

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno.

**VISTOS:**

En los antecedentes RUC N°2000751737-9, RIT N°52-2021, rol de ingreso de esta Corte Suprema N°30240-21, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de catorce de abril del año en curso, condenó a Jean Franco Jorquera Vargas a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de una multa de cinco unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, en grado de desarrollo consumado, perpetrado el día 25 de julio de 2020, en la comuna de Concón. No se concede al sentenciado ninguna de las penas sustitutivas contempladas en la Ley N°18.216, por lo que se dispone que deberá cumplir real y efectivamente la sanción impuesta, sirviéndole de abono los días que se precisan.

La defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad contra el indicado fallo el que se conoció en la audiencia pública de uno de septiembre pasado, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta en el acta levantada.

**CONSIDERANDO:**



**PRIMERO:** Que el recurso interpuesto se sustenta en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio a consecuencia de la transgresión de los artículos 206, 214, 216, 227 y 228, todos ellos del Código Procesal Penal y del artículo 19 numeral 3 de la Constitución Política de la República, vulnerándose las garantías del debido proceso y la inviolabilidad del hogar.

En este caso, sostiene el recurrente, las diligencias investigativas ejecutadas por los funcionarios de Carabineros, consistentes en el control de identidad practicado a un tercero y posterior ingreso al domicilio del acusado adolecen de ilegalidad.

Para argumentar explica que los funcionarios policiales de la SIP dieron cuenta que en circunstancias que realizaban un patrullaje preventivo observaron a un sujeto afuera del domicilio ubicado en calle Vergara 131, quien luego de ser atendido por un tercero, accedió al inmueble. Producto de lo anterior los policías vigilaron el lugar por aproximadamente 10 minutos, observando cuando el mismo sujeto salió del domicilio, por lo que le efectuaron un control de identidad. Es en este contexto -según señalan los funcionarios policiales- que Francisco Vásquez Riquelme en forma espontánea les indicó



que mantenía una bolsa con marihuana entre sus genitales, la que habría adquirido al sujeto del domicilio.

Así las cosas arguye, que no obstante la falencia denunciada y sin haber realizado previamente una prueba de campo para verificar si la sustancia correspondía a cannabis sativa, ni consignar la lectura de derechos ni declaración por escrito o algún otro medio digital de Francisco Vásquez Riquelme, tomaron contacto con la fiscal de turno, quien les habría instruido tomar declaración a este último, e ingresar al aludido inmueble en cuyo interior se encontraba el acusado Jorquera Vargas.

Al respecto alega también la transgresión del artículo 227 del Código Procesal Penal, por no haberse consignado el presunto contacto telefónico que habría tenido el funcionario policial con la fiscal de turno, previo el ingreso al domicilio de su representado.

Concluye en lo que se refiere al debido proceso, que la entrada de Carabineros al domicilio del imputado Jean Franco Jorquera Vargas no se ajustó a ninguno de los presupuestos legales, estimándose erróneamente por el Tribunal, que el actuar policial se encontraba amparado por el artículo 206 del Código Procesal Penal, no obstante que la norma únicamente permite el ingreso en la medida que los funcionarios adviertan signos evidentes que en el interior del lugar se está cometiendo un delito, lo que no aconteció en la especie.



Asegura que, al infringir el artículo citado y, en definitiva, todos los preceptos que regulan el ingreso a un domicilio, los funcionarios policiales no respetaron el estándar que impuso el legislador, por tanto, no debieron acceder al recinto y al haberlo hecho en esas condiciones, todas las pruebas recabadas del interior se obtuvieron con infracción al debido proceso.

Finaliza solicitando se acoja el recurso de nulidad, y en definitiva, se declare la nulidad del juicio y la sentencia, ordenando la exclusión de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, disponiendo la realización de un nuevo juicio.

**SEGUNDO:** Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada tuvo por acreditado que: “El día 25 de julio de 2020, siendo las 13:00 horas aproximadamente, en el domicilio ubicado en calle Vergara N° 131, Concón, el acusado Jean Franco Jorquera Vargas entregó a una tercera persona individualizada como Francisco Vásquez Riquelme, una bolsa plástica contenedora de 19,9 gramos netos de marihuana, situación observada por funcionarios de Carabineros, quienes practicaron un control al último de los nombrados, luego de haber recibido dicha droga. Posteriormente, contando con las instrucciones impartidas por la Fiscal de turno, los funcionarios policiales determinaron que el imputado Jorquera Vargas guardaba al interior del inmueble, con fines de venta o transferencia a terceros, otra bolsa con 235,2 gramos netos de marihuana,



además de una balanza digital, una pistola y una caja con municiones, todas de fogueo.”

Estos hechos fueron calificados como delito de tráfico ilícito de estupefacientes establecido en el artículo 3°, en relación con el artículo 1° inciso primero de la Ley N° 20.000.

**TERCERO:** Que, en relación con los puntos abordados en el recurso, el fallo señaló en su razonamiento décimo, lo siguiente: “el control de identidad efectuado a Francisco Vásquez Riquelme fue efectuado al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 20.931, esto es, el denominado control de identidad preventivo, que permite verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años que se encuentre en la vía pública, sin necesidad de indicios de su participación en un delito, como sí lo exige el artículo 85 del Código Procesal Penal. Y fue en ese contexto, que el ciudadano Francisco Vásquez, voluntariamente y sin que fuera registrado por personal policial, mencionó que mantenía droga oculta entre sus genitales, sacando desde allí una bolsa nylon que se determinó contenía cannabis sativa, agregando que se la había entregado un sujeto habitante de la casa blanca que existía al interior del inmueble de calle Vergara 131. Manifestaron ambos policías que luego de ello, se contactaron con la Fiscal de turno (específicamente el cabo Caamaño), a quien le dieron cuenta de lo sucedido, informándole que procederían conforme lo autoriza el artículo 206 del Código Procesal Penal”. A continuación agregan



los sentenciadores que la dinámica referida “permite sostener que se configuraron aquellos signos evidentes que la norma exige para ingresar y registrar un lugar cerrado sin el consentimiento de su encargado o propietario, constituidos en este caso por el hallazgo de droga en poder de Francisco Vásquez luego de haber ingresado y salido al inmueble de calle Vergara, y haberse contactado con un sujeto determinado, y el hecho de haber referido espontáneamente Francisco que la droga se la entregó un sujeto que vivía en una casa blanca de aquel domicilio, singularización que se estima suficiente para presumir fundadamente que al interior de aquel inmueble, evidentemente se hallaba más droga, lo que habilitaba al personal policial para ingresar sin una orden judicial previa, ni autorización de su propietario o encargado.”

**CUARTO:** Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, cabe analizar los dos aspectos fundantes del arbitrio, esto es, como ya se adelantó, que las diligencias investigativas ejecutadas por los funcionarios de Carabineros, consistentes en el control de identidad practicado a Francisco Vásquez Riquelme y el posterior ingreso al domicilio del acusado Jorquera Vargas sobrepasaron las facultades autónomas, por lo que se efectuaron fuera de los márgenes establecidos por la ley y sin autorización judicial.

**QUINTO:** Que en lo concerniente al primer asunto, el fallo estimó ajustado a la legalidad vigente el control de identidad preventivo practicado a Francisco Vásquez Riquelme, apoyándose para ello en los dichos de los



funcionarios policiales Luis Caamaño Romero y Víctor Almarza Maldonado que participaron en el procedimiento -según el mismo dictamen precisa- que refirieron haber observado a un sujeto juntarse con otro en las afueras del domicilio ubicado en calle Vergara 131, al cual luego ingresó. Esta circunstancia los motivó a vigilar el inmueble y posteriormente a fiscalizar al individuo cuando salió del lugar, quien voluntariamente les habría entregado la sustancia ilícita que llevaba oculta en sus genitales, indicando haberla adquirido al sujeto del inmueble de Vergara 131.

**SEXTO:** Que el artículo 12 de la Ley 20.931, que regula el control de identidad preventivo, establece que “en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad”.



A su turno, el artículo 85 del Código Procesal Penal establece, en lo que interesa al recurso, que “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 existe algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese 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”.

**SÉPTIMO:** Que en este contexto, según asienta el fallo en estudio, los hechos que habrían considerado los policías para efectuar un control de identidad preventivo a Francisco Andrés Vásquez Riquelme fue haberlo observado conversar con un sujeto que salió del domicilio ubicado en calle Vergara 131, ingresar con éste al inmueble y luego volver a la vía pública. Producto de ello, le solicitaron su identificación y mientras consultaban sus antecedentes a Cenco percibieron que se encontraba nervioso y desde sus vestimentas se sentía un fuerte olor a marihuana. En esas condiciones, la mera afirmación del nerviosismo apreciado por Carabineros, por parte de Francisco Andrés Vásquez Riquelme y el olor que expedía su ropa, son de un carácter eminentemente subjetivo y no dan cuenta de algún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que aquel intentaba o se disponía a





cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hacen unos policías de su percepción sobre la actitud y olor que expelía el individuo sujeto a control, que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito, por lo que el control de identidad preventivo practicado a Jean Franco Jorquera Vargas, sobrepasó las facultades autónomas otorgadas en el artículo 12 de la Ley 20931. En nada modifica la situación anterior, la circunstancia –en todo caso no corroborada– que aquel en forma espontánea y voluntaria les entregara una bolsa que contenía marihuana, añadiendo luego que se encontraba detenido, que la sustancia la habría adquirido en el domicilio de calle Vergara 131.

Por lo anterior, es que, a juicio de estos sentenciadores, el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales en este caso se condice con afirmaciones del todo subjetivas, no verificables y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya citada, por cuanto una actuación autónoma como la obtención de sustancia ilícita escondida en los genitales de un individuo que está siendo objeto de un control de identidad preventivo, luego que éste ya había proporcionado su carnet de identidad, debe, necesariamente y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello, susceptible de ser objeto de revisión judicial.



**OCTAVO:** Que, así las cosas, por haberse sometido a Francisco Andrés Vásquez Riquelme a un control de identidad y posterior obtención de una sustancia ilícita, que se encontraba escondida en sus genitales, sin el concurso de un indicio objetivo 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, ocurre que aquélla se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado que esta evidencia se entregó voluntariamente por parte del individuo sujeto a control, dada la dinámica descrita, su obtención emana de un procedimiento viciado, 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, en lo relativo a la segunda alegación del recurso, esto es, el ingreso al domicilio del acusado Jean Franco Jorquera Vargas sin que se presente alguna circunstancia legalmente prevista que autorice esa actuación sin autorización judicial, cabe tener presente que sobre la hipótesis que contempla el artículo 206 del Código Procesal Penal, la doctrina nacional ha señalado que ella se encuadra dentro de las actuaciones de la policía que pueden ser realizadas sin orden judicial previa y constituye una de las manifestaciones de la flagrancia que la propia Constitución prevé como excepción a la necesidad de autorización judicial previa para la limitación de



derechos fundamentales (María Inés Horvitz Lennon, Julián López Masle; Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, página 503).

Así, en consecuencia, tal disposición debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el artículo 130 del Código Procesal Penal, que, en lo pertinente, dispone: “Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito; b) El que acabare de cometerlo; c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice; d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos, señalaran como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.”

**DÉCIMO:** Que, sobre la materia, esta Corte ha sostenido que la flagrancia encierra en sí las pruebas de su realización, es la percepción personal del hecho delictivo que se ve, se observa, de manera que en esta situación se precisa de una inmediata intervención policial a fin de que cesen el delito y sus efectos. Por ello, si no hay percepción sensorial de la comisión de



un delito, no habrá flagrancia, sino que sólo se estará ante una actuación por sospecha (SCS Rol N° 38691-17 de 16 de octubre de 2017).

Por otro lado, el artículo 206 citado exige “signos evidentes”, en plural: varios elementos que permitan concluir que en el lugar se está cometiendo un delito. En el caso que se analiza, el solo hecho de percibir a un sujeto ingresar a un inmueble, a quien con posterioridad se fiscalizó, quien portaba una sustancia dubitada como ilícita, dadas las falencias descritas en los fundamentos séptimo y octavo que anteceden, no es una de aquellas constitutivas de flagrancia que, como tal, se encuentra regulada en el artículo 130 mencionado y que por cierto no satisface el plural requerido por la norma.

**UNDÉCIMO:** Que, por otra parte, no hay que perder de vista que la propia redacción de la disposición en comento -artículo 206 del Código Procesal Penal- señala que los signos evidentes de la comisión de un delito en el interior de un recinto cerrado han de ser de la gravedad o entidad equivalente a las “llamadas de auxilio de personas que se encontraren en su interior”, construcción que demanda un trabajo interpretativo de tales prescripciones y el ajuste de ellas a las particularidades de cada caso. Así entonces, la referencia a las “llamadas de auxilio” que formula el legislador en la norma que se revisa, debe ser asimilada a otras situaciones de entidad análoga que pueden presentarse bajo las modalidades particulares que demanda la forma de comisión de alguno de los otros delitos que el



ordenamiento penal prescribe. Por ello, no resulta apropiada la reconducción de la referida fórmula -propia de un delito que afecta a la vida, seguridad, integridad u otros aspectos personalísimos susceptibles de protección penal- a un caso como el que se revisa en que los funcionarios policiales no apreciaron a través de sus sentidos un conjunto de hechos constitutivos de indicios de un delito contra la salud pública, conforme se explicitó en los considerandos que anteceden.

**DUODÉCIMO:** Que, del análisis precedente, cabe estimar que al actuar del modo que lo hicieron, los funcionarios policiales transgredieron, en el caso concreto, las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por ende, vulneraron las normas legales que orientan el proceder policial y las garantías y derechos que el artículo 19 N°3 de la Constitución Política reconoce y garantiza al imputado, así como aquella contemplada en el artículo 19 N°5 de la misma Carta Fundamental que resguarda la inviolabilidad del hogar, puesto que actuaron fuera del amparo dado por el artículo 83 letra b) del Código Procesal Penal que permite efectuar la detención en flagrancia y el artículo 206 del mismo código que autoriza el registro de un inmueble en el caso de signos evidentes que en él se está cometiendo un delito, por lo que es forzoso concluir que los jueces del tribunal oral incurrieron en los vicios denunciados al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en las referidas circunstancias y que fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de



manera que el recurso debe ser acogido.-

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la defensa de Jean Franco Jorquera Vargas y en consecuencia, se invalidan la sentencia de catorce de abril pasado y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N°2000751737-9, RIT N°52-2021, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura las sustancias ilícitas encontradas, las declaraciones de los funcionarios policiales que participaron al efecto, las fotografías que se exhibieron en el juicio, los peritajes químicos y pruebas de campo, como a su vez, todos los testimonios y hallazgos.

**Acordada con el voto en contra de la Abogado Integrante Sra. Coppo**, quien fue del parecer de rechazar el recurso deducido, por las siguientes consideraciones:

1º Que de acuerdo a los hechos que se han tenido por asentados en el fallo recurrido, éstos ocurrieron en dos etapas. La primera de ellas consistió en el control de identidad efectuado a Francisco Vásquez Riquelme, que lo fue al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley N° 20.931 y que no requiere de indicios de la participación en un delito del sujeto sometido al mismo, como sí lo exige el artículo 85 del Código Procesal Penal. Fue en el contexto de tal



control preventivo de identidad que aquél, en forma espontánea y voluntaria y sin que se le hiciese registro alguno, les entregó la bolsa que contenía cannabis sativa, informándoles a los funcionarios que se la había entregado un sujeto en la casa blanca que existía al interior del inmueble de calle Vergara 131.

**2º** Que la información reseñada y obtenida como consecuencia del control de identidad realizado, es precisamente la que constituyó “signos evidentes” y claros -indicio o señal de algo- que indicaban que en el recinto se estaba cometiendo el delito de tráfico de sustancias ilícitas. Pues bien, dicha situación autorizaba a los funcionarios policiales a entrar en ese lugar cerrado y registrarlo sin autorización judicial tal como lo prevé una de las hipótesis previstas en el artículo 206 del Código Procesal Penal.

**3º** Que en consecuencia, los funcionarios actuaron al amparo de la ley, no existiendo entonces, una infracción sustancial a las garantías constitucionales de la inviolabilidad del hogar o el debido proceso del imputado y la prueba de cargo obtenida en el interior del inmueble no lo fue de manera ilegal.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 30.240-2021.



Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y las Abogadas Integrantes Sras. Pía Tavolari G., y Carolina Coppo D. No firma el Ministro Sr. Dahm y la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y por estar con permiso, respectivamente.





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

