

Santiago, diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

**Vistos:**

El Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RIT 585-2017 y RUC 1600509508-9, por sentencia de 23 de marzo de 2018, en procedimiento ordinario condenó a ~~Salvador Alberto Martínez Durán~~, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9° en relación al artículo 2° letra b) de la ley 17.798, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, sustituida por la pena de Libertad Vigilada Intensiva, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el treinta de abril pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

**Y considerando:**

**Primero:** Que el recurso invoca la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 5° inciso 2° y 19 números 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la Republica; artículo 11n° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 17 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículos 83, 85, 181, 227, 295 y 297 del Código Procesal Penal.

Señala que se ha conculcado, en su esencia el derecho a un procedimiento racional y justo, esto es, el derecho a un debido proceso consagrado en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta

Fundamental así como, las normas que cautelan el derecho a la libertad ambulatoria y a la intimidad.

Afirma que en este caso el control de identidad y posterior registro de vestimentas del imputado, fue realizado con infracción de garantías fundamentales, y fuera de los límites señalados por el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que ~~Salvador Alberto Martínez Durán~~ no se encontraba en ninguna de las situaciones del mencionado artículo. Dicha disposición señala de manera taxativa las hipótesis en las cuales procede el control de identidad, a saber, que existieren indicios que el sujeto hubiera cometido un crimen, simple delito o falta. En la presente causa el control de identidad al que fue sometido el acusado fue producto de una pretendida denuncia anónima de una vecina del sector, quien en la vía pública al observar a dos funcionarios de Carabineros transitar en moto, se habría acercado y señalado que, en la intersección de calle Caribe con Guadalupe de la comuna de Lo Espejo, se encontraba un sujeto de pelo largo manipulando aparentemente un armamento. Producto de aquello ambos funcionarios efectúan un patrullaje y al llegar a la intersección mencionada, observan a un sujeto que tenía el pelo largo y proceden a fiscalizarlo, sin embargo, lo único que percibieron los policías por sus sentidos al llegar al lugar, es una calle en la que transitaban personas, entre ellas a un sujeto que tenía el pelo largo y que camina en el momento en que ellos llegan, actividad que evidentemente no configura ningún indicio o actividad criminal, que se pueda encuadrar en la hipótesis del inciso primero del citado artículo 85.

Así las cosas, el único antecedente para el control de identidad lo constituye esta supuesta denuncia anónima de una vecina del sector, de la cual no existe registro alguno. Agrega que los indicios deben ser percibidos de

forma directa por los funcionarios policiales y aun cuando se quiera considerar la denuncia anónima como un dato, el tenor literal del artículo 85 antes de la modificación introducida por la Ley 20.931, exige la presencia de indicios en plural, es decir, más de uno.

Asimismo, la sentencia recurrida erróneamente le otorga el valor de indicio del artículo 85 del Código Procesal Penal, al hecho que el acusado al momento de percatarse de la presencia de Carabineros habría intentado huir discretamente del lugar para evitar el control, lo que es un antecedente feble y precario, sumado a que emana de una mera apreciación subjetiva de los funcionarios policiales, más aún cuando ambos testigos señalan en estrados que solo observan al acusado cuando comienza a caminar, pero además, el hecho de evitar el contacto con Carabineros puede deberse a múltiples motivaciones y no necesariamente a la comisión de un ilícito penal.

Al concluir solicita que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura la prueba que indica.

**Segundo:** Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, la recurrente rindió prueba de audio en la audiencia celebrada ante esta Corte, consistente en la reproducción de diversos pasajes de los testimonios prestados por los policías que acudieron al procedimiento, Christopher Alexander Haarmann Ruiz y Guillermo Andrés Tapia Jorquera, quienes se refirieron al contenido de la denuncia anónima y a lo observado al momento de constituirse en el lugar.

**Tercero:** Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado

"Que, el día 28 de mayo de 2016, en horas de la tarde, en la intersección de las calles Caribe con Guadalupe, de la comuna de Lo Espejo, funcionarios de carabineros sorprendieron a ~~Enrique Alberto Manríquez Durán~~ portando y poseyendo sin la respectiva autorización, un arma de fuego tipo pistola, marca Lorcin modelo L25 serie 322929 calibre 6.35 o punto 25 auto con dos proyectiles en el cargador sin percutar, del mismo calibre."

Estos hechos fueron calificados como un delito de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 en relación al artículo 2 letra b) de la ley 17.798.

Ahora en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló que "en concepto del tribunal el análisis y valoración de la prueba rendida por el Ministerio Público en la audiencia de juicio oral, de conformidad a los criterios establecidos en el artículo 297 del Código Procesal Penal, permite concluir que en la especie, el procedimiento policial, llevado a cabo por los funcionarios de la 42ª comisaría de Carabineros de Radiopatrullas Christopher Alexander Haarmann Ruiz y Guillermo Andrés Tapia Jorquera se ajustó estrictamente a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, y por lo tanto, sólo cabe desestimar las observaciones de la defensa en lo que respecta a la supuesta vulneración de garantías constitucionales del acusado en el hallazgo de la evidencia balística objeto del delito materia de la acusación".

Para ello agrega que "cabe considerar en esta parte que al haberse perpetrado el delito en cuestión el día 28 de mayo de 2016, esto es, antes de la publicación de la ley 20.931, corresponde aplicar en la especie el texto legal del artículo 85 del Código Procesal Penal vigente a la época de ocurrencia de los hechos, al tenor de lo previsto en el artículo 12 del Código Procesal Penal. Que

entonces, de conformidad al tenor del artículo 85 del Código Procesal Penal vigente en ese tiempo, los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 del Código Procesal Penal, se encontraban obligados a solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados en los que, según las circunstancias, estimaren la existencia de indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o se dispusiere a cometerlo, añadiendo el inciso 2º que durante este procedimiento, y sin la necesidad de nuevos indicios la policía podía proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla”.

A continuación señala que “en este contexto normativo, resulta evidente para estos sentenciadores que en la especie, los funcionarios de carabineros Haarmann Ruiz y Tapia Jorquera constataron la existencia de diversos indicios que les habilitaban para proceder al control de identidad en relación al acusado ~~Eduardo Alberto Mancosky Durán~~, pues ambos efectivos policiales concordaron en que el día de los hechos, en circunstancias que efectuaban sus labores preventivas habituales, habiendo sido asignados ese día a un sector de la comuna de Lo Espejo, fueron abordados en la calle Caribe por una mujer quien les indicó que un sujeto de pelo largo que se encontraba a unos metros de distancia, específicamente en calle Caribe con Guadalupe, se encontraba manipulando un arma de fuego, ante lo cual concurren al lugar señalado por la transeúnte y visualizaron que allí se encontraba precisamente una persona que reunía las características indicadas previamente quien se encontraba solo, contexto en el cual procedieron a efectuar la diligencia de control de identidad encontrando entre las vestimentas del imputado una pistola del calibre 6.35, procediendo a su detención”.

En virtud de lo anterior, para efectos de verificar si en la especie los funcionarios policiales se encontraban habilitados para realizar la diligencia de control de identidad, los sentenciadores consideraron que “la valoración de los diversos indicios debe realizarse de manera sistemática, es decir deben ser ponderados conjuntamente y no de manera aislada o separada, pues la norma exige que la policía constate, en base a los indicios que concurren, la existencia de un caso verdaderamente fundado que justifique la práctica de la diligencia, y en concepto de estos jueces, se produjeron en la especie una multiplicidad de señales y eventos que analizados acumulativamente y en su conjunto -y no separadamente como lo hace la defensa en su alegato de clausura efectivamente satisfacen los presupuestos del artículo 85 del Código Procesal Penal vigente a la época de los hechos, pues no solo se cuenta con una mera sindicación efectuada por una tercera persona que les entrega antecedentes a los efectivos policiales, sino que además, los datos aportados por esta persona fueron comprobados in situ instantes después de recibidos, ya que en el lugar preciso señalado por la testigo había efectivamente un sujeto de pelo largo como el que ella describió, y adicionalmente a todo lo anterior, este sujeto, al percatarse de la cercanía de los funcionarios policiales quiso huir del lugar discretamente a fin de evadir el control, intención que fue percibida por ambos funcionarios que según declararon se dieron cuenta que el acusado al verlos había querido hacer abandono del lugar, pues si bien en un principio estaba detenido en la calle, sólo comenzó a moverse con el propósito del alejarse del lugar al ver que venían dos funcionarios de carabineros en sus motocicletas”.

Por todo ello concluyen que “existen en consecuencia una concatenación de circunstancias, que se suceden inmediatamente, y que

posicionan efectivamente a los funcionarios policiales en el deber de proceder a efectuar el control de identidad en cuestión, diligencia que por lo demás es obligatoria y no facultativa una vez que la policía cuenta con los indicios suficientes.”

**Cuarto:** Que, al sostenerse en el recurso que en el caso sub iudice no se observa la pluralidad de indicios que el artículo 85 del Código Procesal Penal demanda para autorizar a las policías para controlar la identidad de una persona, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

En primer término, el fallo considera como indicio según depusieron los dos funcionarios policiales, Christopher Alexander Haarmann Ruiz y Guillermo Andrés Tapia Jorquera en el juicio, la denuncia efectuada por una mujer, que no fue identificada, por temor a represalias, que les refirió que un sujeto de pelo largo que se encontraba a unos metros de distancia, específicamente en calle Caribe con Guadalupe, se encontraba manipulando un arma de fuego.

Sin perjuicio de lo plausible de los cuestionamientos del recurso a la existencia de dicha denuncia anónima, atendido que la denunciante no fue individualizada y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de la misma, cabe más bien reparar que, primero, en esa alerta no se indican, además del largo del pelo del individuo, ninguna otra característica del mismo, tal como, su edad, vestimenta, contextura u otros elementos que permitan identificar al denunciado por los policías, omisiones que debieron ser salvadas por los funcionarios al constituirse en el lugar señalado, pues de otra forma importaría aceptar -lo que no resulta posible- que esa denuncia constituía un indicio de que, todo aquél que usara el pelo largo y que transitaba por, o estaba próximo a la intersección de -calle Caribe con Guadalupe - en momentos posteriores a

la denuncia, estaba expuesto a ser sometido a un control de identidad, con la consiguiente restricción a su libertad personal y afectación de su privacidad ante el registro.

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).

Así las cosas, en este caso la denuncia anónima, aún bajo el supuesto de la existencia de la misma, dada su vaguedad y amplitud, no puede constituir por sí sola un indicio de la comisión de un crimen, simple delito o falta por una persona determinada, ni tampoco, como se demostrará a continuación, puede hacerlo considerada en conjunto con el resto de las circunstancias que pondera el tribunal.

**Quinto:** Que el tribunal también toma en cuenta como indicio que “el sujeto al percatarse de la presencia policial quiso retirarse discretamente del lugar” actitud que, según los policías consistió en “moverse con el propósito del



alejarse del lugar al ver que venían dos funcionarios de carabineros en sus motocicletas”.

Cabe destacar que los policías, en sus declaraciones reproducidas en la audiencia celebrada ante esta Corte y extractadas en la sentencia, no manifiestan ningún elemento o circunstancia -amén de usar el pelo largo y encontrarse en la intersección referida - que permitiera sospechar que el acusado era aquél a quien aludió una denunciante anónima. Ya se dijo que no se aportó por ella su edad, contextura, vestimenta u otro rasgo que contribuyera a la identificación del sindicado, pero tampoco los policías ven al acusado portar algún elemento u objeto que permitiera sospechar que realizaba o se disponía a realizar los actos referidos en la denuncia –que se encontraba manipulando un arma de fuego - ni menos que haya efectuado alguna acción indiciaria de lo mismo. Lo único que se menciona por los funcionarios policiales es que el acusado, al verlos aproximarse, se mueve con el propósito de alejarse del lugar -sin correr ni apurar la marcha, ni hacer maniobras para ocultar su rostro o cubrir algo que portase bajo sus vestimentas, u otra circunstancia análoga-, lo que, desde luego no resulta un indicio “objetivo” de actividad delictiva, pues puede obedecer a múltiples razones legítimas e inocuas, constituyendo la suposición contraria sólo una impresión o interpretación, sesgada y parcial desde luego, por parte de los policías, subjetividad que, por consiguiente, no puede servir de sostén para una restricción de los derechos de las personas por parte de agentes del Estado.

**Sexto:** Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin el concurso de dos o más indicios objetivos de que estuviere cometiendo o intentare cometer un delito, ni de ninguno de los otros supuestos previstos en el artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizan

esa diligencia y, consecuentemente, permiten a la policía el registro del imputado, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando su derecho 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 manera que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de Luis Alberto Maricoy Duran resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

**Séptimo:** 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 sólo 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 a favor de ~~Esteban Alberto Martínez Pizarro~~ y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de veintitrés de marzo de dos mil dieciocho y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT 585-2017 y RUC 1600509508-9, del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de funcionarios de la 42° comisaría de Carabineros de Radiopatrullas Christopher Alexander Haarmann Ruiz y Guillermo Andrés Tapia Jorquera en cuanto se relacionen a la diligencia de control de identidad a la que fue sometido el acusado el día 28 de mayo de 2016 y los otros medios de prueba derivados de dicha actuación, consistentes en el perito Jose Manuel Barrientos Morales, que elaboró el informe pericial balístico n° 3496-2017, una pistola marca Lorcin modelo L25 serie 322929 calibre 6.35 o punto 25 auto con dos proyectiles en el cargador sin percutar y el Oficio del departamento de Control de Armas y Explosivos de la Dirección General de Movilización Nacional.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Rol N° 6067-18

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., y las Abogadas Integrantes Sras. Leonor Etcheberry C., y Maria Cristina Gajardo H. No firma el Ministro Sr.

Künsemüller, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

En Santiago, a diecisiete de mayo de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.



TJMFGKRS