

Santiago, once de mayo de dos mil veinte.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en causa R.U.C. 1800175398-k y RIT 176-2019, por sentencia de catorce de enero de dos mil veinte, condenó a Enrique Fabián Ortiz Lemus, Miguel Ángel Niño Paredes y Guillermo Chacón Pimienta, como autores del delito consumado de comercio clandestino, tipificado y sancionado en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario, por los hechos perpetrados el día 19 de febrero del año 2018, en Arica, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de una unidad tributaria anual y a la accesoria de suspensión para cargos y oficios públicos mientras dure la condena.

En la misma sentencia se absolvió a los mencionados acusados y a Moisés Isaías Blas Alfaro como autores del delito consumado de contrabando, tipificado y sancionado en los artículos 168 y 178, de la Ordenanza de Aduanas, en relación al artículo 17 del Decreto Ley N° 828, por los hechos perpetrados el día 19 de febrero del año 2018, en Arica.

También se absolvió a Moisés Blas Alfaro, como autor del delito consumado de comercio clandestino, tipificado y sancionado en los artículos 97 N° 9 del Código Tributario, por los hechos perpetrados el día 19 de febrero del año 2018, en Arica.

Las defensas de los acusados Chacón Pimienta y Ortiz Lemus dedujeron recurso de nulidad contra dicha sentencia, los que fueron admitidos a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el veintiuno de abril pasado, declarándose abandonado el segundo de dichos arbitrios, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, el recurso interpuesto por la defensa de Guillermo Chacón Pimienta invoca la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto durante la sustanciación de la presente causa se



vulneró el derecho del acusado a un debido proceso, produciéndose la infracción de garantías constitucionales, del artículo 19 N°s 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la República, en relación a los artículos 1°, 5° inciso 2°, 6°, 7° de la Carta Fundamental, artículos 7 N° 1, 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 9° y 17 N° 1 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y artículos 5, 83, 84, 85, 130, 181, 227, 228, 295 y 297 del Código Procesal Penal.

Explica que el control de identidad y posterior registro, fue realizado con infracción de las garantías fundamentales del debido proceso, el derecho a la libertad ambulatoria, el deber de registro y a la intimidad, pues se hizo fuera de los márgenes establecidos por el artículo 85 del Código Procesal Penal, máxime si existía una investigación de larga data –más de un mes a la fecha de la detención-, en la cual se había establecido identidades, interceptaciones telefónicas y demás antecedentes que dejaban entre dicho la procedencia de esa diligencia y escapa de cualquier hipótesis establecida en la mencionada disposición legal.

El indicio consistió en que los funcionarios policiales observaron a cuatro sujetos realizando un trasvasije de bolsas matuteras desde un vehículo menor hacia uno mayor cargado con verduras, lo que les pareció extraño.

Sostiene que el control de identidad al que fue sometido el imputado fue producto de un prejuicio por parte de los agentes policiales, los que no mantenían antecedentes suficientes para poder realizar dicho control, más si se considera que en el sector en que se realizaba la actividad supuestamente ilícita, es en el sector donde se encuentra un área comercial y feria agraria, en donde habitualmente se realizan cargas y descargas de camiones, por medio de cajas así como de bolsas, tratándose de un sector eminentemente comercial, por lo cual no se vislumbra como dicha conducta en atención al lugar en que se desarrolla podría en algún caso ser atribuido a una conducta delictiva, ya sea falta, simple delito o crimen.



Pide anular el juicio oral y la sentencia, excluyendo la prueba ofrecida por el Ministerio Público, por referirse o haber sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, debiéndose realizar una nueva audiencia por tribunal no inhabilitado.

Segundo: Que en lo concerniente a los hechos que fundaron la acusación del Ministerio Público, la sentencia impugnada en su fundamento undécimo tuvo por acreditado que, *“el 19 de febrero de 2018, cerca de las 17:00 horas, personal de la Sección de Encargo y Búsqueda de Vehículos de Carabineros de Chile, transitaba por calle El Pedregal, Arica, cuando sorprendieron a Moisés Blas Alfaro, Enrique Ortiz Lemus, Miguel Niño Paredes y Guillermo Chacón Pimienta, trasladando desde un vehículo marca Mitsubishi, placa XV-6952 bolsas contenedores de cajas de cigarrillos de las marcas Pine, Fox, Carnival y Carlyle, a un camión marca Volvo, placa FXJX-41, que se encontraba en el lugar. El total de las cajetillas de cigarrillos encontradas, ascendió a 19.980 unidades, mercancía respecto la cual Blas, Ortiz, Niño y Chacón no mantenían documentación que acreditara su ingreso al país, dejando de percibir el Estado por concepto de derechos e impuestos la suma de \$43.361.445. A su vez, tampoco mantenían ni registraban inicio de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos distintas al cultivo, elaboración, producción o comercialización de cigarrillos, por lo tanto, la mercancía incautada consistente en 19.980 cajetillas de cigarrillos estaba destinadas a su comercialización irregular y clandestina”.*

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como un delito de comercio clandestino, cometido en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 97 N° 9 del Código Tributario.

Acto seguido, los mismos jueces en el apartado vigésimo, haciéndose cargo de la alegación de la defensa en cuanto a que el control de identidad que antecedió a la detención del acusado no se ajustó a derecho –debido a la falta de un indicio que permitiera su realización-, sostuvieron, para desestimarla que *“de los dichos de los funcionarios policiales, se desprende que momento antes de*



fiscalizar a los acusados, los funcionarios policiales observaron una serie de circunstancias que, según su experiencia, permitían razonablemente presumir la comisión de un simple delito, encontrándose en consecuencia habilitados para controlar su identidad y proceder a la revisión de sus vestimentas y vehículo, cumpliendo de esa forma con las exigencias del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Ciertamente, todos los funcionarios señalaron que la carga de verduras en el camión era evidente, resultando entonces extraño que se estuviera realizando un depósito anexo en el centro con bolsas cuya forma cuadrada no se condecía con el contenido principal, sino que más bien, respondía a las características de bolsas utilizadas para el contrabando de cigarrillos, precisamente por la forma de las especies que se encontraban en su interior. Es más, sobre el punto el cabo primero Jaque fue enfático al afirmar que debido a la forma cuadrada que adoptaban las bolsas matuteras, era imposible que su contenido fuera de verduras, lo que, unido a su experiencia, le permitía sospechar que en su interior había cigarrillos. Adicionalmente, los carabineros señalaron que el lugar donde se realizaba la carga se erigía como otro antecedente para presumir también que la conducta observado se realizaba en el contexto de la comisión de un simple delito, puesto que los vehículos se encontraban estacionados en parte posterior del Agro, al borde o ribera del río San José, es decir, en la vía pública, pero en un lugar apartado, sin mayores establecimientos a su alrededor, lo que generaba las condiciones para llevar a cabo el traspaso de la mercancía...”

Tercero: 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 trasladar desde una camioneta a un camión con verduras unas bolsas de nylon cuyo contenido cuadrado no se condecía con el contenido principal del vehículo mayor.

Cuarto: Que, sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable para este tribunal, ya que 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”.

Quinto: Que conforme lo antes expresado, resulta que en la especie sólo de las circunstancias de haber divisado los funcionarios policiales a cuatro personas trasladando bolsas de nylon de una camioneta a un camión cargado con verduras, y cuyo contenido “cuadrado” no se condecía con la transferencia de vegetales, sin haber constatado que hubieran realizado otras conductas, emanó el



supuesto indicio sobre la presunta actividad constitutiva de un crimen, simple delito o falta por su parte, comportamientos que –precisamente desde una perspectiva ex ante- carecen de la relevancia asignada, toda vez que tratándose de conductas absolutamente neutras, no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de algún delito, por lo que éstas solas circunstancias descrita en la sentencia dista de satisfacer los presupuestos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar el control de identidad.

De esta manera, yerra el tribunal al considerar que en la especie se satisface la exigencia de existir “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” que demanda la norma en análisis para proceder a la diligencia intrusiva que se cuestiona, toda vez que según se ha razonado precedentemente, en el caso de autos no existió circunstancia alguna que permitiera vincular al encartado y las tres personas que se encontraban junto a él con las hipótesis alternativas antes expuestas.

Sexto: Que por otra parte, de los hechos asentados tampoco se advierte ninguna de las restantes hipótesis que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no existe elemento distinto de la presencia de las bolsas de nylon que eran trasladadas de una camioneta a un camión por parte del acusado y otras tres personas, que habilitara para ello, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos.

Séptimo: Que tampoco es posible considerar que en este caso se haya estado ante una situación de flagrancia en relación al hallazgo de las cajetillas de cigarrillos al interior de las bolsas de nylon que se trasladaban desde una camioneta a un camión cargado con verduras, porque de acuerdo con la descripción fáctica efectuada en la sentencia en revisión, no se verifican ninguna



de las hipótesis que taxativamente contempla el artículo 130 del Código Procesal Penal.

Octavo: Que, en consecuencia, por no haber constatado indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquel se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando 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.

Noveno: 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 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.

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 Guillermo Chacón Pimienta y, en consecuencia, **se invalidan** la sentencia de catorce de enero de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió en el proceso R.U.C. 1800175398-k y RIT 176-2019 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, sólo en cuanto al cargo por el delito de comercio clandestino, decisión que conforme al artículo 360 del Código Procesal Penal aprovecha a los condenados Enrique Ortiz Lemus y Miguel Niño Paredes y se repone el procedimiento al estado de celebrarse un nuevo juicio conforme a derecho únicamente en contra de los indicados acusados en relación a esos precisos hechos, hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, ante el tribunal oral competente y no inhabilitado que corresponda, declarándose que respecto de los otros cargos de la acusación, dicho juicio y sentencia son válidos, excluyéndose del auto de apertura la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público.

Acordada con el voto en contra de la Abogada Integrante Sra. Gajardo, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad, teniendo en consideración que el tribunal da por cierto que los funcionarios policiales al realizar un control de identidad a los acusados, conforme al artículo 85 del Código Procesal Penal, observaron que las bolsas de nylon que eran trasladadas desde una camioneta a un camión cargado de verduras, tenían una forma cuadrada que no se condecía con el contenido principal del vehículo de mayor envergadura, sino que más bien, respondía a las características de bolsas utilizadas para el contrabando de cigarrillos, precisamente por la forma de las especies que se encontraban en su interior, circunstancias que constituyen un conjunto de antecedentes que daba plena legitimidad a la actuación realizada, permitiéndoles así, restringir la libertad ambulatoria y la intimidad del acusado. Lo anterior, desde que, incluso, existía más de un indicio como ha sido destacado, pluralidad que la



norma del artículo 85 del Código Procesal Penal hoy no exige, pero que ha de ser de tal entidad, esto es, claramente indicativa y razonablemente reveladora de alguna conducta delictiva en curso; caracteres que justifican el procedimiento de identificación, registro y posterior detención del imputado, por lo que los aprehensores no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial como tampoco las garantías y derechos constitucionales invocados en el arbitrio, por lo que los jueces del Tribunal Oral no incurrieron en vicio alguno al fundamentar su decisión condenatoria.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la disidencia su autora.

Rol N° 14.769-2020.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y la Abogada Integrante Sra. María Cristina Gajardo H. No firma la Abogada Integrante Sra. Gajardo, por estar ausente.



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

