

Santiago, nueve de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, por sentencia de doce de septiembre de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 1700070473-3, RIT 133-2017, condenó al acusado **Juan Alberto Gutiérrez Pacheco** a sufrir la pena de **sesenta día** de prisión en su grado máximo, más la accesoria de suspensión de cargo y oficio público mientras dure la condena, como autor del delito tentado de hacer circular billetes falsos, previsto y sancionado en el artículo 64 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, perpetrado el 20 de enero de 2017, en la comuna de Yumbel.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el que se conoció en la audiencia pública de diecisiete de octubre pasado, donde se recibió la prueba ofrecida por el recurrente consistente en parte del registro de audio del juicio oral donde se reproduce la declaración del funcionario policial Víctor Huanquifil Pichún, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

CONSIDERANDO:

I.- Causal principal artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

PRIMERO: Que, el recurso interpuesto se sustenta en lo principal en la causal del artículo 373 letra 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 de debido proceso y libertad personal consagradas en el artículo 19 N° 3 inciso sexto y N° 7 letra c) de la Constitución Política de la República, en relación con artículo 85 Código Procesal Penal.

Señala que para acreditar la participación en el delito el Tribunal consideró como relevante la declaración del funcionario policial Víctor Huanquifil

Pichún quien llevó a cabo el procedimiento e incautó las evidencias, esto es, en lo pertinente, la suma de quinientos quince mil pesos, en billetes de cinco mil pesos, con el número de serie terminado en 29. Solicitó la absolución, en lo dice relación a la presente causal de nulidad, alegando la ilicitud del procedimiento de control de identidad al que fue sometido el acusado, puesto que el policía se habían excedido del marco legal previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, dado que únicamente en base a “una actitud sospechosa, una actitud de nerviosismo”, y sin otro indicio, procede a llevar a cabo dicho control. De esta forma se efectuó un control de identidad sin tener un caso fundado, no estando facultado por ley para llevarlo a efecto, y como a raíz de ese procedimiento ilegal se obtuvieron, en poder del imputado, las especies objeto del delito, no podían valorarse positivamente, sin que se vulnere el debido proceso, en su dimensión de proceso previo legalmente tramitado por estar envenenada la prueba.

Sostiene que se vulneró el ya citado artículo 85, toda vez que el control de identidad se desnaturalizó, por no existir el indicio que la norma exige para la práctica de dicha diligencia y, por ello se realizó un control de identidad, una detención por la policía, al margen de la ley. El control de identidad que efectuó el funcionario de Carabineros el día 20 de enero del año 2017, alrededor de las 04:00 horas en la vía pública, en un local que estaba cerrado, en la comuna de Yumbel, no cumple con los antecedentes o elementos, a los que hace referencia el legislador, pues no tenían ningún indicio objetivo y comprobable que el controlado 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. En resumen, sostiene que el nerviosismo del controlado no puede ser considerado indicio suficiente para efectuar un control de identidad.

SEGUNDO: Que las infracciones que denuncia permitieron valorar positivamente el testimonio entregado por el carabinero Víctor Huaiquifil Pichún

quien –según el recurrente- realizó un control de identidad y una detención sin motivo legal, todo lo cual -a su juicio- descarta un proceso previo legalmente tramitado y una investigación racional y justa, por lo que solicita se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo disponerse la realización de un nuevo juicio ante un tribunal no inhabilitado en el cual debe excluirse toda la prueba ofrecida por vulneración de garantías.

TERCERO: Que la sentencia impugnada, en su considerando noveno, tuvo por acreditado -en lo que interesa- el siguiente hecho: *“... el día 20 de enero de 2017, en la intersección de las calles Castellón con Pedro Aguirre Cerda, el acusado Juan Alberto Gutiérrez Pacheco, al ver la presencia policial arrojó tres billetes de cinco mil pesos al suelo y al momento de ser registrado se le encontró en el bolsillo derecho delantero del pantalón, un fajo de billetes de cinco mil pesos, todos con el número de serie DH02289329, los cuales suman un total de \$ 500.000 (quinientos mil pesos), billetes que en definitiva resultaron ser falsos.”.*

Estos hechos fueron calificados por los magistrados de la instancia como constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Banco Central, en su modalidad de hacer circular objetos cuya forma se asemeje a billetes de curso legal, de manera que sea fácil su aceptación en lugar de los verdaderos.

CUARTO: Que el fallo desestima las alegaciones de la defensa relativas a la existencia de infracción de garantías en las diligencias de control de identidad y registro de la persona sujeta al mismo, manifestando en el motivo vigésimo primero que: *“En el caso de marras, los funcionarios actuaron motivados por los indicios que siendo las 04:00 horas de la madrugada, dos sujetos se encuentran detrás de unos locales comerciales que están cubiertos solamente por telas, debido que en la localidad se llevaba a cabo la feria con motivo de las festividades de San Sebastián, locales que están en la vía pública, sin mayores resguardos. Los sujetos al ver la presencia policial*

adoptan una conducta de nerviosismo y uno de ellos lanza un objeto hacia atrás de donde se encontraban, razón por la cual los funcionarios se acercan y verifican el objeto que fue lanzado por el acusado, pudiendo percatarse que se trataba de tres billetes de cinco mil pesos, los cuales mantenían el mismo número de serie, lo que hacía evidente el hecho que tales especies fueran billetes falsificados.”.

QUINTO: Que la actual redacción del artículo 85 del Código Procesal Penal, posterior a la modificación de la Ley 20.931, establece en su inciso primero: *“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;...”*. Por su parte, el inciso cuarto indica: *“Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla ...”*.

SEXTO: Que del análisis de la norma transcrita aparece que la policía se encuentra facultada para controlar la identidad de cualquier sujeto en el caso que se estime fundadamente que existe algún indicio que dicha persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, cuyo es el caso *sub lite*, puesto que, como bien señala la sentencia, el policía se enfrentó ante una evidencia patente cual es que observa a dos sujetos -uno de ellos el acusado- a altas horas de la madrugada detrás de un local comercial transitorio ubicado en la vía pública, cerrado y tapado solo con telas, en medio de la celebración de una fiesta religiosa, individuos que al ver la presencia policial proceden a lanzar un objeto al suelo hacia atrás, además, de demostrar

evidente nerviosismo, lo que justificó el actuar policial procediendo al control de identidad y al registro de vestimentas.

Que en esas circunstancias el nerviosismo que aprecia el personal aprehensor carece de la relevancia que el recurso pretende atribuirle para desdibujar su carácter de indicio apto para la medida adoptada por el funcionario policial, cuando aquel no es más que un complemento del cúmulo de circunstancias que constituyen el indicio donde lo central es el lanzamiento de un objeto al suelo en forma evasiva de la presencia policial el que resultó ser tres billetes falsos en medio de una celebración con abundante comercio accesorio en hipótesis de clandestinidad, lo que se grafica en el hecho de ser sorprendidos en la parte posterior de un local comercial fuera de funcionamiento.

Cabe señalar que -como ya se dijo- siendo lícito el uso de la herramienta del artículo 85 del Código Procesal Penal, esto es, el control de identidad, igualmente el personal policial se encontraba facultado sin necesidad de otro indicio para proceder al registro de las vestimentas del controlado, lo que en todo caso no resulta exagerado o desmedido en función que se logró ubicar el objeto arrojado por el sujeto controlado que correspondía a tres billetes de cinco mil pesos con idéntico número de serie, lo que a todas luces hacía razonable estimar que se estaba ante un sujeto que podía haber participado o intentado participar en la comisión de un delito utilizando precisamente dichos billetes en las operaciones o transacciones comerciales efectuadas masivamente en la festividad que se conmemoraba.

SÉPTIMO: Que, de esta manera, queda desprovista de apoyo jurídico la impugnación relativa a la falta de indicio en el control de identidad practicado al recurrente y su posterior registro donde se descubre entre sus vestimentas una importante cantidad de billetes de la misma naturaleza, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 y, consecuentemente, en el N° 7 letra b) de la misma disposición

de la Carta Fundamental, al ceñirse los funcionarios policiales estrictamente a la normativa legal que los rige enfrentados al caso concreto en que corresponde su intervención.

II.- Causal subsidiaria artículo 372 letra b) del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que en subsidio, se reclama por la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y alega la errónea aplicación del Artículo 64 de la Ley Orgánica del Banco Central, en relación con el artículo 7 del Código Penal y los incisos noveno y décimo del N° 3 de la Constitución Política de la República, al estimarse delito una conducta atípica y carente de antijuridicidad material para dar por acreditada la vulneración al bien jurídico protegido por la ley, esto es, la seguridad del tráfico del papel moneda.

Aduce que la sentencia incurre en un error al aplicar el derecho toda vez que condena a su representado en base a prueba rendida en juicio que no cumple con lo prescrito por nuestro ordenamiento jurídico penal, puesto que se adquiere convicción de condena fundada en elementos de cargo que no contienen ningún antecedente relacionado con la conducta punible consistente en: *“hacer circular objetos cuya forma se asemeje a billetes de curso legal”*, no cumpliéndose, entonces, con las exigencias contenidas en el artículo 64 ya citado, en relación con el artículo 7 del Código Penal.

Sostiene que no se cumple con los requisitos del tipo penal, ni aun en grado de tentativa, pues la simple tenencia de billetes falsos no puede ser estimada constitutiva del ilícito por el cual se acusó.

Señala que la errónea interpretación del derecho influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, causando perjuicio al haberse dictado sentencia condenatoria en circunstancias que el acusado debió ser absuelto. Por ello solicita se invalide la sentencia recurrida y, en su lugar, se dicte separadamente una de reemplazo absolutoria.

NOVENO: Que, los motivos duodécimo y vigésimo segundo de la sentencia impugnada explican la razón que conduce a estimar ilícito el hecho al señalar: “... si bien la norma castiga a quien *“hiciere circular objetos cuya forma se asemeje a billetes de curso legal, de manera que sea fácil su aceptación en lugar de los verdaderos. Lo cierto es que (...) estos sentenciadores han considerado que el delito se encuentra en grado de desarrollo de tentativa, por cuanto la actitud de deshacerse de los billetes demostrada por el acusado al momento de percatarse de la presencia policial y la gran cantidad de estas especies que mantenía en su poder, esto es, una suma de \$ 500.000, en billetes de cinco pesos falsos, el lugar en que fue sorprendido, esto es, la feria con ocasión de la peregrinación al santuario de San Sebastián de Yumbel, donde es de conocimiento público que existe gran aglomeración de personas y centenares de locales transitorios destinados al comercio, resulta ser un escenario propicio para hacer circular estos billetes falsos, lo cual de no mediar la oportuna intervención policial y lograr sorprender en poder del acusado las especies mencionadas, éstos serían hechos circular como moneda de curso legal sin serlo. Así entonces, estos sentenciadores estiman que el grado de desarrollo del delito es tentado, puesto que el encartado con su conducta dio principio a la ejecución del delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento, esto es, que portaba los objetos con apariencia de billetes con la finalidad de hacerlos circular en el comercio, pero no logró concretar dicho propósito debido a que fue sorprendido oportunamente por personal policial.”. Agregando, posteriormente: “... tal como ya se indicó (...) se estima que efectivamente el acusado dadas las circunstancias existentes respecto del lugar, ocasión y cantidad de billetes espurios que portaba, no se avizora otro motivo que no fuera el poner en circulación dichos objetos, razón por la cual se consideró tal conducta como tentativa de hacer circular objetos cuya forma se asemeje a billetes de curso legal, de manera que sea fácil su*

aceptación en lugar de los verdaderos, afectando de esta forma el bien jurídico protegido, esto es, la fiabilidad o seguridad del tráfico del papel moneda.”.

DÉCIMO: Que, según aparece de los hechos establecidos en el fallo no resulta posible razonar como lo hace el recurso en esta causal subsidiaria, en el sentido que la conducta desplegada por el acusado resulte atípica y, por consiguiente, impune, en atención que, al momento de ser controlado y sorprendido, hubo previamente principio de ejecución del delito en los términos que exige el artículo 7º del código punitivo por actos directos, los cuales consistieron en que el sentenciado al ser visto portaba entre sus manos parte de los objetos que simulaban dinero de curso legal, de los cuales se desprendió al ver a la policía, en medio de una festividad donde resultaba prístina la posibilidad de hacerlos circular en lugar de los billetes verdaderos pudiendo ser objetivamente aceptados sin mayor cuestión por los comerciantes existentes en medio de la conmemoración, todo lo cual amerita la sanción del hecho en grado imperfecto de desarrollo tal cual lo hacen los jueces que dictaron el fallo recurrido, por cuanto existió un peligro objetivo de realización del tipo penal que procura proteger la fe pública en cuanto que la moneda utilizada para facilitar el intercambio de bienes y servicios es legítima.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 373 letra a), 374 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por el defensor penal público Ernesto Ochoa Cid, a favor del sentenciado **Juan Alberto Gutiérrez Pacheco**, contra la sentencia de doce de septiembre de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 1700070473-3, RIT 133-2017 y el juicio oral que le antecedió del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles los que en consecuencia, **no son nulos**.

Acordada con el voto en contra de los Ministros **Sres. Künsemüller y Dahm** quienes estuvieron por acoger el recurso fundado en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y, en consecuencia, declarar la

existencia de un error de derecho en el fallo impugnado, subsanable sólo con la invalidación del mismo y absolver al enjuiciado.

Para así decidirlo tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones:

1º Que el hecho tenido como punible y acreditado es que: “... *el día 20 de enero de 2017, en la intersección de las calles Castellón con Pedro Aguirre Cerda, el acusado Juan Alberto Gutiérrez Pacheco, al ver la presencia policial arrojó tres billetes de cinco mil pesos al suelo y al momento de ser registrado se le encontró en el bolsillo derecho delantero del pantalón, un fajo de billetes de cinco mil pesos, todos con el número de serie DH02289329, los cuales suman un total de \$ 500.000 (quinientos mil pesos), billetes que en definitiva resultaron ser falsos.*”.

2º Que el artículo 7º del Código Penal, definatorio de la tentativa de delito, requiere que el actor haya dado principio a la ejecución del crimen o simple delito, de modo que no basta la voluntad que apunte a la realización del tipo legalmente descrito, sino que ella debe haberse exteriorizado en la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos. Hechos directos son los objetivamente idóneos para causar el resultado típico (Texto y comentario del Código Penal Chileno, arts. 5º a 9º, Edit. Jdca. De Chile, 2002, p.82).

“Dar principio a la ejecución no es pensar en realizar el delito, analizar la posibilidad de cometerlo, indagar sobre los posibles medios a emplear, ni proveerse de esos medios o probarlos; ninguno de tales comportamientos es consecuencia de una *resolución delictiva*. Para que exista tentativa es menester la realización de actos que exterioricen la determinación hacia el delito, actos que se dirijan a su concreción. (Garrido Montt, Derecho Penal, T.II, Edit, Jdca., 1997, p.274).

La exigencia de “hechos directos” significa que debe tratarse de actividad que directamente se vincule con la concreción del tipo penal. El acto tendrá la calidad de “directo”, enseña Garrido Montt, si satisface dos requisitos

esenciales: que se dirija rectamente a la ejecución del delito y que sea apto e idóneo para lograrlo (cit., p.275). Esta reflexión se concreta directamente con el alcance semántico de la palabra en cuestión, directo significa aquello que “se encamina derechamente a un objeto o mira”, lo que encierra las dos cualidades antes descritas.

3º Faltan hechos para el complemento de un crimen o simple delito - requisito exigido por la ley- cuando no se han llevado a cabo todos los actos que objetivamente conducirían a la realización del tipo legal (Textos y Comentario del Código Penal Chileno, cit., p.82).

4º Que, por todo lo expuesto, reiterado desde hace ya tiempo en numerosos pronunciamientos judiciales, ha de concluirse que en la especie es ostensible que no se han acreditado todos los requisitos objetivos configurativos de la tentativa como etapa de la fase ejecutiva del ilícito.

Del mismo modo que no es tentativa de homicidio tener en el bolsillo un arma de fuego cargada, creen los disidentes que no es tentativa del delito de hacer circular billetes similares a los de curso legal y por lo que se condenó al recurrente, guardar en un bolsillo del pantalón billetes falsos, cuya circulación efectiva en el mercado colma el tipo penal respectivo. En efecto, no existe en tal caso una real puesta en peligro del objeto jurídico de protección, fundamento de la tentativa punible.

5º Que la figura de tentativa requiere también de un elemento subjetivo, conformado -según la opinión doctrinaria y jurisprudencial nacional hasta ahora dominante- por el dolo directo. En la especie, como los suscriptores de esta disidencia tienen por no concurrente el requisito objetivo, carece de sentido ocuparse del ingrediente volitivo, no planteado en el recurso.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Künsemüller.

Rol N° 39.671-17

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 firman los Ministros Sres. Cisternas y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y con feriado legal, respectivamente.

En Santiago, a nueve de noviembre de dos mil diecisiete, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.