir a la diligencia no era óbice para su ejecución sino una mera formalidad sin efectos concretos y, en consecuencia, que no tenía una real opción de impedir la diligencia en cuestión." (Corte Suprema, considerando 8°).

MINISTROS:

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge

Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S.

TEXTOS COMPLETOS:

SENTENCIA DE TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL:

San Fernando, dieciséis de marzo de dos mil veinte.

VISTO, OÍDO LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Individualización del Tribunal y los Intervinientes. Ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando, constituido por la Juez Presidente de Sala Marisol López Machuca y los Magistrados Carlos Pérez Díaz, y Marcela Yáñez Cabello, esta última en calidad de redactora, se llevó a efecto la audiencia de Juicio Oral en la causa Rol Interno Tribunal 4-2020, seguida en contra de XXXXXX, chileno, de 19 años, nacido el 16 de marzo del año 2000, de estado civil soltero, cédula nacional de identidad N° XXXXXX, trabajador en estructuras metálicas, con domicilio en XXXXXX.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, en cuya representación intervino el fiscal Víctor Bobadilla Gómez; en tanto que la defensa estuvo a cargo del defensor penal público Luis Cornejo González. Ambos letrados con domicilio y forma de notificación ya registrados en la carpeta virtual de esta causa.

SEGUNDO: Acusación y argumentaciones de la fiscalía. La acusación materia del juicio, según se expresó en el auto de apertura, fue la siguiente:

Los Hechos:

"El día 18 abril del año 2019 alrededor de las 15:50 horas personal de Carabineros recibe una información de un testigo protegido, quien da cuenta que en el interior de la Plaza de Armas de San Fernando por calle Valdivia, se encontraban alrededor de 7 jóvenes de los cuales uno de ellos que vestía un gorro tipo nortino de lana, el que al menos en 2 oportunidad había pasado un objeto a otros jóvenes, objeto con el cual estos habían confeccionado papelillo el cual comenzaron a fumar. Con este antecedente Carabineros de la Sección de Investigación Policial de San Fernando se constituyó en el lugar, encontrando al sujeto descrito por el testigo el que correspondió al acusado XXXXXX, quién se encontraba efectivamente junto a otros jóvenes quienes al ver la presencia policial se disolvieron, logrando Carabineros controlar y fiscalizar a parte de ellos, y en los momentos en que controla al acusado XXXXXX este en principio se negó a la revisión de su mochila, intentando luego deshacerse de un paquete papel de color blanco que mantenía en una de sus manos por lo que Carabineros evitó esta situación encontrando en el interior del mismo 8 envoltorios de papel blanco cuadriculado que contenía una sustancia vegetal deshidratada con olor y color característico de la marihuana elaborada, sustancia a la que se le aplicó la prueba de campo respectiva arrojando coloración positiva ante la presencia del principio activo THC, confirmando que se trataba de marihuana elaborada. Asimismo en la revisión de la mochila

se encontraron compartimiento la suma de \$12.000, en billetes y monedas de baja denominación. El imputado no contaba con la autorización para el porteo posesión de la referida droga que tuvo un peso total de 6 gramos 700 miligramos, la que en las circunstancias descritas se estima no estaba destinada a su uso consumo personal y exclusivo y próximo en el tiempo." (SIC).

## 2.- Calificación Jurídica:

Los hechos descritos, en concepto del Ministerio Público constituyen un delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga respectivamente, del artículo 4 de la ley 20.000 en relación al artículo 1 de la misma ley, en grado de consumado.

3.- Participación: A juicio de la Fiscalía, al encartado le ha correspondido la calidad de autor en el delito por el cual se les formuló imputación criminal, en los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

## 4.- Circunstancias Modificadorias de la Responsabilidad Penal:

A juicio del ente persecutor, le beneficia la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código del ramo, sin agravantes que le perjudiquen.

## 5.- Pena Requerida:

La Fiscalía requiere se imponga a XXXXXX la pena de 818 días de presidiomenor en su grado medio, además de una pena de multa equivalente a 10 U. T. M., accesorias legales, el comiso del dinero incautado y las costas de la causa.

Ya en el juicio, en su alegato de apertura, el fiscal argumentó que el debate del juicio se centraría en las circunstancias de la detención del acusado, el porte y transporte de la droga encontrada, información que sería aportada por los testigos, en especial uno que solicitó su protección y que conforme lo observado en la plaza de armas tomó contacto con carabineros, quienes darán cuenta del procedimiento policial, y en virtud de ello se estará más bien ante un delito de microtráfico que un porte para consumo.

En el alegato de cierre indicó esencialmente haber acreditado el delito imputado y la participación atribuida, pues la prueba permitió establecer que el día 18 de abril de 2019 cerca de las 16.00 recibieron un comunicado de un testigo que alertaba de un grupo de sujeto que consumía droga, pero que uno de ellos con un gorro nortino había entregado droga con la cual comenzaron a consumir en el lugar. Información precisa y concordante, y que se condice con el resultado del control de identidad, ya que el acusado es quien tenía el gorro nortino, y fue a quien luego se encontró droga en su poder, además no mantenía ningún elemento que pudiera corroborar que estaba destinada a su consumo personal y próximo en el tiempo.

La defensa por su parte no rindió prueba alguna para desvirtuar la prueba rendida, ergo debe dictarse veredicto condenatorio.

TERCERO: Posición y argumentaciones de la defensa.

En su alegación inicial abogó por la absolución de su representado en razón que el ministerio público no acreditaría estar en presencia de un delito del artículo 4 de la ley 20.000.

En sus alegaciones finales insistió en la absolución pues con la prueba rendida no se acreditó estar en presencia de un delito microtráfico del artículo 4 de la ley 20.000, y tampoco se ha desvirtuado la presunción de inocencia. Agregó que la prueba rendida resulta insuficiente para acreditar el delito imputado, pues al existir un elemento irrefutable consistente en que el testigo que efectuó la denuncia no declaró en el juicio, por tanto debemos estar a lo que señalan los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento, y sus declaraciones resultan escuetas al respecto, en cuanto a que su representado haya pretendido vender o donar marihuana, pues por la escasa cantidad de droga ello resulta ser más indiciario de un consumo.

Desde otro punto, sustentó que el control de identidad y detención posterior fue ilegal, pues el control del artículo 85 del C. P. P. tiene una finalidad especial cual es identificar a quien se controla, y si se porta su cédula de identidad y la exhibe se acabó el control, no pueden los funcionarios pretender revisar las vestimentas o bolsos, habiendo sido entonces la detención motivada por diligencias ilegales de los funcionarios policiales.

Finalmente argumentó que conforme los informes evacuados no se cumple con la norma del artículo 43 de la ley 20.000 en orden a señalar claramente el grado de pureza de la marihuana, se podrá decir que no es aplicable al caso de la marihuana, pero la Corte Suprema ha dicho que es aplicable dicho criterio en cualquier tipo de droga, faltando entonces a su juicio un elemento del delito, la antijuridicidad material, y por ende debe librarse la absolución.

CUARTO: Versión del acusado. XXXXXX hizo uso de su derecho a guardarsilencio.

QUINTO: Convenciones probatorias y hechos no controvertidos. Los intervinientes no arribaron a convenciones probatorias en la audiencia preparatoria.

SEXTO: Prueba rendida en el juicio. En la audiencia de juicio el Ministerio Público rindió diversas pruebas con el fin de sustentar su acusación. Así, presentó como prueba testimonial la declaración de los funcionarios de carabineros Patricia XXXXXX y Carlos Ramírez Ibáñez.

Como prueba documental incorporó: Oficio remitido N° 141, de fecha 18 de abril de 2019 de la 1ª Comisaría de Carabineros de San Fernando, mediante el cual se remite al Servicio de Salud O'Higgins la droga incautada; Acta de recepción N° 919/2019 Subdepartamento de Decomisos Servicio de Salud O'Higgins de fecha 22 de abril de 2019.

A su vez en carácter de pericial y según lo dispuesto en el artículo 315 inciso segundo del Código Procesal Penal incorporó protocolos de Análisis de droga cuyo informe

corresponde al N° 397 de fecha 27 de mayo de 2019, con su respectivo anexo sobre informe de efectos y peligrosidad para la salud pública, elaborados por la perito Aurora Palominos González, del Laboratorio de análisis, de la Dirección del Servicio de Salud de O'Higgins.

Finalmente como otros medios de prueba se incorporaron tres fotografías correspondientes a la droga encontrada en poder del acusado y el dinero que portaba.

Por su parte la defensa no se adhirió a la prueba del ente persecutor y liberó a su prueba testimonial propia, salvo en la audiencia del artículo 343 del Código Procesal Penal que incorporó un informe social del acusado.

El tenor expreso de todas estas declaraciones y la incorporación verbalizada del resto de la prueba referida quedó grabado en el respectivo registro de audio de la audiencia.

**SÉPTIMO:** En cuanto a la decisión condenatoria por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, y la participación de XXXXXX en el mismo. Para comenzar, es necesario previamente asentar que el debate en el presente juicio se circunscribió en si la droga encontrada en poder del acusado era constitutiva del hecho ilícito imputado o por el contrario de un porte para consumo, pues la defensa no cuestionó ni el día, hora, lugar y demás circunstancias plasmadas en la imputación criminal.

Sin perjuicio de aquella falta de controversia en los aspectos referidos, el ente persecutor presentó prueba suficiente, clara, precisa, y coherente que logró demostrar los hechos fácticos contenidos en la acusación fiscal, especialmente proveniente de los testimonios de los funcionarios de carabineros XXXXXX y XXXXXX , quienes relataron que el día 18 de abril de 2019, estando de servicio en la población el cabo primero Loncomilla recibe una denuncia a su teléfono celular indicando un ciudadano que en la plaza de armas de San Fernando se comercializaba y consumía droga, haciendo presente que había un grupo de 7 sujetos detrás de la pérgola y uno de ellos vestía un gorro de lana tipo nortño el cual había sido visto por el testigo en dos oportunidades entregando al parecer droga a los mismo sujetos que se encontraban. Que concurren al lugar llegando a eso de las 15:50 horas y efectivamente detrás de la pérgola en las bancas vieron 7 a 10 sujetos que se encontraban sentados consumiendo droga por el fuerte olor, y efectivamente se encontraba un sujeto con gorro de lana tipo nortño, y al identificarse como carabineros dos sujetos se dieron a la fuga botando los cigarrillos artesanales que fumaban, siendo fiscalizados los demás individuos, entre ellos el que portaba el gorro de lana. Precisó la funcionaria XXXXXX que ella efectuó el control de identidad a don XXXXXX , quien entregó su cédula de identidad pero no accedió a que se le revisara la mochila de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, aduciendo portaba especies personales íntimas que no quería que nadie observara, ante ello se le indica que si se trasladaban a la unidad policial para que fuera revisada su mochila, a lo que accedió, se suben al vehículo comando sentándose ella junto al acusado en parte de atrás cuando se percata de un movimiento que hizo con su mano izquierda, ante lo cual observa que tenía su mano izquierda empuñada y que sobresalía un papel de color blanco, ante lo cual le indica al cabo 1° Ramos que detenga la marcha, lo que hace y le pregunta que mantenía en su mano, ante lo cual la abre manteniendo en ella 8 envoltorios de papel blanco



cuadrado en cuyo interior mantenía una sustancia vegetal deshidratada, con características de marihuana. Dicha forma de hallazgo también fue expresada en los mismos términos por el policía XXXXXX . Además ambos funcionarios indicaron que habiendo sido revisada en el cuartel policial la mochila del acusado por parte del Suboficial Cayuman mantenía en su interior la suma de \$12.000 en un billete de \$5.000, seis billetes de \$6.000 y dos monedas de \$500. Finalmente el funcionario XXXXXX precisó haber sido quien realizó la prueba de campo y el pesaje de la droga, arrojando coloración positiva para la presencia de THC y un peso de 6 gramos con 700 miligramos.

Además el tribunal pudo apreciar directamente, a través de las fotografías exhibidas en audiencia a la funcionaria de carabineros XXXXXX , el papel blanco en que se encontraban ocho papillos cuadrado que conforme las pruebas respectiva era marihuana y el dinero incautado.

A su vez, para determinar científicamente la naturaleza del material incautado se contó con el informe N° 397, de fecha 27 de mayo de 2019, de la perito químico Aurora Palominos González, proveniente del Laboratorio Análisis del Servicio de Salud de O'Higgins, que informa como resultado del análisis de la muestra de hierbas remitida a través del oficio N° 141, Parte N° 1277 de la 1° Comisaria de San Fernando que su composición es marihuana, asimismo el efecto nocivo de dicha sustancia quedó demostrado con el respectivo informe de efectos y peligrosidad de la cannabis sativa. Importante es aquí decir que se acompaña el respectivo oficio remitido de la droga y que corresponde al número señalado en el informe de análisis. Asimismo del Acta de Recepción de la droga se da cuenta que del referido número de oficio remitido como del número de parte, información concordante con lo señalado por dos de los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento y que comparecieron a estrados.

**OCTAVO:** Que respecto de la prueba antes referida, se puede establecer de forma indubitada el hallazgo en poder del acusado, el día 18 de abril de 2019 de 8 envoltorios contenedores de una sustancia vegetal que se acreditó científicamente correspondía a marihuana, hallazgo o descubrimiento que no fue cuestionado ni menos negado por la defensa en cuanto a su existencia, es más de su tesis planteada dicha droga era para el consumo de su representado.

Así entonces frente a dicha evidencia era la defensa quien debía acreditar que aquel porte, en este caso de pequeñas cantidades de marihuana, estaba destinada al consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, y ningún elemento probatorio incorporó para ello, ni siquiera de quien naturalmente se espera que dé cuenta de su propio consumo, como lo es el encartado, y si bien tiene derecho a guardar silencio, es en estos casos que al invertirse la carga probatoria se torna necesario contar con su versión y explicación frente al referido hallazgo, máxime si su defensa letrada basa su teoría exculpatoria en un consumo. Es más tampoco al momento de ser fiscalizado y encontrada la sustancia en su poder le indicó a la fuerza policial ser un consumidor, así lo indicaron tanto la policía XXXXXX como el policía XXXXXX , quienes fueron categóricos en indicar que al tiempo de ser encontrada la droga en poder de XXXXXX nada señaló de ser un consumidor. Por lo demás la defensa de otro modo podría haber incorporado probanza para que el tribunal valorara dicha alegación y no lo hizo, como testimonial o pericial.

Así las cosas, el ente persecutor, logró acreditar la existencia de un delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, específicamente en el verbo rector de transporte, guarde o porte que habla el artículo 4 de la ley 20.000, posesión que no pudo ser justificada con un consumo próximo y exclusivo en el tiempo, que permitiera concluir que no existía la puesta en peligro para la salud pública, bien jurídico protegido, que pretende evitar la circulación entre las personas de drogas dañinas y por lo mismo prohibidas; y la participación de XXXXXX en este ilícito encuadrándose su accionar en el artículo 15 N° 1 del Código Penal con la prueba ya expuesta y analizada.

NOVENO: Conforme las respectivas pruebas rendidas en la audiencia, las que a su vez fueron debidamente valoradas y analizadas, se constituyó un conjunto de elementos que, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica y sin contradecir las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados, pudieron alzarse como prueba suficiente e indubitada para tener por probados los siguientes hechos:

"El día 18 abril del año 2019 alrededor de las 15:50 horas personal de Carabineros recibe una información de un testigo protegido, quien da cuenta que en el interior de la Plaza de Armas de San Fernando, se encontraban alrededor de 7 jóvenes de los cuales uno de ellos que vestía un gorro tipo nortino de lana, el que al menos en 2 oportunidad había pasado un objeto a otros jóvenes. Con este antecedente Carabineros se constituyó en el lugar, encontrando al sujeto descrito por el testigo el que correspondió al acusado XXXXXX, quién se encontraba efectivamente junto a otros jóvenes quienes al ver la presencia policial se disolvieron, logrando Carabineros controlar y fiscalizar a parte de ellos, y en los momentos en que controla al acusado XXXXXX este en principio se negó a la revisión de su mochila, luego accedió a que fuere revisada en la unidad policial, siendo subido a un vehículo, siendo observado cuando realiza un movimiento de su mano izquierda que mantenía empuñada, manteniendo un papel blanco que en el interior del mismo mantenía 8 envoltorios de papel blanco cuadriculado que contenía una sustancia vegetal deshidratada con olor y color característico de la marihuana elaborada, sustancia a la que se le aplicó la prueba de campo respectiva arrojando coloración positiva ante la presencia del principio activo THC, confirmando que se trataba de marihuana elaborada. Asimismo en la revisión de la mochila se encontraron compartimiento la suma de \$12.000, en billetes y monedas de baja denominación. El imputado no contaba con la autorización para el porte o posesión de la referida droga, la que tuvo un peso total de 6 gramos 700 miligramos, y que en las circunstancias descritas se estima no estaba destinada a su uso consumo personal y exclusivo y próximo en el tiempo."

Los hechos antes referidos y ya reproducidos en el considerando aludido, son constitutivos del delito de tráfico ilícito en pequeñas cantidades de sustancias o estupefacientes y psicotrópicas, circunscrito en los verbos rectores transporte, guarde o porte, previsto y sancionado en el artículo 4 con relación al artículo 1 de la ley 20.000; en base a los razonamientos ya esgrimidos, y en los cuales cupo participación a XXXXXX, en calidad de autor de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código del ramo.

DÉCIMO: En cuanto a otras alegaciones de la defensa.

La defensa letrada además del consumo, que ya fue desestimado, hizo otras alegaciones principales y de relevancia, que también fueron rechazadas, en virtud de lo que se razonará.

1. Sustentó que el control de identidad anterior a la detención fue ilegal, pues el control del artículo 85 del C. P. P. tiene una finalidad especial cual es identificar a quien se controla, y si se porta su cédula de identidad y la exhibe se acabó el control, de modo que no pueden los funcionarios pretender revisar las vestimentas o bolsos, habiendo sido entonces la detención motivada por diligencias ilegales de los funcionarios policiales.

Lo primero que aquí debe decirse, es que existía un indicio que el acusado podía haber cometido un delito, ello en virtud de la información proporcionada a la policía por un testigo que se encontraba en la plaza de armas, en cuanto indicó que un sujeto con gorro de lana tipo nortño entregó en dos oportunidades al parecer droga a un grupo que se encontraban en el lugar, quienes fumaban marihuana, vestimenta que precisamente llevaba consigo ese día el acusado. Tal como lo indicaron los funcionarios y que al llegar a la plaza de armas se encontraban fumando marihuana por el fuerte olor que se expelía, y que evidentemente ya es conocido por ellos. Y dicho indicio permite conforme el artículo 85 del referido código controlar identidad, y luego conforme lo dispone expresamente el inciso 4 del referido artículo "durante dicho procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio la policía podrá proceder al registro de vestimentas o equipajes", es decir está plenamente facultada para ello. Es más debemos recordar que en virtud de que el acusado no quería - supuestamente se le vieran prendas íntimas que portaba en su mochila-, se le indicó que podía ser trasladado al cuartel para ello, a lo que accedió, y de no haber accedido ello no hace ilegal el procedimiento pues estaban facultados para un registro, y es en ese momento que se le encuentra la droga en una de sus manos.

2- Como otro argumentó de fondo esgrimió que no se cumplió con la norma del artículo 43 de la ley 20.000 en orden a señalar claramente el grado de pureza de la marihuana, faltando entonces a su juicio un elemento del delito, la antijuridicidad material, y por ende debe librarse la absolución.

Sobre el particular esta sala sentenciadora es del parecer que dada la sustancia de que se trata, la pureza es una cuestión que no puede ser lo que determine una decisión absolutoria.

Ahora bien, cierto es que, en relación a la sustancia vegetal materia de la cuestión debatida, en el respectivo protocolo lo identificaron como marihuana, que no es más que otro nombre con el que se conoce a la Cannabis sativa, sustancia que el reglamento contempla. Ahora, en lo que dice relación con la ausencia de determinación de la pureza o del porcentaje de concentración del principio activo de la sustancia, ha de señalarse y que resulta de suma importancia para el presente caso, por tratarse de cannabis y no otra sustancia, que se trata de una especie vegetal expresamente contenida como tal en reglamento, el requisito de la pureza no parece exigible, pues lo prohibido no es un elemento o principio activo que forme parte de la planta, como pretendió la defensa, sino la especie vegetal como tal conforme lo establece el artículo 1 del reglamento, el cual incluye a la cannabis dentro de las drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de

dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. No se trata en este caso de una sustancia creada artificialmente en base a otra de la cual se extrae el principio activo, como en el caso de la pasta base o el clorhidrato de cocaína, en que lo prohibido es uno de sus elementos, la cocaína. Por el contrario en el caso de cannabis lo prohibido es la planta como tal, por lo que no se requiere probar su composición, solo su identidad, cuestión en que no se fundaron las alegaciones de petición absolutoria planteada por la Defensa.

En el mismo sentido, y en relación a la afectación a la salud pública de la marihuana, que es lo que justifica la inclusión de dicha sustancia vegetal entre aquellas prohibidas, el Informe sobre tráfico y acción de la Cannabis incorporado por el persecutor, resuelve de manera clara el punto, al indicar la perito que lo suscribe, doña Aurora Palominos González, que la cannabis, contiene productos químicos, de los que destacan los cannabinoides, siendo el Delta-9-tetrahidrocannabinol (THC), el responsable de la mayor parte de los efectos psicoactivos. Por otra parte, el consumo de cannabis puede precipitar una serie de efectos adversos, entre los que se destacan, psicosis aguda, ansiedad trastornos en el sistema respiratorio, con aumentos de asma, bronquitis y enfisema, quedando claro con ello la afectación de dicha sustancia al bien jurídico protegido por la norma en estudio.

UNDÉCIMO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

Favorece al acusado XXXXXX la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, tal como se puede concluir de sus extractos de filiación y antecedentes, exentos de todo reproche penal.

No se alegaron otras circunstancias modificatorias.

DUODÉCIMO: Determinación de las penas.

La pena asignada al tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado, según el artículo 4 en relación al 1° de la ley 20.000, tiene asignada una pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 10 a 40 unidades tributarias mensuales.

Que le favorece una circunstancias atenuante de responsabilidad penal sin agravante que les perjudique, por lo que de conformidad a lo estatuido en el artículo 68 del Código del ramo, no puede el tribunal aplicar la pena en su grado máximo, quedando en consecuencia radicada en presidio menor en su grado medio, y dentro de aquel rango se aplicará en el mínimo de la pena, por estimarla más justa y proporcional a los hechos efectivamente acreditados y a la naturaleza y cantidad de la droga encontrada en poder del encausado.

En cuanto a la pena de multa, el fiscal solicitó en el auto de apertura la imposición de 10 U. T. M. Frente a ello, la defensa solicitó su rebaja a 2 U. T. M., la que fundó en un informe social acompañado, que fue emitido con fecha 2 de marzo del año 2020 por la perito Asistente Social Patricia Salazar Sobarzo, en el cual da cuenta de ser un temporero agrícola, cuyos ingresos son de \$170.000., por lo que no existiendo otra prueba en contrario

y atento a lo dispuesto a en el artículo 70 del Código Penal, se accede a la rebaja y en las parcialidades para su pago que se dirá.

Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 26, 28, 30, 49, 50, 68, 69, 70 del Código Penal; 1, 3, 45, 46, 52, de la Ley 20.000; 3; 47, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal y leyes 18.216, 19.970 y 20.587 SE DECLARA:

I.- Que, se condena, a XXXXXX, ya individualizado, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, en su calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4°, en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000, pesquisado el día 18 de abril de 2.019, en la comuna de San Fernando.

II.- Se les impone además el pago de una multa equivalente a 2 UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES, concediéndole facilidades para su pago de cuatro parcialidades o cuotas iguales, mensuales y sucesivas, debiendo pagar la primera el último día hábil del mes subsiguiente, a aquél en que quede ejecutoriada la presente sentencia. Si los condenados no pagaren la multa impuesta o una parte de ella, el Juzgado de Ejecución podrá proceder a su conversión, de acuerdo al artículo 52 de la ley 20.000.

III.- Atendido que XXXXXX reúne los requisitos legales para ello, se le convierte la pena privativa de libertad impuesta por la pena sustitutiva de remisión condicional, y en consecuencia quedará sujeto a la discreta observación y asistencia ante Gendarmería de Chile, por el mismo término de la condena, es decir, quinientos cuarenta y un días. Deberá mantener durante ese tiempo residencia en un lugar determinado, en este caso en el que él mismo señaló en el juicio, ubicado sector Lo Moscoso s/n, comuna de Chimbarongo; sin perjuicio de poder cambiarlo si es autorizado por Gendarmería de Chile. Además, deberá ejercer una profesión u oficio remunerado conforme lo previsto en el artículo 5° de la referida ley. Para estos efectos, deberá oficiarse a Gendarmería del Centro de Cumplimiento Penitenciario respectivo comunicando lo resuelto y el condenado deberá presentarse a dicha institución, dentro del plazo de cinco días corridos contados desde que esta sentencia estuviere firme y ejecutoriada, bajo apercibimiento de despacharse orden de detención en su contra. Si la pena sustitutiva impuesta fuese revocada o quebrantada el condenado cumplirá íntegra y efectivamente la pena privativa de libertad impuesta o, en su caso, se la remplazará por una pena sustitutiva de mayor intensidad. En este caso, se someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonando a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva. En todo caso, en la presente causa existe respecto del sentenciado 1 día de abono que considerar en su favor, correspondiente al de su detención.

IV. Se condena al pago de las costas.

V.- Dese cumplimiento a lo previsto en los artículos 17 de la ley 20.568 y 19.970.

Una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia, remítanse vía SIAGJ los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de San Fernando para los efectos pertinentes, a fin que se comunique lo resuelto a los organismos que correspondan.

Se deja constancia que para los efectos de la publicación de esta sentencia en el sitio web del Poder Judicial no existen datos que reservar.

Devuélvase a la fiscalía los documentos aportados, previa constancia.

Regístrese.

Sentencia redactados por la jueza Marcela Yáñez Cabello.

RIT 4-2020.-

RUC 19422291-4.

Sentencia pronunciada por las juezas titulares de este Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Fernando, Marisol López Machuca, Carlos Pérez Díaz y Marcela Yáñez Cabello.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA:

Santiago, nueve de junio de dos mil veinte

Vistos:

En esta causa RUC 1900422291-4, RIT 4 -2020, se dictó sentencia por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Fernando, el dieciséis de marzo de dos mil veinte, por la que se condenó a XXXXXX, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y el pago de las costas de la causa en su calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4°, en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000, pesquisado el día 18 de abril de 2019, en la comuna de San Fernando. Se le concedió la pena sustitutiva de remisión condicional.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública del día veinte de mayo pasado, en la cual la defensa se desistió expresamente de la prueba ofrecida y aceptada, incorporándose el acta que da cuenta de su realización y se determinó la fecha de lectura de la sentencia para el día de hoy.

Y considerando:

Primero: Que el recurso interpuesto esgrimió de manera principal, la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 5° inciso 2° y 19 N° 3 inciso 6°, N° 4 y N° 7, todos de la Constitución Política del Estado, 7. 3 de la

Convención Americana de Derechos Humanos, 9.1 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y 9, 83,84, 85, 129 y 130 del Código Procesal Penal.

Explica el recurrente, en un primer acápite, que se vulnera el debido proceso por la sentencia condenatoria impugnada dado que ésta se sostiene en prueba obtenida ilegalmente, por cuanto era improcedente el control de identidad a que fue sometido el imputado y, consecuentemente, la revisión de sus vestimentas o equipajes.

Precisa que el único antecedente con que se contaba para realizar el control de identidad es una denuncia anónima efectuada por un particular que no dio características específicas sobre la fisonomía de estas personas sino solo de su vestuario, por cuanto los funcionarios aprehensores únicamente observaron, al llegar al lugar, a siete jóvenes fumando al interior de la plaza de armas, sin corroborar los actos relatados en el llamado, hecho que evidentemente no configura ningún indicio de actividad criminal, y que no es posible encuadrar en hipótesis alguna del inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal.

En segundo término, se postula la infracción al debido proceso del acusado XXXXXX, por cuanto éste al ser controlado exhibió su cédula de identidad, por lo que a su respecto la diligencia debió concluir.

Finalmente, argumenta que tampoco se configuró ninguna situación de flagrancia respecto del supuesto delito de tráfico de pequeñas cantidades, como erróneamente sostienen los sentenciadores, pues los policías en ningún caso verificaron que el acusado se encontrara comercializando droga en la vía pública.

Pide en virtud de esta causal que se declare la nulidad del juicio oral y de la sentencia en él pronunciada, se excluya la prueba ofrecida por el Ministerio Público que detalla y se remitan los autos al Tribunal Oral en Lo Penal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, subsidiariamente, el recurso invoca la causal de invalidación del artículo 373 b) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, alegando la infracción de los artículos 1° y 2° del Código Penal, ya que se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material como para sancionarla penalmente, aplicándose erróneamente los artículos 1° y 4° de la ley 20.000 en relación a los incisos noveno y décimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Estima que se infringió el principio de lesividad u ofensividad -que se alza como un principio limitador del ius puniendi estatal-, pues la ausencia de la determinación de la pureza de la sustancia incautada al sentenciado en el protocolo de análisis químico incorporado al juicio, impide al Tribunal arribar a la conclusión que la sustancia que él portaba constituye el objeto material prohibido por el legislador, esto es, uno capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Agrega que aquello se relaciona inmediatamente con el artículo 1° de la Ley 20.000,

que respetando la función de protección de bienes jurídicos que compete al Derecho Penal, exige para imponer penas que las sustancias sean aptas para producir graves efectos tóxicos o daños considerables para la salud. Afirma que esta última cuestión se explica porque el bien jurídico eminentemente protegido en esta ley es precisamente, la salud pública. De ahí la exigencia de ese antecedente -la determinación de la pureza de la droga- al menos cuando se trata de pequeñas cantidades porque la capacidad de una sustancia cualquiera para producir los efectos señalados viene determinada por la concentración que algunos compuestos, identificados como principios activos, se encuentran presentes en ella. Indica que es esto lo que hace necesario ese conocimiento, pues sin aquel resulta imposible juzgar en el caso concreto, si la sustancia incautada es o no capaz de producir los efectos mencionados y, consecuentemente, la conducta de portarla o traficlarla es materialmente antijurídica.

Concluye por todo lo anterior, que el conocimiento del grado de concentración de estos compuestos es absolutamente necesario para determinar su peligrosidad, por ello el artículo 43 de la Ley N° 20.000 exige la remisión de un protocolo de análisis químico de la droga, en el que se identifique la sustancia y se señale, entre otras cosas, su composición y grado de pureza.

Afirma que la errónea aplicación del derecho realizada por el Tribunal, al subsumir -en la situación dicha- el hecho probado en el tipo penal del artículo 4 de la Ley N° 20.000, en relación con el artículo 1 de la misma ley, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo pues, necesariamente debió haber dictado una sentencia absolutoria, por lo que solicita que se acoja el recurso en todas sus partes, se anule únicamente la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte una de reemplazo de naturaleza absolutoria.

Tercero: Que para el adecuado y mejor estudio y resolución del recurso deducido, conviene tener a la vista los hechos que se dieron por acreditados en el fallo cuestionado.

En el basamento noveno del dictamen se dio por demostrado que: "El día 18 abril del año 2019 alrededor de las 15:50 horas personal de Carabineros recibe una información de un testigo protegido, quien da cuenta que en el interior de la Plaza de Armas de San Fernando, se encontraban alrededor de 7 jóvenes de los cuales uno de ellos que vestía un gorro tipo nortino de lana, el que al menos en 2 oportunidad había pasado un objeto a otros jóvenes. Con este antecedente Carabineros se constituyó en el lugar, encontrando al sujeto descrito por el testigo el que correspondió al acusado XXXXXX, quién se encontraba efectivamente junto a otros jóvenes quienes al ver la presencia policial se disolvieron, logrando Carabineros controlar y fiscalizar a parte de ellos, y en los momentos en que controla al acusado XXXXXXeste en principio se negó a la revisión de su mochila, luego accedió a que fuere revisada en la unidad policial, siendo subido a un vehículo, siendo observado cuando realiza un movimiento de su mano izquierda que mantenía empuñada, manteniendo un papel blanco que en el interior del mismo mantenía 8 envoltorios de papel blanco cuadriculado que contenía una sustancia vegetal deshidratada con olor y color característico de la marihuana elaborada, sustancia a la que se le aplicó la prueba de campo respectiva arrojando coloración positiva ante la presencia del principio activo THC, confirmando que se trataba de marihuana elaborada.

Asimismo en la revisión de la mochila se encontraron compartimiento la suma de \$12.000,



en billetes y monedas de baja denominación. El imputado no contaba con la autorización para el porte o posesión de la referida droga, la que tuvo un peso total de 6 gramos 700 miligramos, y que en las circunstancias descritas se estima no estaba destinada a su uso consumo personal y exclusivo y próximo en el tiempo."

Este suceso fue calificado como delito consumado de Tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación con el 1°, ambos de la Ley N° 20.000.

Cuarto: Que en relación al cuestionamiento del recurrente como parte de la causal principal, que ataca lo afirmado por los jueces de la instancia en el motivo séptimo de su fallo al dictaminar que "los funcionarios de carabineros XXXXXXy XXXXXX , quienes relataron que el día 18 de abril de 2019, estando de servicio en la población el caboprimero Loncomilla recibe una denuncia a su teléfono celular indicando un ciudadano que en la plaza de armas de San Fernando se comercializaba y consumía droga, haciendo presente que había un grupo de 7 sujetos detrás de la pérgola y uno de ellos vestía un gorro de lana tipo norteño el cual había sido visto por el testigo en dos oportunidades entregando al parecer droga a los mismo sujetos que se encontraban". A continuación, el fallo precisó que "la funcionaria XXXXXXque ella efectuó el control de identidad a don XXXXXX , quien entregó su cédula de identidad pero no accedió a que se le revisará la mochila de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, aduciendo portaba especies personales íntimas que no quería que nadie observara, ante ello se le indica que si se trasladaban a la unidad policial para que fuera revisada su mochila, a lo que accedió, se suben al vehículo comando sentándose ella junto al acusado en parte de atrás cuando se percata de un movimiento que hizo con su mano izquierda, ante lo cual observa que tenía su mano izquierda empuñada y que sobresalía un papel de color blanco, ante lo cual le indica al cabo 1° Ramos que detenga la marcha, lo que hace y le pregunta que mantenía en su mano, ante lo cual la abre manteniendo en ella 8 envoltorios de papel blanco cuadriculado en cuyo interior mantenía una sustancial vegetal deshidratada, con características a marihuana".

Quinto: Que, sentado lo anterior, sigue el estudio de las conclusiones que alcanzan los sentenciadores en base a los hechos que ellos mismos dan por ciertos, en relación al cumplimiento de los extremos enunciados en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan el control de identidad.

Al respecto, como se evidencia de lo afirmado en el motivo décimo del fallo, el Tribunal, por las razones que ahí expone, dio fe de lo narrado en estrados por los funcionarios policiales sobre el punto que se examina, considerando también para ello que tales testimonios se condicen con el resto de la prueba recibida en el juicio.

Pues bien, las circunstancias descritas por los agentes policiales para proceder de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal -como se lee también en la consideración décima-, venían dadas porque "existía un indicio que el acusado podía haber cometido un delito, ello en virtud de la información proporcionada a la policía por un testigo que se encontraba en la plaza de armas, en cuanto indicó que un sujeto con gorro de lana tipo norteño entregó en dos oportunidades al parecer droga a un grupo que se

encontraban en el lugar, quienes fumaban marihuana, vestimenta que precisamente llevaba consigo ese día el acusado".

Esta situación llevó a los carabineros a concurrir a la plaza en cuestión, donde observaron según consigna el ya mencionado razonamiento "se encontraban fumando marihuana por el fuerte olor que se expelía, y que evidentemente ya es conocido por ellos. Y dicho indicio permite conforme el artículo 85 del referido código controlar identidad".

Con estos antecedentes, según se aseveró en el fallo, los funcionarios actuaron "conforme lo dispone expresamente el inciso 4 del referido artículo durante dicho procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio la policía podrá proceder al registro de vestimentas o equipajes, es decir está plenamente facultada para ello". Que como el acusado "no quería - supuestamente se le vieran prendas íntimas que portaba en su mochila-, se le indicó que podía ser trasladado al cuartel para ello, a lo que accedió, y de no haber accedido ello no hace ilegal el procedimiento pues estaban facultados para un registro, y es en ese momento que se le encuentra la droga en una de sus manos".

Sexto: Que, a juicio de esta Corte, en las circunstancias antes referidas no se observa algún indicio de que el acusado XXXXXX se encontrare cometiendo delito alguno, que facultara a los agentes policiales para controlar su identidad según el artículo 85 del Código Procesal Penal y, consecuentemente, para el registro de su equipaje.

Que en la especie se ha esgrimido como fundamento de un control de identidad, la circunstancia de haber apreciado el personal policial a un sujeto que se encontraba en compañía de otros en la plaza de armas de San Fernando, fumando marihuana, el que vestía un gorro de lana, característica que fue proporcionada por un denunciante anónimo -según refirieron los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento- quien indicó que éste habría entregado en dos oportunidades al parecer droga al grupo que se encontraba en el lugar.

Sin embargo, tal como se resolvió en las causas Rol N° 26.422-18, de 6 de diciembre de 2018 y Rol N° 41165-19 de 6 de febrero de 2020, "lo anterior no fue constatado por los policías al constituirse en el lugar, de manera que lo efectivamente observado por ellos -un sujeto en la vía pública- configura por esencia una conducta absolutamente neutra, no sólo tolerada, sino que tutelada por el ordenamiento jurídico, desde que la libertad ambulatoria es un derecho de todo habitante de la República, susceptible de ser ejercido y protegido, por lo que esta circunstancia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad" (en la misma línea CS, Rol N° 36.630-17, de 13 de septiembre de 2017, demandando una "apreciación directa por parte de los funcionarios" de la circunstancia invocada como indicio -la venta de droga en ese caso-.

Que como destaca el mismo fallo antes citado, en relación a las denuncias anónimas, "su existencia debe emanar de datos certeros que objetivamente respalden el hecho delictivo del que dan cuenta." En la especie, tales circunstancias no surgen del relato policial vertido en juicio, pues como se desprende de la sentencia recurrida, los funcionarios de Carabineros que participaron del procedimiento no presenciaron hechos de la naturaleza de los denunciados, salvo lo atinente a las características de una de las

vestimenta que portaba el imputado, lo que solo sirvió para su localización.

Así las cosas, de aceptar lo planteado por los sentenciadores, implicaría que meras coincidencias accidentales y de escasa relevancia como vestir un gorro de lana habilitarían a los agentes estatales para limitar transitoriamente la libertad ambulatoria de las personas y afectar su intimidad y privacidad mediante el registro de sus vestimentas, equipaje y vehículo, interpretación que se confronta con lo prevenido en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, pues el alcance desmesurado que lo decidido por la sentencia importa dar al artículo 85 del Código Procesal Penal, específicamente a lo que debe entenderse como un indicio que faculte a las policías para el control de identidad, conculca en su esencia los derechos y garantías constitucionales antes aludidos.

Sobre este aspecto ha señalado esta Corte que "Los indicios a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, son aquellos elementos objetivos que facultan a los policías para desarrollar las actuaciones que comprende el control de identidad especificadas en esa misma norma -pedir o conseguir la identificación y el registro de quien es objeto del control-, respecto de una persona 'determinada'. Es decir, los indicios, cualesquiera que ellos sean, deben presentarse respecto de personas determinadas, ya sea porque ellas mismas son vistas por los policías realizando una acción u omisión que constituye el indicio, o porque son sindicadas por otras personas -directa o presencialmente, o por referencia a su nombre, apodos, rasgos, etc.- que reseñan los hechos que aquéllos habrían ejecutado y que serían constitutivos del indicio, pues únicamente sobre quienes recaigan dichos indicios, la policía podrá restringir transitoriamente su libertad ambulatoria para llevar a cabo el control de identidad" (SCS Rol N° 62.131-16 de 10 de noviembre de 2016 y Rol N° 6067-18 de 17 de mayo de 2018).

Séptimo: Que, por otra parte, si bien, el Ministerio Público, esgrimió en sus alegaciones en estrados, durante la vista de la causa, para defender la legalidad del control de identidad practicado al acusado, que la información fue entregada por un testigo que tendría el carácter de "protegido", de manera que goza de un estatuto jurídico diverso, sus afirmaciones no guardan el respectivo correlato con los antecedentes que dan cuenta el fallo recurrido.

En efecto, el considerando octavo da cuenta que "los funcionarios de carabineros XXXXXXy XXXXXX , relataron que el día 18 de abril de 2019, estando de servicio en la población, el cabo primero Loncomilla recibe una denuncia a su teléfono celular". A su vez, el considerando décimo del fallo, que analiza las argumentaciones de la defensa, al referirse al fundamento de la actuación policial consignó que "en virtud de la información proporcionada a la policía por un testigo que se encontraba en la plaza de armas", sin efectuar ninguna alusión al carácter de dicho deponente.

En ese contexto, cabe reparar en que, primero, la información entregada por el denunciante anónimo, no indica, además de que vestía un gorro de lana, otras vestimentas, una aproximación de la edad, ni ninguna otra característica del mismo, tal como su contextura u otros elementos que permitieran identificarlo, por lo que dicha denuncia sólo importa la obtención de elementos que habilitaban a los funcionarios policiales para realizar otras diligencias propias de su labor policial preventiva o, incluso, para poner en

conocimiento los hechos del Fiscal de Turno, para que por su intermedio se obtuviere la correspondiente orden judicial de registro e incautación.

Por lo demás, el solo hecho que XXXXXX, haya demostrado su identidad con el instrumento público correspondiente -según se estableció en el considerando décimo- enerva desde ya el procedimiento ante la ausencia de otros elementos- distintos de la llamada anónima- que justificaren la persistencia en la actividad intrusiva de la policía, por lo que a su respecto el procedimiento debió cesar.

Octavo: Que no empece a lo que se viene reflexionando que el imputado XXXXXX, accediera a ser transportado a la unidad policial para efectos de registrar su mochila, puesto que aquel ya se hallaba sometido al procedimiento de control de identidad. De ese modo, la solicitud de autorización al imputado para la apertura de su equipaje es parte del proceder defectuoso de la policía, pues se efectúa precisamente por estimar - erróneamente- los agentes que había indicios para llevar a cabo el control de identidad, tal como lo demuestran los dichos de la funcionaria XXXXXX , al expresar que "que ella efectuó el control de identidad a don XXXXXX , quien entregó su cédula de identidad pero no accedió a que se le revisara la mochila de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, aduciendo portaba especies personales íntimas que no quería que nadie observara, ante ello se le indica que si se trasladaban a la unidad policial para que fuera revisada su mochila, a lo que accedió".

En el estudio de esta materia no debe preterirse que la autorización voluntaria para el registro del equipaje supone que su dueño o encargado, pudiendo negarse u oponerse a esa actuación, libremente accede a ella. En esa línea, no escapa a esta Corte que según se razonó en el fundamento décimo, "que de no haber accedido ello no hace ilegal el procedimiento pues estaban facultados para un registro, y es en ese momento que se le encuentra la droga en una de sus manos", de lo que se colige que los magistrados estimaron que el no asentir a la diligencia no era óbice para su ejecución sino una mera formalidad sin efectos concretos y, en consecuencia, que no tenía una real opción de impedir la diligencia en cuestión.

Noveno: Que la ilicitud constatada, esto es, la falta de un indicio que habilitara a los agentes policiales para llevar a cabo el control de identidad que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, reviste trascendencia y sustancialidad en el caso de autos pues tuvo como corolario el hallazgo de la droga incautada en la mano del acusado, la que corresponde al objeto material del delito por el cual fue condenado éste.

En conclusión, el actuar policial en análisis constituye una 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, cuyo objeto preciso es 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 ocasión de la diligencia de control de identidad 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.

Décimo: Que, en atención a lo antes concluido y lo que se resolverá, no se examinará la causal subsidiariamente interpuesta en el arbitrio.

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 XXXXXX y, en consecuencia se invalida la sentencia de dieciséis de marzo pasado, y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1900422291-4, RIT 4 - 2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose los testimonios de los funcionarios policiales XXXXXXyXXX, la perito Aurora Palominos González, y sus análisis de estupefacientes N° 397-2019 con el informe sobre efectos y peligrosidad para la salud de la marihuana y el comprobante de depósito del dinero incautado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 33.232-2020.-

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S.