

Santiago, veinticinco de abril de dos mil veintidós.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en causa R.U.C. 2000532903-6 y RIT 50-2021, por sentencia de veinticinco de julio de dos mil veintiuno, condenó a José Antonio Yáñez Cárcamo a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y a una multa de seis unidades tributarias mensuales, en su carácter de autor del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, hecho ocurrido el día 26 de mayo del año 2020, en la ciudad de Osorno.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el cinco de abril pasado, según consta del acta levantada al efecto.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso interpuesto por la defensa de José Antonio Yáñez Cárcamo invoca como causal principal de nulidad la contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto durante el desarrollo del procedimiento y también en el pronunciamiento de la sentencia, se han infringido garantías fundamentales, aseguradas por nuestra Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 3 inciso 6, N° 4 y N° 7, en relación al artículo 85 del Código Procesal Penal.

Expresa que mientras los funcionarios policiales se trasladaban en sus motocicletas, divisaron a un sujeto en la vía pública, quien vestía parca azul, jeans del mismo color y zapatillas verdes y sacó desde el interior de su mochila



color gris, marca Head, un elemento envuelto en una bolsa de nylon color negro, la cual manipulaba con ambas manos, seguidamente y al ver la presencia policial esta persona demostró un actuar nervioso, comenzando a mover las manos y ocultar rápidamente en su mochila dicha bolsa, para luego tratar de huir caminando de manera más rápida, por lo anterior se le realizó un control de identidad en conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal, por estimar que existía un indicio de que el sujeto pudiese haber cometido un delito. En este contexto, al individuo se le efectuó una revisión superficial de sus vestimentas y de su mochila, encontrando en el interior una bolsa de nylon negra, que contenía diez envoltorios de una sustancia vegetal, color verde, con similares características a cannabis sativa, la que se encontraba dosificada, manifestando esa persona que la comercializaba en dos mil pesos cada uno.

Señala que resulta evidente que el control de identidad que practicaron los funcionarios de Carabineros a su defendido no cumple con las exigencias a las que hace referencia el legislador en el artículo 85 del Código Procesal Penal, pues el indicio exigido no se configura en la especie, en atención a que guardar una bolsa de nylon negra es una conducta neutra. Por otro lado, el estar “nervioso” es una apreciación subjetiva del funcionario policial.

Finaliza solicitando se acoja la causal invocada, se anule el juicio y la sentencia, se excluya toda la prueba del Ministerio Público y se ordene la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal de juicio oral no inhabilitado.

Segundo: Que, el recurso invoca como primera causal subsidiaria la establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letras c) y 297 del mismo cuerpo legal.

Expresa que esta causal comprende dos capítulos, ambos referidos a la infracción al principio de razón suficiente. El primero respecto a la falta de



fundamentación de la calificación jurídica y la segunda con relación a la falta de fundamentación respecto a la calificación de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal.

Indica, respecto al primer capítulo, que la sentencia recurrida no se hace cargo de la teoría del caso de la defensa, ni explica las razones para desecharla, teniendo el tribunal por acreditada la conducta de traficar únicamente con la declaración del imputado.

Explica que el tribunal, efectuando una valoración de la prueba mediante el estricto cumplimiento del artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal, no puede arribar a la misma conclusión a la que llegó la decisión adoptada por los sentenciadores, ya que sin la declaración del imputado no puede probarse el delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, siendo la conducta atípica o en el peor de los casos subsumible en una falta del artículo 50 de la Ley N° 20.000.

En un segundo capítulo, señala el recurrente que la sentencia no fundamenta el rechazo de la petición de tener como muy calificada la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, constituyendo una mera negativa injustificada.

Por lo expuesto, en ambos casos solicita se acoja el recurso, se anule la referida sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Tercero: Que la segunda causal subsidiaria impetrada en el arbitrio se funda en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, pues se aplicó de manera errónea los artículos 1°, 4° y 43° de la Ley N° 20.000, como también el



artículo 1° del Reglamento de la referida ley, atendido que el informe pericial que determina la naturaleza y particularidades de la sustancia incautada en el procedimiento que dio origen al juicio, solo entrega como conclusión que la sustancia se trata de cannabis sativa, esto es, un género sin precisar si se trata o contiene alguna parte o producto que la normativa determina como sustancia sicotrópica o estupefaciente capaz de provocar dependencia física o síquica y causar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Termina pidiendo se acoja el recurso, se anule el fallo y se dicte, sin nueva audiencia, pero separadamente, sentencia de reemplazo, que absuelva al acusado por no ser constitutivo de delito el hecho por el cual se le acusó.

Cuarto: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de la causal principal esgrimida, la defensa incorporó como prueba copia del parte policial que da cuenta del procedimiento que originó la detención del acusado.

Quinto: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento octavo tuvo por acreditado: *“Que, el día 26 de mayo del año 2020 pasada las 09:00 horas personal de carabineros que patrullaba en moto por calle Errázuriz proceden a controlar a sujeto de nombre JOSÉ ANTONIO YÁÑEZ CÁRCAMO, quien portaba al interior de una mochila una bolsa nylon color negro y dentro de la misma diez envoltorios del mismo material y color, los que contenían una sustancia de color verde, al aplicárseles la respectiva prueba de campo dio positivo para marihuana con los test de Aerosol cannabis 1 y 2.-*

Que según los funcionarios aprehensores el mismo imputado les manifestó que la vendía en las inmediaciones del terminal de buses a \$2.000.- cada envoltorio de la referida droga.-



Situación por la cual procedieron a su traslado a la Unidad policial y se comunicó al fiscal de turno para continuar con el procedimiento de rigor y se le explico al imputado el motivo de su detención” (sic).

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como un delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, cometido en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000.

Luego, en el motivo séptimo, los sentenciadores establecen, al analizar la prueba rendida por el Ministerio Público, que los funcionarios policiales se acercaron al imputado a practicarle un control de identidad al percatarse que desde el interior de una mochila color gris, marca Head, sacó una bolsa negra, colocándose nervioso al ver a uno de los Carabineros, por lo que rápidamente oculta el objeto en la misma mochila, tratando de salir del lugar rápidamente.

Sexto: Que así las cosas, aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron al control de identidad cuestionado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado que el imputado sacaba de la mochila que portaba una bolsa negra y luego, la introdujo nuevamente en ella, para entonces apurar el paso.

Séptimo: Que, de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal, para proceder al control de identidad, debe existir algún indicio de que la persona de cuya identificación se trata haya cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo o concurrir alguno de los demás supuestos que en dicho precepto se establecen.

Que, esta Corte ha reiterado a través de numerosos fallos que el indicio a que alude la ley debe atender “prioritariamente más bien a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a



los policías, para dilucidar si se trata o no de un indicio de que la persona a fiscalizar “hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o de que se dispusiere a cometerlo” —o se encuentre en alguno de los otros supuestos que trata la norma—, con abstracción de si esos hechos y circunstancias constituyen uno o varios indicios, sino únicamente a si los mismos justifican razonablemente la temporal restricción de la libertad personal de quien es sometido al control, de modo que con ello se descarte el uso arbitrario, antojadizo o discriminatorio de esta herramienta legal contra un sector de la población. Si se reemplazó “indicios” (pluralidad) por “indicio”, quiere decir que el singular y único deberá poseer la necesaria vehemencia y fuerza que sustituya a la antigua pluralidad. De esa manera —como se suele señalar en relación a la valoración de la prueba testimonial—, ahora los indicios se pesan y no se cuentan para determinar si se cumple el presupuestos legal de encontrarse ante un “caso fundado”, extremo medular que se mantiene después de la Ley N° 20.931, para habilitar la realización de un control de identidad (entre otras, SCS N° 19.113-2017, de 22 de junio de 2017; SCS N° 29.596-2019, 21 de febrero de 2020; SCS N° 41.240-2019, 07 de mayo de 2020).

Que, en la especie aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron a efectuar el control de identidad que culminó con la detención del imputado, motivados únicamente por la circunstancia de haber observado que un sujeto, quien portaba una mochila, sacó desde su interior una bolsa de color negro y luego la volvió a introducir en ella, apreciando que tal actividad se hizo porque el acusado se percató de la presencia de los Carabineros, para luego apurar el paso. Estas circunstancias de hecho no constituyen, en modo alguno, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había



cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta. Si a los policías les pareció sospechoso el objeto que sacó de la mochila, esto no justificaba su actuación subsiguiente, ya que la ley no se conforma con una sospecha, sino que exige un indicio o presunción, la cual debe reunir los caracteres anteriormente recordados.

Que, tampoco pueden darse por concurrentes en este caso las demás situaciones que detalla el artículo 85 ya citado, desde que el único hecho asentado para motivar la actuación policial es la tenencia por parte del imputado de una bolsa de nylon negra, que sacó de su mochila y luego la volvió a introducir en ella, hecho éste, neutro desde una perspectiva jurídico-penal.

El Ministerio Público se ha encargado de precisar que la apreciación de los hechos indiciarios tiene que sustentarse sobre la base de elementos objetivos a partir de los cuales sea razonable la afirmación de un hecho no conocido. Descarta, entre otras, las siguientes conductas o actitudes: "La actitud y perfil del sujeto, apreciadas de forma aislada y parcelada, la actitud evasiva, la actitud sospechosa, gestos y conductas dudosos, persona en evidente estado de nerviosismo." (Características, alcance y finalidad del indicio a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, a propósito del denominado control de identidad investigativo", Rodrigo Honores Cisternas, Revista Jurídica del Ministerio Público, Nro 76, Agosto 2019, pp. 181 y s.s.) Estas consideraciones del ente persecutor avalan la solidez de los razonamientos de esta Corte, que descartan la existencia de un indicio en el caso de autos.

Octavo: Que, por lo expuesto, cabe tener por infringido en el caso concreto el artículo 85 del Código del Ramo, desprendiéndose de esta



constatación, que los agentes policiales vulneraron los derechos constitucionales del imputado, vulneración que ha sido replicada en la sentencia impugnada, ya que los magistrados calificaron la actuación de Carabineros como ajustada a la ley, calificación que, en concepto de estos sentenciadores es errónea y no puede fundar la condena.

Noveno: Que, la conclusión de los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no resulta aceptable en esta sede de revisión de su fallo, ya que, como se ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947).



Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”.

Décimo: Que, en consecuencia, al haber ocurrido el actuar autónomo de la policía fuera de los márgenes legales y de sus competencias, se vulneró el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto del acusado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio.

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.

Undécimo: 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, incurrieron en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido



proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Duodécimo: Que conforme lo señalado resulta innecesario pronunciarse respecto de las causales subsidiarias esgrimidas en el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de José Antonio Yáñez Cárcamo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido en favor de José Antonio Yáñez Cárcamo y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veinticinco de julio de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 50-2021, RUC N° 2000532903-6, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

N° 56148-2021.





Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Haroldo Osvaldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R. Santiago, veinticinco de abril de dos mil veintidós.

En Santiago, a veinticinco de abril de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

