

2. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO PROHIBIDA

CONTROL DE IDENTIDAD REALIZADO LUEGO DE CONSTATAR LA EXISTENCIA DE INDICIOS SUFICIENTES. IMPUTADO QUE ABANDONA UN BOLSO EN LA VÍA PÚBLICA AL PERCATARSE DE LA PRESENCIA DE FUNCIONARIOS POLICIALES. CARABINEROS DEBE RECOGER Y REGISTRAR EL BOLSO ABANDONADO EN LA VÍA PÚBLICA SIN NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN U ORDEN PREVIA.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida y la falta de porte de drogas para el consumo. Defensa del condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad penal deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *11525-2015, de 1 de octubre de 2015*

PARTES: *Ministerio Público con Julio Escobar Romero*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Abogado Integrante Sr. Arturo Prado P.*

DOCTRINA

- 1. La actuación de los funcionarios policiales consistente en realizar un control de identidad al imputado, luego de revisar la mochila que éste abandonó en la vía pública y en la cual encontraron una escopeta de fabricación artesanal y dos cartuchos, se encuadra en cualquiera de las hipótesis de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, puesto que los policías observaron directamente al acusado desprenderse del morral que portaba y encontraron en su interior el arma indicada, todo ello sin perder de vista al imputado, circunstancias que los habilitaban para detenerlo y, consecuentemente, para el registro de sus vestimentas. Una vez abandonada la mochila en la vía pública por el acusado, éste no podía esperar que dicho bolso siguiera constituyendo un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente. Lo cierto es que Carabineros, en legítimo cumplimiento de sus labores preventivas que tienden a resguardar el orden y seguridad pública, podía –más*

bien, debía— recoger y registrar la mochila abandonada en la vía pública, sin necesidad de pedir autorización a persona alguna —menos al imputado quien niega ser su poseedor o dueño—, ni de recabar por intermedio del Fiscal una orden judicial. No es una conducta ordinaria o común abandonar una mochila y su contenido en la vía pública, menos si se hace sólo al advertir la proximidad de Carabineros, alejándose además del lugar en que se abandonó la mochila “apurando su andar”, y todo esto en horas de la madrugada. Tales circunstancias, apreciadas en su conjunto, con holgura constituían indicios que habilitaban a los carabineros para efectuar un control de identidad al acusado y, consecuentemente, para el registro de sus vestimentas y de la propia mochila, en el caso que se estimara que la inspección de esa bolsa fue ejecutada funcionalmente —y no temporalmente— como parte del procedimiento del artículo 85 del Código Procesal Penal. (Considerandos 5° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/5878/2015

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículo 85 inciso 2° del Código Procesal Penal*

CONTROL DE IDENTIDAD

MAURICIO REYES LÓPEZ
Universidad de Bonn

En el proceso penal RUC N° 1400692362-4 y RIT N° 229-2015 y rol de ingreso de la Corte Suprema N° 11525-2015, el Tribunal del Juicio Oral de La Serena condenó a un mayor de edad como autor de delito consumado de porte ilegal de armas prohibidas, el que había sido pesquisado por la policía en el contexto de un control de identidad. La defensa del condenado interpuso un recurso de nulidad contra la sentencia antedicha, basado en la ilegalidad del control de identidad practicado, ya que este fue llevado a cabo con inobservancia de derechos fundamentales (infracción al principio de formalidad) establecidos en el artículo 19 N°s. 3, 4, 5 y 7 de la Constitución y, en virtud de la remisión del art. 5 inc. 2 de la misma, también por tratados internacionales sobre derechos humanos, vigentes y suscritos por Chile : artículos 8.2 letra g) y 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.3 letra g) y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 83, 85, 91, 93 letra g), y en el artículo 205 del Código Procesal Penal.

Conforme a los hechos que el tribunal *a quem* tuvo por acreditados, dos carabineros realizaban rondas preventivas a altas horas de la noche en un pasaje en la ciudad de Coquimbo. Un individuo, al percatarse de que los dos oficiales se acer-

caban a él, dejó en el piso su mochila y apuró el paso. Los carabineros abrieron la mochila y se percataron de la presencia de un arma de fuego hechiza, tras lo cual procedieron a controlar la identidad del sujeto, y tras registrar sus vestimentas se percataron de que portaba pasta base y marihuana en papelillos y no contaba con permiso para portar armas, ante lo cual lo detuvieron por delito flagrante de porte ilegal de armas. Según la defensa, dicho control de identidad se habría practicado infringiendo garantías fundamentales, puesto que el registro de la mochila comportaría una vulneración al derecho a la libertad personal y la seguridad individual, ya que la policía no habría ajustado su conducta a los presupuestos establecidos para el control de identidad por el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Dicho recurso fue rechazado por la Corte Suprema, la que argumentó, en su considerando quinto que *“Una vez abandonada la mochila en la vía pública por el acusado, éste no podía esperar que dicho bolso siguiera constituyendo un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente. Lo cierto es que Carabineros, en legítimo cumplimiento de sus labores preventivas que tienden a resguardar el orden y seguridad pública, podía –más bien, debía– recoger y registrar la mochila abandonada en la vía pública, sin necesidad de pedir autorización a persona alguna”*.

El principal problema de este caso radica en determinar si los funcionarios policiales se encontraban facultados para indagar el contenido de la mochila sin estar realizando control de identidad alguno, ya que justamente de dicho registro emanó el indicio que habría configurado la situación de flagrancia, esgrimida por los funcionarios para fundamentar el control de identidad y la posterior detención. Conforme al fallo objeto de este comentario, los carabineros estarían facultados para ello, en ejercicio de sus labores preventivas, ya que el individuo habría desplegado una conducta sospechosa al desprenderse de la mochila y apurar el paso, lo que justificaría el proceder de la policía, aún entendiéndose que el registro de la mochila hubiera formado parte del control de detención (posibilidad esta última, correctamente descartada por el tribunal *ad quem*).

Prevenir el delito es, sin duda, una tarea esencial de la policía. Si existe sospecha de que un delito se está cometiendo o está por cometerse, es deber de la policía evitarlo y, de esa manera, proteger a las potenciales víctimas y resguardar el orden público. En un pasaje oscuro a las tres de la mañana, un joven que deja en el piso una mochila y comienza a apurar el paso, naturalmente despertará la sospecha de un carabinero; pero ¿sospecha de qué exactamente? ¿qué indicios había para colegir que ese joven se encontraba en alguna hipótesis de delito flagrante? A este respecto, la experiencia personal de los funcionarios policiales, su “intuición profesional”, no basta. El funcionario debe estar en capacidad de producir razones intersubjetivamente válidas para establecer el presupuesto material que lo habilita a ejercer sus facultades preventivas. A falta de indicios comprobables de una hipótesis de flagrancia, y que sean anteriores al registro de la mochila, la policía no se encuentra habilitada para registrarla. Ni la hora, ni el lugar, ni el

hecho de haber dejado en el piso su mochila son antecedentes suficientes para generar sospechas fundadas de una situación de flagrancia (¿flagrancia de qué?), ya que de estos apenas se puede desprender algo, más allá de una sospecha general de que el individuo “anda en malos pasos”, lo que en un Estado de Derecho es obviamente insuficiente. El hecho de que el individuo haya “apurado el paso”, descrito de ese modo, tampoco parece bastar (aunque sí bastaría, por ejemplo, si la mochila fuera dejada en un vagón del metro o en el aeropuerto y el sujeto corriera despavorido, porque en ese caso se podría pensar en una tentativa de estragos de carácter terrorista: cada indicio es contextual).

En un Estado policial, el Estado actúa a través de la policía para garantizar el orden público, sin otras limitaciones que las requeridas para maximizar la eficacia de sus labores de vigilancia y persecución. En un Estado de Derecho, en cambio, hay policía, pero su actuación se encuentra sujeta a estrictos constreñimientos normativos de orden constitucional, derivados de los derechos fundamentales de las personas. El control de identidad es una institución que por su propia naturaleza se encuentra bajo especial sospecha, ya que faculta a la policía a inmiscuirse en la esfera privada (corporal) y en la libertad del individuo sospechoso, en base a criterios formulados de manera no demasiado precisa y frecuentemente requeridos de interpretación. Por otro lado, se trata también de una institución que persigue facilitar el trabajo policial: si la policía no cuenta con medios de intervención suficientes para prevenir el delito y detener a los sospechosos de delito flagrante, la credibilidad en la eficacia del proceso penal como mecanismo de protección de la ciudadanía se ve horadada. Es por ello que el control de identidad refleja la constante tensión entre la protección de la libertad y la persecución del delito, que caracteriza al proceso penal liberal.

Es difícil no estar consciente de la tremenda carga que significa para los funcionarios policiales verse en necesidad de evaluar con frialdad y plena claridad de juicio si, en casos dudosos, concurren los presupuestos del control de identidad, sobre todo considerando que en no pocas ocasiones dichos funcionarios se ven enfrentados a una gran presión y deben adoptar una decisión en un muy reducido espacio de tiempo. Sin embargo, no es admisible cargar al ciudadano con los errores de la policía, por honestos y comprensibles que sean. Las libertades del individuo no se pueden sacrificar a pretexto de flexibilizar la actividad intrusiva del Estado, y el caso del control de detención es especialmente sensible a esta clase de conflictos. En caso de duda, la libertad debe primar.

CORTE SUPREMA:

Santiago, uno de octubre de dos mil quince.

Vistos:

En esta causa RUC N° 1400692362-4 y RIT N° 229-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, por sentencia de veintinueve

de julio de dos mil quince, se condenó a Julio Eduardo Escobar Romero, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, comiso de un arma de fuego artesanal y un cartucho balístico y al pago de las costas de la causa, como autor de un delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, perpetrado en la ciudad de Coquimbo, el día 19 de julio de 2014. Asimismo, se condena al acusado ya individualizado, como autor de la falta de porte de drogas para el consumo, a la multa de un tercio de unidad tributaria mensual y al pago de las costas de la causa, cometida en Coquimbo, el día 19 de julio de 2014.

La defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, cuya copia rola a fojas 16, que fue admitido a tramitación por resolución de fojas 58, fijándose a fojas 59 la audiencia que se llevó a cabo para su conocimiento. A fojas 64 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

Y considerando:

Primero: Que el recurso esgrime la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 5° inciso 2°, y 19 N°s. 3, 4, 5 y 7 de la Constitución Política del Estado, 8.2 letra g) y 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.3 letra g) y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 83, 85, 91, 93 letra g) y 205 del Código Procesal Penal.

Explica que en este proceso se ha conculcado el derecho a un debido

proceso y el derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual, toda vez que se efectuó un control de identidad y registro del acusado, sin que existiera indicio que lo permitiera, obteniendo así evidencias incriminatorias en su contra. Precisa que el control de identidad a que fue sometido el imputado se origina cuando los funcionarios aprehensores avistan a un joven que deja en el suelo una mochila para posteriormente caminar, hecho que no configura ningún indicio de actividad criminal, y que no es posible encuadrar en hipótesis alguna del inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Al concluir pide se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada en éste, retrotrayéndose la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado, excluyéndose para tal efecto del auto de apertura los testigos Jonathan Vásquez Torres y Carlos Cortés Moya, funcionarios policiales que llevaron a cabo el procedimiento cuestionado, y al Perito Carlos Veloso Sepúlveda, que elaboró el informe de pericial balístico N° 464-2014.

Segundo: Que para acreditar los hechos en que se funda la causal de nulidad invocada, el recurrente, en la audiencia fijada para la vista del recurso, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal incorporó como prueba mediante su lectura una copia simple del parte policial N° 928 de Carabineros de Chile, Tenencia de Las Encinas, Coquimbo, de fecha 19 de julio de 2014.

Tercero: Que los hechos asentados en el considerando sexto de la sentencia recurrida son los siguientes: “Que el día 19 de julio de 2014, alrededor de las 03:00 horas, Julio Eduardo Escobar Romero, fue sorprendido por funcionarios de Carabineros en el pasaje Andalien de la comuna de Coquimbo, portando entre sus vestimentas, un calcetín blanco con 26 envoltorios contenedores de 4.67 gramos netos de pasta base cocaína y tres envoltorios con 0.46 gramos netos de marihuana, droga que estaba destinada a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo. Además, poseía y tenía al interior de una mochila, una escopeta de fabricación artesanal, adaptada para disparar munición calibre 12 y dos municiones de este mismo calibre, sin estar autorizado para dicha tenencia”.

Estas conductas fueron calificadas en la sentencia como falta de porte de drogas en lugares públicos prevista en el artículo 50 de la ley N° 20.000 y el delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, previsto y sancionado en el artículo 13 de la ley N° 17.798 en relación con el inciso 3° del artículo 3° de la misma normativa.

Que en lo tocante al establecimiento de ambos ilícitos, el Tribunal de la instancia razonó en su basamento séptimo que, “en cuanto al delito de tenencia ilegal de arma de fuego prohibida, tal como se indicara en su oportunidad, se contó con los atestados de los dos funcionarios de carabineros, Jonathan Vásquez Torres y Carlos Cortés Moya, quienes de manera conteste dieron cuenta del patrullaje preventivo que

efectuaban el día de los hechos por el pasaje Patagonia y luego de virar a la derecha hacia el pasaje Andalién, en el sector de San Juan, de la comuna de Coquimbo, observaron la presencia de un sujeto que se encontraba solo y que al advertir el arribo del furgón policial en el que ellos se desplazaban, se desprendió de la mochila que mantenía colgada a su espalda para abandonarla en el suelo y comenzar a caminar en dirección hacia el mar, apurando su andar, una vez que los carabineros habiendo ya descendido del móvil y, prevenido el funcionario Carlos Cortés Moya, por el conductor del mismo, cabo Vásquez Torres, que en la mochila que portaba dicho sujeto había una escopeta de fabricación artesanal y dos cartuchos de escopeta marca Nobel Sport, aceleró la marcha iniciada en persecución del individuo, logrando prontamente darle alcance. Incautado el armamento y las municiones y sometidos a la pericia correspondiente, se estableció que el arma poseía poder destructor y efectividad similar a un arma de fuego convencional del tipo escopeta calibre 12, cuyo cañón haya sido recortado...”

En lo que concierne a la falta del artículo 50 de la ley N° 20.000, se expresó en la consideración octava que “resultó acreditada con los mismos atestados de los funcionarios aprehensores, fundamentalmente con el del cabo de carabineros, Carlos Cortés Moya, –cuyo testimonio fue avalado en su integridad por los dichos del cabo Jonathan Vásquez Torres– quien una vez que aprehendió al acusado y luego de verificar que éste no portaba su cé-

dula de identidad, procedió al registro de sus vestimentas, encontrándole en el bolsillo de su pantalón un calcetín blanco contenedor de 26 papelillos cuadrículados con una sustancia con características similares a la pasta base de cocaína y tres papelillos con una sustancia similar a la marihuana, determinándose de manera fehaciente a través de la prueba experta, que efectivamente se trataba de pasta base de cocaína y de marihuana...”.

Y específicamente respecto de las mismas alegaciones que fundan el recurso, la sentencia explicó en su motivo décimo que “el tribunal no advirtió infracción Constitucional alguna desde que el acusado al ver que los funcionarios de carabineros ingresaban al pasaje en el vehículo policial, se desprendió de la mochila que portaba y la abandonó en la vía pública, configurando tal circunstancia un indicio suficiente para estimar aquellos que el imputado estaba cometiendo un delito o se disponía a cometerlo y habilitaba, por tanto, a los carabineros para efectuar un control de identidad y el registro de sus vestimentas y de la mochila que portaba, ajustándose la detención plenamente a derecho, de conformidad a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Penal. Así las cosas, la detención por sospecha esgrimida por la defensa no es tal, pues la detención de Escobar Romero por la policía se produjo en situación de flagrancia en algunas de las hipótesis contempladas en el artículo 130 del citado código y cuyo pronunciamiento le correspondió efectuar en su oportunidad al Juez de Garantía”.

Cuarto: Que los hechos asentados por los sentenciadores, que no difieren en lo sustancial respecto de lo que da cuenta el parte policial que se incorporó por la defensa en la vista del recurso, impiden que la pretensión de invalidación de la defensa pueda ser acogida por tres órdenes de consideraciones, que se expondrán a continuación.

Quinto: Que, en primer término, si se leen con atención los considerandos séptimo y octavo del fallo, ahí se establece una secuencia de hechos diversa a aquella que sustenta las disquisiciones del recurso, pues se asienta, en síntesis, que los funcionarios policiales primero ven al imputado abandonar la mochila, revisan ésta, constatan que en su interior había una escopeta de fabricación artesanal y dos cartuchos y, producto de esto, le dan alcance al acusado y proceden a su control de identidad.

Pues bien, tales circunstancias, con claridad meridiana, se encuadran sin dificultad en cualquiera de las situaciones de flagrancia tipificadas en el artículo 130 del Código Procesal Penal, puesto que los carabineros observan directamente al acusado desprenderse del morral que portaba y encuentran en su interior una escopeta de fabricación artesanal, todo ello, sin perder de vista al imputado, circunstancias que los habilitaban para detenerlo y, consecuentemente, para el registro de sus vestimentas.

Huelga señalar que al haber “abandonado” la mochila en la vía pública el acusado —así lo afinca el motivo décimo del fallo—, no podía esperar que dicho bolso, después de su abandono, siguiera

constituyendo un espacio de privacidad garantizado constitucionalmente, menos aún si la propia defensa del encartado planteó en el juicio oral, como se lee en el basamento décimo del dictamen en estudio, que “la mochila donde fue hallada el arma pudo corresponder a otro u otros sujetos que no pudieron ser vistos por los carabineros”, e incluso en el parte policial que el propio recurrente esgrime como prueba en apoyo de su pretensión invalidatoria, se deja constancia que al imputado, “se le consultó por la mochila que anteriormente había dejado abandonada, éste manifestó que no le pertenecía”.

De esa manera Carabineros, en legítimo cumplimiento de sus labores preventivas que tienden a resguardar el orden y seguridad pública, podía –más bien, “debía”– recoger y registrar la mochila “abandonada en la vía pública”, sin necesidad de pedir autorización a persona alguna –menos al imputado quien niega ser su poseedor o dueño–, ni de recabar por intermedio del Fiscal, una orden judicial con dicho propósito de conformidad al artículo 9º del Código Procesal Penal.

Sexto: Que, por otra parte, cabe reparar que el artículo 85 inciso 2º del Código Procesal Penal, prescribe que “Durante este procedimiento [de control de identidad], sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla”, es decir, el registro que trata esta norma se lleva a cabo durante o como parte del procedimiento de control de identidad, pues precisa-

mente recae el registro en la vestimenta o equipaje de la persona cuya identidad se controla.

Pues bien, en el caso sub judice, los hechos que se dieron por establecidos en el fallo demuestran que producto del registro que se hace a las vestimentas del imputado con ocasión del control de identidad al que es sometido, se descubre la droga que éste portaba, no así el arma de fuego, puesto que como ya se explicó, el hallazgo de esta última no formó parte ni el corolario de ese procedimiento de control de identidad, sino que el indicio que habilitó para llevar a cabo el mismo.

En contradicción a lo anterior, en el arbitrio se pide la exclusión del informe pericial balístico realizado sobre el arma –que no fue hallada en el procedimiento de control de identidad, sino en forma previa–, pero nada se solicita u objeta respecto de los medios probatorios destinados a acreditar la posesión de la droga encontrada precisamente al registrar las vestimentas del acusado durante el procedimiento en comento.

Séptimo: Que, sin perjuicio de todo lo anterior, incluso de entenderse que el registro de la mochila de la que se desprende el encartado integró –y no motivó– el procedimiento de control de identidad, igualmente el arbitrio no podría prosperar, si se tiene en vista que los recurridos dan por establecido que “el acusado al ver que los funcionarios de carabineros ingresaban al pasaje en el vehículo policial, se desprendió de la mochila que portaba y la abandonó en la vía pública”, lo que en parecer de esta Corte, constituía un indicio suficiente para estimar razonablemente, según

las circunstancias presentes a la sazón, que el imputado estaba cometiendo un delito o se disponía a cometerlo.

En efecto, no es una conducta ordinaria o común abandonar una mochila y su contenido en la vía pública, menos si se hace sólo al advertir la proximidad de Carabineros, alejándose además del lugar en que se abandonó la mochila “apurando su andar”, y todo esto en horas de la madrugada (alrededor de las 03:00 hrs.). Tales circunstancias, apreciadas en su conjunto, con holgura constituían indicios que habilitaban a los carabineros para efectuar un control de identidad al acusado y, consecuentemente, para el registro de sus vestimentas y de la propia mochila, en el caso que se estimara que la inspección de esa bolsa fue ejecutada funcionalmente —y no temporalmente— como parte del procedimiento del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Octavo: Que atendido lo que se ha venido razonando, el recurso debe ser desestimado, al no advertirse en la especie que se haya cometido alguna infracción sustancial a derechos o garantías

asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 359, 360, 373 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado Julio Eduardo Escobar Romero contra la sentencia de veintinueve de julio de dos mil quince, cuya copia corre agregada a fs. 3 y siguientes de este legajo y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC N° 1400692362-4 y RIT N° 229-2015 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase con su agregado, en su caso.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juica.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y el Abogado Integrante Sr. Arturo Prado P. Rol N° 11525-2015