

Santiago, catorce de septiembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

El Juzgado de Garantía de La Serena, en causa RUC 2100084971-2, RIT 522- 2021, por sentencia de 29 de marzo de 2021, en procedimiento ordinario simplificado condenó a Nicolás Suarez Sotomayor al pago de una multa de tres unidades tributarias mensuales, por su responsabilidad como autor del delito de porte ilegal de arma cortante o punzante, previsto y sancionado en el inciso segundo del artículo 288 bis del Código Penal, en grado de consumado, perpetrado en la ciudad de La Serena, el día veintiséis de enero del año dos mil veintiuno. Se dispuso que si el condenado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día de reclusión por cada un tercio de unidad tributaria mensual, en la especie, 9 días de reclusión.

La misma sentencia decretó el comiso del arma blanca incautada y condenó al sentenciado al pago de las costas de la causa.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el 25 de agosto 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 5º inciso 2º, 6º, 7º y 19 numeral 3º de la Constitución Política del Estado, y el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Al respecto alega la infracción del artículo 85 del Código Procesal Penal, puesto que el control de identidad a que fue sometido el imputado se realizó sin



un indicio objetivo y verificable que validara el actuar policial. Luego de transcribir parcialmente la declaración de los funcionarios aprehensores, asegura que el “indicio” que motivó la fiscalización del encartado, correspondió a una denuncia por consumo de marihuana en la vía pública y el no porte de la mascarilla por parte del encartado, quien la llevaba en su mano, circunstancia – afirma el impugnante- que no se acreditó, verificándose únicamente el olor a marihuana en el imputado sujeto a control, pues no se les tomó declaración a los civiles que habrían efectuado la denuncia ni se determinó su identidad.

Concluye, por ello, que el control de identidad investigativo a que se sometió a Nicolás Suarez Sotomayor y su posterior registro es ilegal, y por ende, la evidencia obtenida a partir de dicha fiscalización se encuentra teñida también de aquella ilicitud.

Termina solicitando que se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrase una nueva audiencia de juicio oral por un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba que indica.

SEGUNDO: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado que “el día 26 de enero de 2021, a las 11:40 horas aproximadamente, Nicolás Rafael Suárez Sotomayor, fue sorprendido por personal de Carabineros de Chile en la vía pública, calle Gregorio Cordovez a la altura del N° 575 de la ciudad de La Serena, portando un arma blanca tipo cortapluma en el interior de un banano y al ser consultado no justificó razonablemente su porte”.

Estos hechos fueron calificados como el delito de porte ilegal de arma cortante o punzante, previsto y sancionado en el inciso segundo del artículo 288 bis del Código Penal, en grado de consumado.



En relación a los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló que: “los dos testigos de cargo indicaron que si bien no encontraron droga en poder del acusado, sí expelía olor a marihuana”. A continuación agregó que “ambos testigos indicaron que al controlar al acusado éste no portaba su mascarilla en el rostro, circunstancia que igualmente había sido denunciada por las personas que se negaron a identificarse, por lo que el acusado estaba contraviniendo lo dispuesto en el numeral 20 de la Resolución Exenta N° 591 del Ministerio de Salud que establece las medidas sanitarias que indica por el brote de Covid 19, y que dispone el uso obligatorio de mascarillas para todas las personas que se encuentren en la vía pública de zonas urbanas o pobladas; resolución que se encuentra vigente y cuya infracción podría configurar el delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal; circunstancia que configuraría el indicio de que estaría cometiendo un crimen, simple delito o falta, que justifica legalmente el control de identidad efectuado por los funcionarios policiales.”

TERCERO: Que de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, la defensa del acusado rindió prueba de audio en la audiencia celebrada ante esta Corte, consistente en la reproducción de pasajes de la prueba testimonial del funcionario policial Patricio Bastías producida en la audiencia de juicio oral, la cual quedó en el registro de la misma.

CUARTO: Que, al sostenerse en el recurso que el control de identidad a que se sometió a Nicolás Suarez Sotomayor no se ajustó a derecho, por no verificarse un indicio objetivo que validara el actuar policial, cabe entonces abocarse a ese examen a la luz de los hechos fijados y lo razonado en la sentencia impugnada.

QUINTO: Que, en primer término, el fallo considera como indicio la denuncia efectuada por tres testigos, dos personas adultos mayores y un



tercero joven, quienes se negaron a identificarse y que decía relación, según depusieron los funcionarios policiales Bastías Salazar y Reyes Palma en el juicio, con el hecho que un sujeto que vestía ropas oscuras se encontraba en calle Gregorio Cordovez a la altura del N° 575, consumiendo marihuana, además de no portar mascarilla.

Sin perjuicio de lo plausible de los cuestionamientos del recurso a la existencia de la indicada denuncia, por la falta de identificación de los aludidos testigos y, dado que el tribunal tuvo por cierta la existencia de dicho comunicado, cabe más bien reparar en que, lo único que motivó la fiscalización del imputado fue el presunto consumo de marihuana y el no uso de la mascarilla, que habrían denunciado los civiles a quienes –como ya se dijo- no se les tomó declaración ni se determinó su identidad.

SEXTO: Que, sin embargo, de la propia descripción que el tribunal realiza del proceder policial aparece que los funcionarios, sin haber constatado personalmente ninguno de los indicios de las conductas que el artículo 85 del Código Procesal Penal contempla como requisito para validar la actuación autónoma de las policías (esto es, señales de haber 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) realizaron la diligencia aludida.

En efecto, tal como se estableció en el fallo recurrido, al constituirse los policías en el lugar individualizado sólo observaron a una persona con similares vestimentas a las mencionadas por los denunciantes y que no portaba mascarilla.

En este contexto, el aludido indicio que habrían considerado los funcionarios policiales para controlar la identidad del acusado, consistió en la



percepción de un “olor a marihuana”, lo que tal como esta Corte ha sostenido reiteradamente no reúne las condiciones de ser objetivo y verificable, dado su carácter eminentemente subjetivo que emana de la impresión que hace un policía de su percepción olfativa, lo que no resulta suficiente para someter a todas las personas que se encontraren en el lugar a las restricciones a la libertad personal que involucra el control de identidad (SCS Rol N° 21413-2014 de 22 de septiembre de 2014, Rol N° 15148-2018 de 11 de septiembre de 2018, Rol N° 2222-2019 de 28 de febrero de 2019 y Rol N° 30159-2020 de 27 de mayo de 2020).

Que, en consecuencia, la circunstancia que una persona fuera sorprendida, con “olor a marihuana”, vistiendo ropas oscuras, en el lugar mencionado por los denunciantes, dista de satisfacer el estándar que impone el artículo 85 del Código Procesal Penal, por no constituir un signo que permita sospechar la comisión de un delito -sea ya cometido o por cometer- así como tampoco la mera materialidad de la presencia del acusado en el lugar.

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).

SÉPTIMO: Que, en lo que dice relación con el no uso de mascarilla por el acusado, tal conducta, objetivamente sólo es indiciaria de que aquél infringe una norma sanitaria, esto es el numeral 20 de la Resolución Exenta N° 591 del Ministerio de Salud, conforme indica su título, en cuanto “dispone las medidas sanitarias que indica por el brote de Covid 19”, por lo que no puede esa conducta estimarse por sí sola y sin ninguna otra evidencia decisoria como un indicio objetivo que permita presumir la comisión de algún hecho delictivo o alguna conducta asociada a ello.

En tal sentido cabe recordar que el artículo 85 del Código Procesal Penal, al afectar garantías constitucionales sin previa autorización judicial, sólo se justifica en la medida que se relacione con hechos de naturaleza penal, ello, por una parte, dado que es éste el contexto normativo dentro del cual la ley otorga esta facultad a las policías y, por la otra, porque sólo las infracciones al ordenamiento jurídico que estén revestidas de una mayor gravedad, lesionadora de bienes jurídicos esenciales de proteger para la convivencia social, pueden justificar la afectación de los derechos constitucionales de los ciudadanos de una envergadura como la que supone el control de identidad, que en concreto implica, al menos, una intromisión a la libertad ambulatoria y al derecho a la intimidad.

OCTAVO: Que, así las cosas, por haberse sometido al acusado a un control de identidad sin concurrir los 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, toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de Nicolás Suarez Sotomayor resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. En este sentido, aunque el juez de garantía haya afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

NOVENO: Que de este modo, cuando el sentenciador valoró 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 Nicolás Suarez Sotomayor y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de 29 de marzo de 2021 y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 2100084971-2, RIT 522- 2021 del Juzgado de Garantía de La Serena y se restablece la causa al estado de realizarse un nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la prueba testimonial, documental y material contenida en el auto de apertura.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Rol N° 26.945-21

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.



En Santiago, a catorce de septiembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

