

## II. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### TRÁFICO DE DROGAS

DIFERENCIA ENTRE LA MERA SOSPECHA DE LA EXISTENCIA DE UN DELITO Y LA FLAGRANCIA. REGISTRO DE VEHÍCULO EN VIRTUD DE UNA ORDEN JUDICIAL DE REVISIÓN. HIPÓTESIS DE FLAGRANCIA. PROCEDENCIA DE LA INCAUTACIÓN DE EVIDENCIAS Y DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DEL IMPUTADO.

### HECHOS

*Se deduce recurso de nulidad contra sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Analizado lo expuesto, la Corte Suprema desestima ambas causales de nulidad, rechazando así el recurso.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado).*

ROL: 7485-2016, de 30 de marzo de 2016.

PARTES: *Ministerio Público con Luis Castillo Poblete.*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Jorge Dahm O.*

### DOCTRINA

- Del examen del artículo 130 del Código Procesal Penal surge de manera clara la diferencia entre la mera sospecha de la existencia de un hecho punible y la flagrancia que describe el precepto. En la especie, los policías contaban con una orden de revisión decretada en forma previa por el juez de garantía, que se materializó con el registro del vehículo en que se movilizaba el imputado, lo cual derivó en la incautación de evidencias de cargo y su privación de libertad, ambos aspectos cuestionados por la defensa y recurrente de nulidad. Así, en virtud de indicios válidos y suficientes, el Fiscal del Ministerio Público obtuvo una orden de registro del móvil, constatando la policía la comisión de un delito, que la habilitaba para proceder autónomamente, en los términos de los artículos 83 letra b) y 187 inciso 2° del Código precitado, y recoger los efectos del delito y aquellos que pudieren ser utilizados como medios de prueba, nada de lo cual en definitiva merece reproche. Si bien no existió una orden de detención contra el imputado, lo cierto es que su ausencia no afecta*

*la legalidad del proceder policial ante la comisión de un delito flagrante, desde que en todo momento dicho actuar se ajustó a la normativa que rige la materia. (Considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CI/JUR/2088/2016*

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 83 letra b), 130 y 187 inciso 2° del Código Procesal Penal.*

COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N° 7485-2016 DE LA  
EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

JAVIER ARÉVALO  
*Universidad de Chile*

De acuerdo a los hechos de que da cuenta el fallo de la Excma. Corte Suprema, existía en curso una investigación por tráfico ilícito de estupefacientes en contra de determinadas e identificadas personas. En esta situación, el Ministerio Público solicitó del Juzgado de Garantía una orden de registro de un vehículo motorizado que, una vez practicada por los funcionarios policiales, permitió el hallazgo de drogas en poder de dichas personas, como consecuencia de lo cual se procedió a su detención y a la obtención de los elementos probatorios en los que se fundó la incriminación penal. Finalmente, los sujetos fueron condenados por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes bajo la modalidad de traslado.

Según se desprende de lo expresado en este fallo, aparentemente el Ministerio Público habría justificado la legalidad de la actuación policial en una orden de registro otorgada por el Juzgado de Garantía, fundada en la existencia de *indicios* de que los sujetos habrían cometido o intentado cometer un delito o se dispusieran a hacerlo. Por su parte, el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán, apartándose de la tesis del Ministerio Público, estimó que la actuación de la policía encuadraba dentro de una hipótesis de *flagrancia* (art. 130, letra a) del CPP), en razón que “... *el deber de los funcionarios policiales era precisamente confirmar de manera fehaciente que las personas sorprendidas transportando droga eran aquellas a las que apuntaban las investigaciones, sorprendiendo en ese momento la perpetración del delito de tráfico de drogas en su hipótesis de traslado*” (considerando 5°). Así las cosas, este tribunal parece reconocer –y legitimar– la existencia de un control de identidad a partir del cual surge una situación de *flagrancia*.

Resulta desconcertante, sin embargo, que, en el considerando 6°, el fallo señale para justificar la *flagrancia* –que existen diferencias entre la noción de *indicios*– propia del control de identidad y la *flagrancia*. O sea, en el considerando 5° parece establecerse que existió un control de identidad ordenado a confirmar la identidad

de las personas sorprendidas transportando drogas, en tanto en el considerando 6° se distancia del control de identidad señalando que los indicios –propios del control de identidad– no son lo mismo que la flagrancia.

La defensa de los imputados recurrió de nulidad en contra de esta resolución por estimar que respecto de ellos se procedió a un control de identidad ilegal, pues: i) Sus defendidos estaban siendo objeto de investigación desde por lo menos tres (3) meses antes de la detención; ii) Sus identidades ya se encontraban plenamente establecidas por parte del órgano persecutor; iii) No es aceptable que un supuesto indiciario de realización de un comportamiento punible no constitutivo de flagrancia permitiera a la policía llevar a cabo un registro para constatar una situación de flagrancia.

El fallo de la Excma. Corte Suprema que venimos comentando rechazó el recurso de nulidad haciendo suya la tesis del tribunal recurrido, aceptando que los hechos descritos eran constitutivos de una hipótesis de flagrancia.

A partir de los antecedentes tenidos a la vista queda la sensación que tanto el fallo del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán como la posterior confirmación por parte de la Excma. Corte Suprema, al rechazar el recurso de nulidad, sin estar plenamente convencidos de la legitimidad del obrar de la policía, encontraron en la flagrancia una solución que permitiera desestimar las objeciones planteadas por la defensa al actuar de la policía. En efecto, tal intuición parece estar reconocida en el considerando 5° del fallo de la Excma. Corte Suprema, que reproduce lo resuelto por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán: *“Dando respuesta a la teoría de la defensa, animada por la pretensión de convencer que tales actuaciones eran más propias de un control ilegítimo de identidad de personas ya identificadas, que justificaría la existencia de una incautación ilegal de evidencias incriminatorias y la irregular privación de libertad del acusado, quedó desplazada tras la constatación de un delito flagrante”*. En otras palabras, las argumentaciones de ilicitud de la defensa carecen de significación –y no se resuelven de manera explícita– frente a la calificación de los hechos como una hipótesis de flagrancia.

A nuestro juicio y teniendo presente que se cursaba una investigación respecto de personas determinadas y que existían antecedentes como para suponer que éstas trasladaban drogas en un vehículo motorizado, el Ministerio Público debió solicitar de la policía un control de identidad (art. 85), pues existían indicios para suponer que los sujetos estaban cometiendo un delito. El objeto de este control sería el de confirmar de manera inequívoca que las personas investigadas por el Ministerio Público eran las mismas que serían objeto del control de identidad y, además, analizar la presencia de una hipótesis de flagrancia o bien, obtener eventual prueba de cargo. En tal sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto que *“El artículo 85 regula dos hipótesis diferentes, la primera: control de identidad como un instrumento destinado a la verificación o descarte de una situación de flagrancia, y la segunda: control de identidad con fines exclusivamente identificativos”* (rol

Nº 267-2012, 2 de abril de 2012). En el mismo sentido, la Excma. Corte Suprema ha resuelto que *“El artículo 85 del Código Procesal Penal regula el denominado procedimiento de ‘Control de Identidad’, cuya finalidad es establecer con certeza la identificación de un sujeto determinado, a fin de obtener con arreglo a derecho y por lo que éste pueda proporcionar, antecedentes o medios probatorios ya para la indagación de presuntos, pero específicos, hechos punibles, ya sobre la individualidad de las personas que pudieron o se aprestaren a cometerlos, constituyendo una verdadera medida de seguridad o resguardo, de antecedentes, pruebas o información que llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto”* (rol Nº 8224-2012, de 31 de diciembre de 2012).

Así las cosas, los *indicios* a que alude el art. 85 para justificar un control de identidad, pueden dar lugar a una situación de *flagrancia* (art. 130). Ésta, a su vez, puede determinar la detención de un sujeto y la incautación de elementos probatorios que puedan ser utilizados en la incriminación.

En consecuencia, concordamos con lo resolutivo del fallo de la Excma. Corte Suprema que venimos comentando, aun cuando sus fundamentos, particularmente en lo que respecta a la remisión al fallo del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán en lo tocante a la diferenciación entre *“mera sospecha –indicio– de la existencia de un delito y flagrancia”* nos parecen inductivos a confusión. Si se decreta un control de identidad fundadamente, esto es, existiendo indicios de delictuosidad, se ejecuta conforme a la ley y de ello resulta una hipótesis de flagrancia, a partir de la cual se compruebe la identidad de una persona, se la detenga y se incauten las pruebas fundantes de la incriminación, no visualizamos ilegalidad alguna.

#### CORTE SUPREMA

Santiago, a treinta de marzo de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos antecedentes rol único 1500198134-7 e interno del tribunal 240-2015, se dictó sentencia por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán, el veintiséis de enero del año en curso, por la que se condenó a Luis Eulogio Castillo Poblete a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa, por su responsabilidad de autor del delito de tráfico ilícito de estupeficientes, cometido el 13 de mayo de 2015 en la ciudad de Chillán.

En contra de esa decisión el abogado defensor Sr. Antonio Guerra Sepúlveda, por el enjuiciado, dedujo recurso de nulidad fundado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal y, en subsidio, en el motivo absoluto de invalidación del artículo 374 letra e) del mismo cuerpo legal, arbitrio que se conoció en audiencia pública el diez

de marzo último. Luego de la vista del recurso se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que se levantó en esa misma fecha.

Considerando:

*Primero:* Que el recurso de nulidad formalizado por la defensa del condenado Castillo Poblete se sustenta, de manera principal, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, fundando sus reclamos en que en la etapa de investigación se infringieron las garantías previstas en los numerales 3º inciso sexto, 4º y 7º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en conexión con sus artículos 6º y 7º, y en los artículos 7.2 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 9.1 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normativa que asegura al justiciable un procedimiento e investigación racionales y justos, el derecho a la intimidad, a la libertad personal y a la seguridad individual, específicamente violentadas en el caso que se revisa con ocasión de la detención del acusado por personal policial perteneciente al OS7 de Carabineros en el interior de un vehículo en que se desplazaba como acompañante, en que se sabía se transportaba droga.

Explica que las diligencias de registro e incautación de evidencia y la privación de libertad que le afectó se realizaron sin autorización judicial previa, como exige el artículo 9º del Código Procesal Penal, actuación que se presentó por el persecutor como un control de identidad, según se desprende de los términos de la acusación y de los relatos de los funcionarios aprehensores. Sin

embargo el tribunal, apartándose de los planteamientos del Ministerio Público, justificó la detención en una supuesta situación de flagrancia, en circunstancias que su mandante y el imputado Jara Cifuentes eran objeto de una investigación que principió al menos tres meses antes de la detención, constándole al acusador fiscal las identidades, características físicas y domicilio de los imputados, como asimismo el modelo, color y placa patente del vehículo en que se movilizaban. Tal individualización fue obtenida con anterioridad, a través de interceptaciones telefónicas autorizadas judicialmente y de otras medidas intrusivas de investigación policial.

Añade el recurso que la Fiscalía argumentó que estaba ante un control de identidad amparado en una supuesta “orden de control y fiscalización” obtenida verbalmente una vez visualizado el móvil en que transitaban los acusados, autorización que no tiene sustento normativo alguno. Dada la investigación que se venía realizando, sólo restaba, para estar ante una actuación válida, recabar una orden de detención del tribunal de garantía competente.

Las gestiones reseñadas, en concepto del recurso, infringen los artículos 4º de la ley N° 19.640, Orgánica del Ministerio Público, y 83 de la Constitución Política, que imponen a los órganos de persecución penal la necesidad de intervención judicial previa respecto de todas aquellas actuaciones que se inmiscuyan dentro de algún ámbito de la privacidad o que afecten la libertad personal del afectado. Asimismo se desatendieron los términos restrictivos del

control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, y lo dispuesto en los artículos 5° inciso segundo, 125, 129 y 130, 143 del aludido texto, pues no pudo aceptarse que un supuesto indiciario de realización de un comportamiento punible no constitutivo de flagrancia permitiera afectar la libertad de un sujeto ya conocido o previamente identificado por los agentes policiales, para así realizar un registro que tuvo por finalidad, según el fallo “constatar una situación de flagrancia”. En síntesis, los funcionarios actuaron fuera del marco normativo del artículo 85 del Código Procesal Penal, pues no procedía un control de identidad respecto de personas ya identificadas, lo que avala el propio actuar policial, porque no se realizó gestión alguna tendiente a obtener la identidad de los imputados sino que directamente se procedió al registro del vehículo y a la incautación de las evidencias.

Finaliza solicitando que se anule el juicio y la sentencia determinándose el estado en que ha de quedar el procedimiento y se remitan los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral, con exclusión de la prueba de cargo obtenida con infracción de garantías fundamentales.

*Segundo:* Que, en subsidio, el recurso se funda en la causal de nulidad contemplada en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal.

Se plantea en este apartado que el considerando Décimo cuarto del fallo impugnado no se hace cargo ni resuelve

la petición de absolución fundada en que no se probó en juicio que la sustancia suministrada provocara graves efectos tóxicos y fuera peligrosa para la salud pública, por no existir una pericia que así lo determine, en los términos del artículo 43 de la ley N° 20.000, lo que constituye la transgresión de la máxima de la lógica de la razón suficiente.

Pide la nulidad del juicio y la sentencia determinándose el estado en que debe quedar el procedimiento y remita los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

*Tercero:* Que el día de la audiencia pública el impugnante rindió prueba para acreditar las circunstancias constitutivas de la causal principal, consistente en la lectura resumida de una copia del Parte Policial N° 00055 y sus anexos, de 13 de mayo de 2015, que da cuenta de las circunstancias de la privación de libertad y de la recolección de la evidencia de cargo; copia de la Orden de Investigar N° 85 y sus anexos, de Carabineros de Chile, de 27 de julio de 2015, que refiere las circunstancias de la investigación, privación de libertad y de la incautación de la prueba incriminatoria y la sección del registro de audio correspondiente al alegado de clausura –réplica del fiscal–, pista 13, minuto 04:14 a 04:36, en que admite no haber contado con orden de detención contra el imputado.

*Cuarto:* Que en lo que concierne a la causal principal, como se desprende del texto del recurso, las afectaciones que la fundamentan se originarían con motivo de la realización de diligencias policiales

autónomas en las que no se observaron las normas legales que las regulan y de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra el condenado como autor del delito de tráfico de estupefacientes que el fallo da por probado.

*Quinto:* Que sobre la materia en debate la sentencia consignó que se trató de una situación de flagrancia, en la hipótesis que contempla el artículo 130 letra a) del Código Procesal Penal, “pues no es posible establecer en el orden de las investigaciones policiales a partir de diligencias indagatorias previas, que los antecedentes recogidos de manera preliminar hubiesen estado absolutamente consolidados en cuanto a la efectividad que los sujetos investigados poseyeran y transportaran sustancias ilícitas, para cuyo ejercicio era menester adoptar previamente, dentro de los procedimientos de rigor y de manera directa e inmediata, la confirmación de las identidades de aquellas personas a las que se vinculaba con la sustancia ilícita. En ese contexto, el hallazgo de la droga obedeció a una situación de flagrancia, lo que no obsta a que se trate de personas identificadas preliminarmente, por lo que la actuación policial cuestionada resultó ajustada a derecho”. Dando respuesta a la teoría de la defensa, animada por la pretensión de convencer que tales actuaciones eran más propias de un control ilegítimo de identidad de personas ya identificadas, que justificaría la existencia de una incautación ilegal de evidencias incriminatorias y la irregular privación de libertad del acusado, quedó desplazada tras la constatación de un delito flagrante. En tales condiciones,

el deber de los funcionarios policiales era precisamente confirmar de manera fehaciente que las personas sorprendidas transportando droga eran aquellas a las que las que apuntaban las investigaciones, sorprendiendo en ese momento la perpetración del delito de tráfico de drogas en su hipótesis de traslado.

En tal sentido, el fallo aplicó en forma correcta lo dispuesto en el artículo 130 del Código Procesal Penal, de cuyo análisis surge de manera clara la diferencia entre la mera sospecha de la existencia de un hecho punible y la flagrancia que describe el precepto, porque en el caso de la especie los policías contaban con una orden de revisión decretada en forma previa por el juez de garantía, que se materializó con el registro del vehículo en que se movilizaba el imputado, lo cual derivó en la incautación de evidencias de cargo y la privación de libertad que se reclaman.

*Sexto:* Que, como se aprecia, en virtud de indicios válidos y suficientes el fiscal del Ministerio Público obtuvo una orden de registro del móvil, constatando la policía la comisión de un delito, que la habilitaba para proceder autónomamente, en los términos de los artículos 83 letra b) y 187 inciso segundo del Código Procesal Penal, y recoger los efectos del delito y aquellos que pudieren ser utilizados como medios de prueba, nada de lo cual merece reproche por parte de este tribunal.

*Séptimo:* Que la prueba ofrecida y rendida por la defensa en la audiencia no ha tenido la suficiente fuerza para demostrar los supuestos de hecho que permitirían dar por probada la causal invocada, pues los documentos a los que

se dio lectura y el relato que parcialmente se reprodujo del alegato de clausura del fiscal en el juicio oral no excluyen la flagrancia que rodeó la detención y recolección de pruebas de cargo, como se razonó en las consideraciones precedentes, situación que el tribunal oral constató luego de la estimación conjunta de la multiplicidad de elementos de juicio aportados al pleito, por lo que es inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal impetrada aparecen carentes de fundamento.

En todo caso, la inexistencia de una orden de detención contra el imputado no está puesta en duda, pero su ausencia no afecta la legalidad del proceder policial ante la comisión de un delito flagrante, como reconoce la sentencia, desde que en todo momento dicho actuar se ajustó a la normativa que rige la materia.

*Octavo:* Que, en tales condiciones, la existencia de una orden judicial de registro válidamente emitida da lugar a que se estime que la diligencia policial practicada en cumplimiento de dicho mandamiento no infringe los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, se trata de una prueba legalmente obtenida y con arreglo a lo dispuesto tanto en la norma Constitucional como procesal, por lo que las alegaciones vertidas, en lo que a la causal principal se refiere, no pueden prosperar.

*Noveno:* Que por el motivo de nulidad subsidiario se reclama la falta de fundamentación de la sentencia, dado que a partir de la prueba de cargo no se generaría un razonamiento válido condenatorio, lo que en concepto del

recurso contradice el principio de la razón suficiente.

*Décimo:* Que respecto del examen de fundamentación, la ley exige que los tribunales asienten ciertos hechos y expresen los medios que sustentan esas determinaciones fácticas, porque la motivación de la sentencia legitima la función jurisdiccional y permite conocer no sólo al acusado, sino que a todos los intervinientes en el proceso criminal la justicia y racionalidad de la decisión judicial, dando cabida a la interposición de los recursos legales para activar los mecanismos de control en la aplicación del derecho al caso concreto.

En cuanto al control de la motivación en la determinación de los hechos se ha sostenido que: “si bien es cierto que en el sistema de la sana crítica racional, el juzgador no está sometido a reglas que prefijen el valor de las pruebas, sino que es libre para apreciarlas en su eficacia, la legitimidad de esa apreciación dependerá de que su juicio sea razonable. Es decir, que al apreciar los elementos de prueba incorporados al proceso, observe las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común que deben siempre informar el desenvolvimiento de la sentencia” (Julio Maier, *El Control Judicial de la Motivación de la Sentencia Penal en “La Motivación de la Sentencia Penal y Otros Estudios”*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 118).

Pero tal como lo destaca Maier “no se trata de que el tribunal valore nuevamente la prueba del debate, que no ha presenciado, actividad que le está prohibida, sino, antes bien, de que el imputa-



do demuestre –no sólo argumentalmente–, a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia, para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción del conocimiento que incorpora... se observa ya que es el condenado el que ataca la sentencia y, por ende, es él, también, quien soporta la carga de verificar estos extremos, de tornar plausibles los errores gruesos del fallo respecto de la reconstrucción histórica” (cit., pp. 722-723).

*Undécimo:* Que el error lógico formal que se reprocha al pensamiento de los jueces reside en que no se probó en juicio que la sustancia suministrada provocara graves efectos tóxicos y que fuera peligrosa para la salud pública. Tal aserto no es efectivo, pues la sentencia atacada cumple con las exigencias legales de motivación, ya que expone, respondiendo al planteamiento de la defensa, que “la cantidad de droga incautada, la proyección asociada a su dosificación, ... como la aptitud para producir graves efectos tóxicos”, se demostró con el informe incorporado por el persecutor, detallado en el considerando Noveno del fallo recurrido, dentro de la relación de la prueba pericial rendida, reflexiones que condujeron inequívocamente a los jueces a dar por establecida la existencia del delito.

*Duodécimo:* Que, como se advierte, las pretendidas infracciones que sirven

de sustento al recurso en este segmento no son tales, lo que se concluye con la sola lectura del fallo, en el cual se contiene un adecuado análisis de la prueba que permite perfectamente la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el tribunal, todo lo cual impide que el vicio denunciado como constitutivo de la causal de invalidación absoluta que contempla el artículo 374 e) del Código Procesal Penal pueda prosperar.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342, 372, 373, letra a), 374 letra e), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el abogado defensor Sr. Antonio Guerra Sepúlveda, por el imputado Luis Eulogio Castillo Poblete, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Chillán, el veintiséis de enero del año en curso, en la causa RUC 1500198134-7, RIT 240-2015, declarándose que ella no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Juan Eduardo Fuentes B., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 7485-2016.