

## 11. DERECHO PENAL - DERECHO PROCESAL PENAL - CORTE SUPREMA

### TRÁFICO DE DROGAS

I. ENTRADA Y REGISTRO EN LUGARES CERRADOS CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA. DERECHO A LA INVIOLABILIDAD DEL HOGAR. II. HIPÓTESIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD DE ERRÓNEA APLICACIÓN DEL DERECHO. III. DIFERENCIACIÓN ENTRE EL TRÁFICO Y EL MICROTRÁFICO DE DROGAS QUEDA ENTREGADA A LOS JUECES DEL FONDO. EXPRESIÓN “PEQUEÑA CANTIDAD” ES UN CRITERIO REGULATIVO U ORIENTADOR.

### HECHOS

*La defensa de los condenados por el tribunal de juicio oral en lo penal como autores del delito de tráfico de drogas recurren de nulidad por las causales del artículo 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal. Sin embargo, el Máximo Tribunal desecha el recurso, descartando la vulneración de garantías fundamentales y la errónea aplicación del derecho denunciadas.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: 22256-2014, de 29 de septiembre de 2014

PARTES: *“Ministerio Público con María San Martín Riquelme y otros”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C. y Sr. Lamberto Cisternas R.*

### DOCTRINA

- I. En la especie, la actuación policial cuestionada por la defensa se llevó a cabo con estricta sujeción a la ley, pues se procedió de conformidad a lo previsto en el artículo 9° del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 236 del mismo Código, para efectuar la entrada y registro del domicilio de la imputada. Ahora bien, durante el desarrollo de esa diligencia se constató un delito flagrante, por lo que, en la obtención de la prueba de cargo de este nuevo ilícito, también medió orden judicial previa para las gestiones propias del procedimiento. De esta manera, la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar no ha sido infringida por el obrar de la policía, a resultas de lo cual la prueba obtenida en dicha ocasión pudo ser valorada positivamente y servir de fundamento a la decisión de condena, sin transgredir*

*con ello el derecho al debido proceso (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Efectivamente, existía una orden de detención vigente contra la imputada y, además, se autorizó verbalmente por el juez de garantía, a solicitud del fiscal, una orden de entrada y registro del inmueble, la que dio origen a la presente causa y de la que se dejó la constancia exigida por los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal. Entonces, los funcionarios policiales arribaron al lugar para cumplir con una orden de detención, para lo cual disponían, además, de la orden judicial de entrada y registro, verificándose en tales circunstancias el ingreso al inmueble, donde el personal policial, ante la comisión de un delito flagrante de tráfico de drogas, solicitó al Ministerio Público la tramitación de una orden judicial de incautación de las evidencias, la que también se dio verbalmente por el juez de garantía (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *La causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal comprende, de manera más o menos general, las siguientes hipótesis: a) que exista contravención formal del texto de la ley, es decir, cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente el texto legal; b) que se vulnere el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de una sentencia; y c) que exista una falsa aplicación de la ley, situación que se verifica cuando el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, en circunstancias que resultaba evidentemente pertinente su aplicación (considerando 12° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *La Ley de Drogas no ha establecido conceptos ni elementos categóricos para establecer la diferenciación del delito de tráfico de grandes cantidades de droga y el de microtráfico, dejando entregada dicha determinación a los jueces del fondo. La expresión “pequeña cantidad” empleada en su artículo 4° es un principio regulativo u orientador, caracterizado por no ofrecer baremos jurídicos ni extrajurídicos para su complementación, plenamente exento de valoración formal y sin contenido. Dicho de otro modo, la intención del legislador con la incorporación de expresiones como la aludida, fue dejar entregado al criterio de los sentenciadores el “llenar de sustancia” en el caso concreto este concepto indeterminado que contrasta enteramente con las cláusulas normativas, pues aquél no entraña contenido valorativo ni medida de valor alguno. En consecuencia, y en mérito de la naturaleza indeterminada de este concepto regulativo, en la figura de microtráfico no puede determinarse, con una precisión matemática, con qué cantidad de droga se configura, ya que corresponderá a los jueces del grado apreciar en cada caso la calificación a la luz de todos los antecedentes que se tuvieron a la vista en el juicio, incluidas las circunstancias de comisión, dosis en-*

*contradas y toda otra circunstancia anexa y circundante a su perpetración (considerandos 13° y 14° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CI/JUR/6972/2014*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19, N° 5, de la Constitución Política de la República; 9, 205, 206, 227, 228, 236, 373 letra b), del Código Procesal Penal; 1°, 3° y 4° de la Ley N° 20.000.*

## EL “HALLAZGO CASUAL” Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

CARLOS CORREA ROBLES

*Abogado*

Durante la entrada y registro de un inmueble resulta usual que la policía encuentre elementos probatorios no vinculados al delito que motiva la diligencia, ya sea porque éstos se encuentran relacionados con una investigación distinta, o bien permiten advertir la existencia de un delito del que no se tenía conocimiento previo. El tratamiento de lo que la doctrina alemana ha denominado *Zufallsfunde*, recepcionado por nuestra doctrina bajo el concepto de “hallazgos casuales”, constituye uno de los temas más controvertidos dentro del derecho probatorio, excediendo su análisis el alcance de este comentario<sup>1</sup>.

La primera pregunta que surge en relación a los “hallazgos casuales” es, ¿cómo debe reaccionar la policía frente a estos? Una primera opción sería sostener que, dada la falta de vinculación entre la prueba accidentalmente descubierta y el delito específico por el cual fue autorizada la diligencia, ésta debería simplemente ser ignorada por la policía, *cerrando ésta los ojos*. Dicha alternativa, que podría parecer atractiva a primera vista desde un punto de vista teórico, conduciría en la mayoría de los casos —como ha señalado el Tribunal Supremo Alemán— a una pérdida definitiva del material probatorio accidentalmente encontrado en cuanto éste difícilmente estará disponible para un eventual posterior allanamiento<sup>2</sup>. Asimismo, una actitud meramente pasiva frente a elementos que permitiesen acreditar la comisión de un delito, contravendría el principio de legalidad que subyace a las actuaciones

<sup>1</sup> La relevancia en la doctrina alemana se refleja, por ejemplo, en la reciente aparición de dos monografías dedicadas al tema: GRAWE, Stefan. *Die strafprozessuale Zufallsverwendung: Zufallsfunde und andere Zweckdivergenzen bei der Informationsverwendung im Strafverfahren*. Mohr Siebeck. Diss. 2008, passim; PITSCHE, Christoph. *Strafprozessuale Beweisverbote: eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik*. Kovak. Diss. 2009, pp. 95 y ss.; pp. 141 y ss.; pp. 251 y ss.

<sup>2</sup> BGHSt 31, 296, 301. Cfr. TSAMBIKAKIS, Michael en: *Löwe-Rosenberg StPO*, § 108, Rdn. 1, p. 739.

del Ministerio Público y que incide en el actuar de la policía en el proceso penal, generando eventuales responsabilidades administrativas e incluso penales.

Por ello, en caso que la policía descubra accidentalmente antecedentes que podrían indicar la presencia de un delito distinto al que motiva la diligencia, existe un verdadero deber de parte de la policía de incautar dichos elementos probatorios, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos para tales efectos. Este es precisamente el modelo que ha adoptado nuestro legislador al autorizar en el artículo 215 CPP la incautación de estos “hallazgos casuales”, previa obtención de una orden judicial. Similar es el camino escogido por la Ordenanza Procesal Penal alemana, que en su § 108 autoriza a la policía a proceder a su incautación en forma provisional. Dicho modelo constituyó precisamente la fuente de la regulación originalmente contenida en el proyecto de CPP enviado por el ejecutivo, siendo ésta modificada posteriormente durante la discusión parlamentaria, adoptándose en definitiva la redacción actualmente vigente.

Este es precisamente el tema central de la sentencia dictada por la segunda sala de la Excm. Corte Suprema el pasado 13 de agosto, que acogió por mayoría de sus integrantes el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado Cruz Peña, dejando sin efecto la sentencia dictada en su contra por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, que lo condenó a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo más las accesorias legales, como autor del delito de tenencia de arma de fuego prohibida.

En cuanto a los hechos, encontrándose en curso una investigación seguida por el delito de robo y receptación de artículos de vehículos, funcionarios de la policía proceden a registrar, previa autorización del imputado, el inmueble del mismo, encontrando bajo la cama matrimonial utilizada por Cruz Peña y su pareja una escopeta tipo hechiza. La policía, al constatar la presencia de dicho objeto, procede sin más a su incautación, omitiendo solicitar la autorización judicial a la que aduce el artículo 215 ya referido.

Señala la sentencia que el descubrimiento de dicha arma, al no constituir una evidencia vinculada con la investigación que motivó la diligencia de entrada y registro, configuraría un “hallazgo casual”. Igualmente, argumenta la Excm. Corte que la diligencia policial debió limitarse al registro del taller mecánico de propiedad del imputado, siendo improcedente su extensión a dependencias personales del mismo como lo es el dormitorio, lugar donde precisamente fue encontrada el arma.

Al analizar el tema, debemos preguntarnos en primer lugar sobre el alcance de la orden de entrada y registro. El artículo 208 CPP al regular su contenido señala que ésta deberá contener –entre otros– una individualización de el o los inmuebles que hubieren de ser registrados, así como el motivo del registro, denominado “requisito de motivación”.

Respecto del primer requisito discrepamos de lo sostenido en el considerando 5° del voto de mayoría, que restringe el alcance del procedimiento únicamente al

registro del taller mecánico. De los antecedentes de hecho expuestos someramente en la sentencia, se desprende que la orden de entrada y registro fue emitida y luego autorizada voluntariamente para llevarse a cabo en el domicilio ubicado en calle Manuel Rodríguez N° 100, no quedando limitada únicamente a una parte de éste como sostiene la Sala. La experiencia indica que usualmente los elementos incriminatorios no se esconden en los lugares donde éstos presumiblemente se encontrarían, sino por el contrario, resulta común localizarlos en sitios menos evidentes, muchas veces de difícil acceso. La búsqueda de elementos de comprobación del delito en dependencias distintas del taller mecánico, como señala acertadamente el voto de minoría, no sólo se condice con la individualización del domicilio indicado en la orden de entrada y registro, sino que resulta desde un punto de vista investigativo, algo completamente lógico.

Dado que la autorización contemplada en el artículo 215 CPP no permite un “saneamiento” de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales (por ejemplo, en caso que la policía incaute material probatorio desde un domicilio contiguo al individualizado en la orden de entrada y registro), de ser la Excma. Corte consecuente con su postura de entender la incautación como efectuada en un lugar no comprendido en la orden, debió excluirse la misma argumentando una vulneración de garantías fundamentales (entrada y registro de un inmueble sin contar con una orden judicial), más no por una vulneración a lo dispuesto en el artículo 215 CPP.

En cuando al requisito de motivación, es precisamente éste el que permite determinar qué elementos resultan susceptibles de ser incautados y cuáles, por el contrario, deberán considerarse como hallazgos casuales. En este sentido, como correctamente sostiene López, la orden de registro “sólo alcanza, por regla general, a los objetos y documentos que sí guardan (...) relación (con el hecho investigado), lo que sólo puede determinarse sobre la base de la descripción del hecho contenida en la motivación de la orden”<sup>3</sup>. *Mutatis mutandi* podemos sostener que elementos probatorios ajenos a la descripción del hecho contenida en la orden deberán considerarse excluidos del alcance de la misma, quedando luego sujetos a la regla contemplada en el artículo 215 CPP. Una escopeta hechiza no posee relación directa respecto de una orden emitida en el marco de una investigación por robo de accesorios de vehículos motorizados por lo que su incautación queda, para efectos de dicha orden, excluida. De esta forma, en el caso concreto, atendida la falta de conexión directa entre la prueba obtenida y el delito que motivó la diligencia, debió el Fiscal –como correctamente sostiene el fallo– solicitar la autorización del Juez previo a efectuar la incautación. Habiéndose omitido dicho requisito previo, no debió el arma ser

---

<sup>3</sup> LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. tomo II, con HOVITZ LENNON, María Inés. Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 115.

incautada, ni en consecuencia valorada. El razonamiento de la mayoría de la Sala resulta, en este sentido, acertado.

Lo anterior no debe llevar a la conclusión que el artículo 215 CPP constituye una autorización general para efectuar una búsqueda dirigida a obtener elementos probatorios ajenos al caso puntual que motivó la diligencia<sup>4</sup>. La decisión recaída sobre la solicitud de autorización judicial, como paso previo a la incautación, importa efectuar una ponderación por parte del tribunal de los intereses comprometidos: por un lado las garantías constitucionales eventualmente vulneradas producto de la diligencia, y por otro lado, el legítimo interés estatal en una eficiente persecución penal. Una solicitud de autorización para proceder a una incautación que tras dicha ponderación de intereses resulte desproporcionada (atendida por ejemplo la nula relación de la prueba obtenida con la realización de un nuevo delito o la atipicidad de la conducta esgrimida como delito) deberá ser desestimada.

Como requisito de idoneidad exige el artículo 215 CPP únicamente que los elementos probatorios “*permitteren sospechar la existencia de un hecho punible distinto (...)*”. Para su incautación, previa autorización, se exigirá entonces simplemente la mera sospecha de realización de un hecho delictivo hasta entonces desconocido, o su presumible vinculación con un hecho objeto de otra investigación, no exigiéndose en consecuencia que éstos constituyan una evidencia que por sí sola permita arribar a un mayor grado de certeza.

Relacionado con este punto, resulta interesante analizar el voto de disidencia planteado por el Ministro Sr. Brito, quien señala el rechazo del recurso en base a dos argumentos. En primer término sostiene que en el contexto del delito indagado, la búsqueda de piezas o repuestos en un lugar distinto a un taller mecánico –como lo sería el dormitorio del imputado– resulta posible, no constituyendo ello una extralimitación del alcance de la orden, como argumenta la mayoría. En segundo lugar, sostiene el disidente que el hallazgo de una escopeta hechiza, por sí solo “*evidencia la comisión de un delito en un grado de certeza que descarta la simple sospecha del ilícito*”. Lo anterior configuraría, a juicio del Ministro disidente, la hipótesis de flagrancia consagrada en la letra d) del artículo 130 CPP, posibilitando la incautación de la evidencia aún sin la autorización del artículo 215.

En cuanto al primer argumento, como se señaló previamente, efectuar una búsqueda en dependencias distintas del taller mecánico resulta desde un punto de vista investigativo algo lógico y coherente con el alcance de la orden de entrada y registro emitida en este caso.

El segundo punto, consistente en sostener que la mera presencia de una escopeta configuraría “*por sí sólo, a consecuencia de la naturaleza prohibida de la mantención*

---

<sup>4</sup> En el caso alemán se arriba a la misma conclusión respecto del § 108 StPO. Vid. TSAMBIKAKIS, Michael en: *Löwe-Rosenberg StPO*, § 108, Rdn. 9, p. 742.

*del arma, evidencia la comisión de un delito en un grado de certeza que descarta la simple sospecha del ilícito*”, desconoce la potestad exclusiva de los tribunales para tener por acreditada la comisión de un delito particular, a la vez que representa una constatación apresurada, que a la luz de los antecedentes disponibles en ese momento no resulta en ningún caso evidente. En efecto, al momento en que se produjo el hallazgo, carecía el personal policial no sólo del necesario análisis pericial técnico-mecánico del arma que permitiría determinar su calidad e idoneidad como tal, sino además de antecedentes sobre su origen, y su vinculación con el imputado. Asimismo, en el caso que se comenta, la invocación al supuesto contemplado en la letra d) del artículo 130 CPP resulta incorrecta, en cuanto se argumenta que el hallazgo mismo del arma configuraría el eventual delito imputado, situación que se contrapone a la exigencia legal de encontrarla “*en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito*”. Igualmente, el arma tampoco habría sido encontrada en la persona misma del imputado, ni en sus vestimentas, como señala el texto legal, sino en una habitación.

Ahora bien, pese a que efectivamente ciertos “hallazgos casuales”, atendido el contexto en el que éstos se efectúan, podrían configurar hipótesis de flagrancia (no siendo en consecuencia necesario procurar una autorización judicial para su incautación), debe restringirse dicha posibilidad a casos efectivamente contemplados en el artículo 130, privilegiándose en caso que los requisitos necesarios para tener por acreditadas algunas de las hipótesis allí señaladas no concurren, la aplicación de la regla del artículo 215.

Extender las hipótesis de flagrancia a casos en los que la comisión delictiva o la participación no resulten claros, o bien a casos donde no concurren los presupuestos legales, como sucede en la especie, implicaría justificar allanamientos policiales no autorizados, que eventualmente infringirían las garantías constitucionales consagradas en los numerales 4º y 5º del artículo 19 de la Constitución. Es justamente el Fiscal quien deberá asumir el riesgo del error en la concurrencia de los requisitos de una hipótesis de flagrancia invocada, perdiendo con ello la posibilidad de hacer valer en el juicio el medio de prueba así obtenido.