

Santiago, tres de julio de dos mil dieciocho.

Vistos:

El Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de dos de mayo de dos mil dieciocho, en los antecedentes RUC 1600781702-2, RIT 622-2017, condenó a ~~Rosario Elida Rivera Morales~~ a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad en calidad de autora del delito de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 1°, en relación con el artículo 2 letra b), ambos de la Ley N° 17.798, hecho ocurrido en la comuna de Quinta Normal el 19 de agosto de 2016.

La defensa de la acusada dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el que se conoció en la audiencia pública de trece de junio del presente año, donde se recibió la prueba ofrecida por la recurrente, consistente en parte del registro de audio del juicio, la que se reprodujo, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Considerando:

Primero: Que, el recurso interpuesto se sustenta en la causal establecida en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, defecto que se configuraría, en el caso en estudio, a consecuencia de la transgresión a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, derecho a la intimidad, al debido proceso y a la libertad ambulatoria, contempladas en los numerales 2° inciso 1°, 4°, 3°

inciso 5° y 7 letras b) y c) todos del artículo 19 de la Constitución Política de la República en relación a los artículos 7 números 2 y 3 de la Convención Americana sobre derechos humanos y 9 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Expone, como antecedente previo, que la acusada fue imputada de portar un arma de fuego, tipo revolver, con cinco cartuchos en su interior sin percutar, el que era apto para disparar, sin contar ella con las autorizaciones que correspondan para el porte o tenencia de dicha arma de fuego.

Agrega que en la oportunidad procesal pertinente su parte cuestionó la existencia de un indicio, a la luz del artículo 85 del Código Procesal Penal, que permitiese a la policía realizar un control de identidad a la acusada.

En cuanto a la causal invocada se afirma que se lesiona la garantía de igualdad ante la ley, pues el control de identidad a la que fue sometida la encausada se realizó sin que existiese el indicio habilitante exigido por el artículo 85 del Código Procesal Penal, circunstancia que se genera desde que Carabineros decide realizar sólo un control vehicular y; posteriormente, procede a efectuar un control de identidad a la acusada sólo motivado por el actuar de un tercero, acción que constituye una ilegalidad desde que las conductas indiciarias no son comunicables.

Así, la única razón por la cual la acusada fue sometida a control de identidad fue por su condición de pasajera de un taxi, elemento del todo insuficiente para habilitar a la policía para obrar como lo hizo, y por ende dicha actuación importa una conculcación de la garantía constitucional ya referida; vulneración que se extiende a las garantías de debido proceso y libertad ambulatoria dado que el actuar de los agentes estatales afectó el derecho a la

intimidad personal, toda vez que la acusada fue sometida a un registro de sus vestimentas.

Refiere la parte recurrente que de lo expuesto se desprende que la ilegalidad de lo obrado por Carabineros redundaría en la ilegalidad de la prueba de cargo obtenida, a lo que se adiciona una prohibición de valorización de la misma por parte del sentenciador.

En cuanto al derecho a la intimidad, garantía recogida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, se expone que su infracción se produce cuando la policía realiza, respecto de la acusada, un registro de sus vestimentas, amparándose en el artículo 85 del Código Procesal Penal, amparo que no concurría pues a ella jamás se le imputó conducta alguna que habilitara para obrar como se hizo.

Respecto de la garantía contemplada en el numeral 7°, letras b) y c) del artículo 19 de la Constitución Política de la República se expone que libertad de Pineda Mulato fue restringida fuera de la forma que determina la Constitución y las leyes, en atención a que no concurrió al caso el indicio que habilitaba al control de identidad que se le efectuó.

Cita en este ámbito los artículos 7 del Pacto de San José de Costa Rica en sus numerales 2 y 3; y 9 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Afirma la defensa de la acusada Pineda Mulato que es evidente el perjuicio que ha traído para su representada la valoración positiva que el Tribunal Oral hizo de la prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales, pues con ello dicta finalmente una sentencia condenatoria que se fundamenta en prueba obtenida fuera del marco legal y constitucional, por lo que pide se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, solicitando se retrotraigan los autos al

estado de realización de un nuevo juicio oral excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos que digan relación con las diligencias realizadas para llevar a cabo el control de identidad que dio origen a la presente causa y las demás evidencias e indicios encontrados en el mismo, además de excluir toda la prueba documental, pericial y material por guardar relación con los elementos del delito que fueron incautados con infracción de garantías constitucionales.

Segundo: Que la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado el siguiente hecho: *“El día 19 de agosto de 2016, a las 04:55 horas aproximadamente, en la esquina de calle Costanera Sur con Los Suspiros, en la comuna de Quinta Normal, ~~Francisco Pineda Muñoz~~ mantenía en su poder y trasportaba en sus vestimentas, específicamente en la pretina de su pantalón, un arma de fuego tipo revólver, con cinco cartuchos en su interior sin percutar, le que se encuentra apto para disparar , sin contar con las autorizaciones que correspondan para el porte o tenencia de dicha arma de fuego”.*

Estos hechos fueron calificados por los Jueces Orales como constitutivos del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego, previsto y sancionado en el artículo 9 inciso 1°, en relación con el artículo 2 letra b), ambos de la Ley N° 17.798.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló en su motivo octavo, que *“A juicio de estas sentenciadoras, si existían suficientes indicios para proceder a dicho control, puesto que los Carabineros aprehensores, observaron que el automóvil en cuyo interior se desplazaba la imputada, se encontraba en una callejón detenido y que, al verlos con balizas encendidas, iniciaron su marcha, indicando los funcionarios que se aprestaron a realizarle un control vehicular porque es un sector peligroso, donde habitualmente se comercializa droga, al ir a realizar este control, se percatan que desde el interior*

del automóvil, por la puerta derecha trasera, alguno de los ocupantes abre un poco la puerta y sacude una bolsa de nylon, ante esta situación, el control vehicular muta en control de identidad, el cual se realizó a todos los ocupantes del vehículo puesto que este indicio de estar cometiéndose un delito de tráfico de drogas, lo es respecto de todos los ocupantes del automóvil, se comunica a todos ellos, no lo es solo de la persona que iba supuestamente sentada al lado de la puerta que se abrió, sino que de todos ellos, incluido el chofer, pero la diferencia fue, que éste portaba documentos de identidad, en cambio la acusada no los llevaba, realizándose una revisión superficial de la misma por la funcionaria Catherine Reyes Muñoz, quién le encuentra en la pretina del cinturón el arma de fuego que portaba sin la debida autorización, por lo que si existían indicios para dicho control de identidad, sin que se haya producido ninguna transgresión de sus garantías constitucionales”.

Tercero: Que de acuerdo a lo expuesto en el motivo de nulidad la infracción denunciada se produjo dado que la detención de la acusada y la recolección de la evidencia incriminatoria fue ejecutada fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, al haber actuado sin que existiese indicio alguno que le permitiera realizar acciones restrictivas de la libertad de ésta.

Ha sostenido esta Corte Suprema que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles, reconociéndole grados de autonomía en lo que dice relación con la posibilidad de llevar a cabo diligencias o actuaciones que tiendan al éxito de la investigación.

Se desprende de lo anterior que la actuación de la policía, por regla general, se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal) y en esa condición de excepcionalidad ha de leerse el artículo 83 del Código del ramo.

Los artículos 85 y 86 regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo el primero de ellos, en redacción vigente a la época de los hechos -19 de agosto de 2016- en lo que interesa, "Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que exista algún indicio 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; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos".

La norma transcrita permite o faculta a los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona, no exceptuando a quienes la policía conozca previamente por su nombre u otros antecedentes personales, siempre que, según las circunstancias, estimaren que existe algún indicio que la persona a controlar se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, además de otros casos que señala la disposición.

Establecido lo anterior ha de tenerse en consideración que las circunstancias que motivaron el control de identidad al que fue sometido la encartada, fueron materia de prueba y debate en el proceso, por lo que es menester estarse a lo asentado por el juez de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, efectúe una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente

las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, ya que implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la reproducción parcial de los testimonios rendidos en el juicio -sólo de lo que interesa a la recurrente-, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que el magistrado extrajo de esas deposiciones, no obstante que este último apreció íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contraexamen de los contendientes, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable.

Cuarto: Que cabe consignar que el indicio que justificó la práctica del control de identidad fue que frente a una fiscalización de la policía, el vehículo que se encontraba detenido, comienza a desplazarse, momentos en los cuales se produce la apertura de una puerta trasera desde la cual se vació el contenido de una bolsa plástica a la vía pública.

De esa manera el hecho descrito precedentemente habilita a la policía para realizar el control de identidad de las personas que se encuentran en un vehículo, con independencia de la posición que ocupen al interior del mismo, pues desde el exterior sólo se manifiesta una sola conducta, la cual es, en ese momento, indeterminada respecto de los ocupantes.

En consecuencia el vaciamiento del contenido de una bolsa plástica, frente a la proximidad de un procedimiento policial habilita a la policía para efectuar un control de identidad y registro de las personas que puedan encontrarse en situación de actores de dicha conducta, que puede estimarse irregular en esas circunstancias.

Quinto: Que, por tanto, la sentencia dar por cierto un hecho –vaciamiento de bolsa plástica desde el interior del vehículo hacia la vía pública- que, conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal autorizaban a los agentes policiales para realizar el control de identidad de la imputada ~~Rinaida Meléndez~~ sin que sea menester examinar si se observan además otros indicios objetivos de la posible comisión de un delito.

Más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que en la situación de autos se presentaba un caso fundado que justificaba controlar la identidad de la imputada, lo relevante es que el fallo da por cierta una circunstancia objetiva que admite calificarse como indicio de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de dicho indicio para llevar a cabo el control de identidad.

Sexto: Que en atención a lo antes concluido, esto es, la existencia del indicio que habilitaba a los policías para someter a la imputada a un control de identidad, éstos se encontraban entonces facultados para el registro de sus vestimentas, labor en la cual hallan en la pretina de su pantalón una pistola y municiones, sin autorización para su tenencia y porte, lo que configura la causal de flagrancia de la letra a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, esto es, "El que actualmente se encontrare cometiendo el delito", lo que en definitiva justificaba su detención.

Séptimo: Que corolario de todo lo que se ha venido razonando, es que no se han vulnerado los derechos al debido proceso y a la libertad personal de la imputada ~~Rinaida Meléndez~~ como se acusa por el recurrente, motivo por el cual no se configura la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal

Penal invocada en el arbitrio, todo lo cual conduce a que éste deba ser desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y 373 letra a) del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada ~~Fernanda Elena Pinasco Malabre~~, contra la sentencia dictada con fecha dos de mayo de dos mil dieciocho, por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N° 1600781702-2 y RIT N° 622-2017, y el juicio oral que le antecedió, los que, por ende, no son nulos.

Acordado con el **voto en contra del Ministro Sr. Juica**, quien estuvo por acoger el recurso deducido y, en consecuencia, anular el juicio y la sentencia de estos autos, para que se celebre un nuevo juicio en el que se excluya como prueba de cargo aquella derivada del control de identidad al que fue sometida la acusada, por las siguientes consideraciones:

1°. Que como se desprende de la atenta lectura del considerando 8° el obrar de la policía cambia cuando se percata que "alguno de los ocupantes abre un poco la puerta y sacude una bolsa de nylon", mutación que va del control vehicular al de identidad.

2°. Que la acción de vaciamiento de una bolsa de nylon no tiene, a juicio de este disidente, la entidad suficiente para constituirse en indicio necesario, a la luz del artículo 85 del Código Procesal Penal, que habilite a la policía para conculcar, válidamente, la garantía constitucional relativa al derecho a la intimidad y libertad ambulatoria.

3°. Que, en ese orden, no presentándose en el caso sub iudice el indicio objetivo que demanda el artículo 85 del Código Procesal Penal, los agentes policiales no se encontraban autorizados para controlar la identidad de la acusada y registrar sus vestimentas, por lo que al hacerlo sin causal legal, vulneraron el

derecho al debido proceso y la libertad personal de la encartada, tornando ilícita toda la prueba derivada de dicha actuación ilegal, la que, por tanto, no pudo fundar el pronunciamiento condenatorio en análisis.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas y de la disidencia su autor.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 8.856-18

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., y Jorge Dahm O. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado de sus funciones.

En Santiago, a tres de julio 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.

