

## 2. DERECHO PENAL - CORTE SUPREMA

### DELITOS CONSUMADOS DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO CONVENCIONAL Y PORTE DE DROGA EN LA VÍA PÚBLICA

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO CONVENCIONAL Y PORTE DE DROGA EN LA VÍA PÚBLICA. NO PUEDE CUESTIONARSE LA REALIZACIÓN DE UN CONTROL VEHICULAR PREVENTIVO, SE ENMARCA DENTRO DE LAS TAREAS PROPIAS DE LA INSTITUCIÓN CARABINEROS DE CHILE. CONTROL DE IDENTIDAD Y LA DETENCIÓN POR FLAGRANCIA. CALIFICACIÓN DEL DELITO. DETERMINACIÓN DE VÍA PÚBLICA

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por los delitos consumados de porte ilegal de arma de fuego convencional y porte de droga en la vía pública. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: 29534-2014, de 20 de enero de 2015

PARTES: *“Ministerio Público con Gastón Andrés Mella Cabrera”*

MINISTROS: *Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Jorge Lagos G.*

### DOCTRINA

- I. A fin de resolver sobre la pretendida vulneración de garantías constitucionales, cabe acudir a las circunstancias en que se produjo el control de identidad del acusado y luego a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, a efectos de poder determinar si éstas han sido transgredidas y, luego de ello, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado. En cuanto al control de identidad, resulta útil recordar los hechos establecidos en el considerando noveno de la sentencia recurrida, en la que se expresa que éstos ocurrieron el día 23 de enero del año 2014, aproximadamente a las 19:50 horas, en circunstancias que funcionarios de Carabineros realizaban un patrullaje preventivo, cuando efectuaron un control vehicular a un automóvil conducido por el acusado*

*quien iba junto a dos pasajeros, los que mostraron gran nerviosismo. Ante ello, se les efectuó un control de identidad y luego se registró el vehículo. Sobre ese momento el funcionario policial Jorge Vidal Fierro añadió en juicio que había un olor raro en el interior del vehículo que no era cigarrillo y parecía marihuana, y el testigo Francisco Jaña Troncoso afirma que al abrir la ventana salió olor a marihuana (considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *La diligencia en estudio está regulada en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que prescribe que “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 existen indicios 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”. En esas condiciones, resulta claro que no puede cuestionarse la realización de un control vehicular preventivo, puesto que se enmarca dentro de las tareas propias de la institución Carabineros de Chile, que tiene como una de sus principales funciones la prevención de la comisión de delitos al ser garante del orden público y la seguridad pública interior. Tampoco debe olvidarse que se trata de un organismo auxiliar del Ministerio Público en la investigación de delitos, y en ese sentido, como ya ha sostenido esta Corte Suprema, en los pronunciamientos SCS rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013 y SCS rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, dentro de las cuales se encuentran el control de identidad y la detención por flagrancia. Por otro lado, importa considerar el contexto fáctico que usualmente rodea a una diligencia como la de la especie, en que la ley impone a los funcionarios policiales el deber de efectuar el control de identidad cuando las circunstancias permitan estimar que existen indicios de la probable comisión de un ilícito, de manera que se encuentran –usualmente en forma intempestiva– ante una situación que los obliga a evaluar de inmediato la presencia de elementos susceptibles de estimación, que hagan procedente la actuación (considerando 4° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *Pronunciarse respecto de la segunda causal subsidiaria del recurso, aquella que denuncia la errónea aplicación del derecho en el establecimiento del delito de porte de droga en la vía pública. Al efecto, resulta necesario acudir a la norma que contempla esta falta, a saber, el artículo 50 de la ley N° 20.000,*

*que prescribe en su inciso tercero que “Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Los lugares a que hace referencia son aquellos mencionados en el inciso primero, y que pueden consistir en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros y otros. Por otro lado, importa señalar el hecho establecido en la sentencia en el considerando noveno, en cuanto en la calle Gustavo Loyola se fiscalizó un automóvil cuyo conductor era el acusado Gastón Andrés Mella Cabrera, quien portaba en el bolsillo delantero costado izquierdo de su pantalón 5 envoltorios de papel de diario contenedores de marihuana. Queda claro, entonces, que Mella Cabrera portaba estupefacientes en sus vestimentas, y que lo hacía en la vía pública, desde que el automóvil que conducía transitaba por la calle. No obsta a lo anterior que el imputado se encontrara dentro de un vehículo, puesto que éste no es más que un medio de transporte que circula por la vía pública, de manera que el acusado no deja de estar situado en un camino y, por ende, en un lugar público de aquellos en que la ley prohíbe el porte de drogas. Adicionalmente, no cabe atender a aquellas consideraciones del libelo que se vinculan con el bien jurídico protegido y a la prevención de la propagación del consumo, puesto que el tipo penal no considera como un elemento que lo integre que el porte de la sustancia sea ostensible, de suerte que el hecho de que sea oculto no impide que se configure la falta. En conclusión, es correcta la aplicación del derecho efectuada por los sentenciadores en el fallo que se revisa en cuanto a la falta de porte de drogas en la vía pública, de manera que el motivo de nulidad en análisis también será desechado (considerando 7° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/283/2015*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 83, 85 y 373 letra a) del Código Procesal Penal; 50 de la ley N° 20.000.*

## CONTROL DE IDENTIDAD ¿UNA CUESTIÓN DE AUTONOMÍA POLICIAL? COMENTARIO SENTENCIA 29.534-2014

EMMANUEL BERNALES BASAEZ  
*Universidad Católica de Chile - Universidad Finis Terrae*

### I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La sentencia en cuestión dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco condena en procedimiento ordinario al imputado en autos como autor del delito

consumado de porte ilegal de arma de fuego previsto y sancionado en el artículo 11 de la ley N° 17.798 y la falta de porte de droga en la vía pública sancionada en el artículo 50 de la ley N° 20.000. En relación al primer tipo penal el acusado fue sancionado con la pena de 11 UTM y respecto al segundo ilícito con la pena de 1 UTM.

La defensa del condenado recurre de nulidad invocando en lo principal la causal establecida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal *infracción sustancial de garantías constitucionales*, en relación a esta causa la defensa plantea que los funcionarios policiales vulneraron los requisitos establecidos en el artículo 85 del Código Procesal Penal por no concurrir en la especie ningún indicio que fundare la práctica del correspondiente control de identidad, precisando que en el caso particular la medida intrusiva se realizó por una mera subjetividad (nerviosismo) que tuvo como origen factico licito un control vehicular aleatorio.

Subsidiariamente incoa la causal establecida en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra d), toda vez que en la sentencia se habrían omitido *razones legales y doctrinales* que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los tipos penales referidos, en lo particular la ausencia de dolo en la figura del porte como elemento esencial de la tipicidad.

Por último y de forma subsidiaria a las dos causales referidas la defensa argumenta la vulneración del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en lo relativo a la falta penal de porte y consumo de droga en la vía pública, invocando un eventual error de derecho por parte del tribunal toda vez que la droga no se habría encontrado en la vía pública sino que en el bolsillo del pantalón del acusado, el que a su vez se encontraba al interior del vehículo de propiedad privada del acusado en la vía pública, resultando de esta forma dicha conducta un “acto preparatorio” (porte) absorbido por el acto final lícito (consumo de drogas privado). En relación a las dos primeras causales solicita la defensa la anulación del juicio y de la sentencia y la realización de uno nuevo por tribunal no inhabilitado, debiendo además excluirse una serie de pruebas (declaración de dos testigos, la prueba material de la pistola, cuatro cartuchos, cinco papeles contenedores de droga, el informe policial del armero y el informe pericial bioquímico). En relación a la tercera causal de nulidad solicita la anulación de la sentencia debiendo dictarse una de reemplazo absoluta.

## II. EXAMEN DE LA DISCUSIÓN JURÍDICA Y COMENTARIO

Para determinar la concurrencia de la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, se requiere un análisis de las circunstancias fácticas que rodean el control de identidad, acto seguido la influencia de estas circunstancias en las normas procesales que regulan y se aplican al caso concreto y por último que dicha sumatoria signifique una limitación de derechos fundamentales del acusado.

La fiscalización vehicular es una facultad privativa de Carabineros de Chile como órgano auxiliar de la administración de justicia, dicha facultad no requiere de orden judicial previa, tampoco de instrucciones generales ni particulares de la Fiscalía de Chile. La eventual *mutación* de una fiscalización vehicular a un control de identidad y posterior detención por delito flagrante, es una cuestión fáctica que debe zanjar el juez de la instancia, de tal forma de no incurrir en un control de identidad arbitrario y posterior detención ilegal<sup>1</sup>. El control de identidad como tal, se encuentra previsto por nuestro legislador en el artículo 85 del Código Procesal Penal, el que en lo particular sólo exige *indicios* suficientes que permitan configurar alguna de las hipótesis establecidas por el legislador (*hubiere, intentado o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta*), como medida intrusiva expresamente consagrada en la ley es facultad exclusiva de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones<sup>2</sup>. En el fallo en cuestión existen dos *indicios* de envergadura suficiente que permiten subsumir los hechos en una de las hipótesis expresamente establecidas por el legislador, estas son: el *olor* que uno de los funcionarios policiales describe como *parecido a la marihuana*, más el *nerviosismo* de los ocupantes del vehículo (considerando 5<sup>o</sup>). El concepto indicio proviene del latín *indicium* y es definido como: *Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido*<sup>3</sup>, dicho fenómeno debe superar la barrera de la subjetividad, de tal manera de no incurrir en figuras de antaño como la infame detención por sospecha descrita por Horvitz<sup>4</sup>, esta exigencia de *indicios* objetivos<sup>5</sup> permite ponderar con un grado de certeza razonable los límites de medidas intrusivas como el control de identidad, concordantes con las libertades garantizadas por un Estado Democrático de Derecho. En este sentido y como ya se ha dicho, nuestro máximo tribunal ha reconocido una autonomía de acción

---

<sup>1</sup> En este sentido y reconociendo un nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, SCS rol N° 4653-2013 de fecha 16 de septiembre de 2013; rol N° 11767-2013 de fecha 30 de diciembre de 2013. En relación al fraccionamiento de los tres actos: fiscalización vehicular, control de identidad y detención por delito flagrante, y sus eventuales consecuencias en la ilicitud de prueba, véase SCA Antofagasta Rolol N° 287-2007 de fecha 19 de diciembre de 2007 y SCA Antofagasta rol N° 72-2005 de fecha 7 de abril de 2005.

<sup>2</sup> En sentido contrario CAROCCA PÉREZ, Alex, Manual: el nuevo sistema procesal penal, (Santiago, 2005), para quien el control de identidad corresponde a una actividad de control preventivo ejecutada por el Ministerio Público (p. 108).

<sup>3</sup> Real Academia Española, (consultado el 24 de abril de 2014).

<sup>4</sup> HORVITZ LENNON, María Inés, LOPEZ MASLE, Julián, Derecho procesal penal chileno, Tomo I (Santiago, 2002), p. 380.

<sup>5</sup> En este sentido el artículo 5<sup>o</sup> del Código Procesal Penal establece que: *las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.*

a las policías en esta materia, en palabras de la Corte: *La valoración precedente se hace, además, teniendo en cuenta las especiales circunstancias bajo las cuales los policías deben adoptar sus decisiones, de modo que el análisis debe ser hecho a la luz de ese contexto y no ex post, con el estándar exigido a un profesional del derecho*<sup>6</sup>. Dicho lo anterior, el nerviosismo como único indicio invocado por la defensa en su recurso de nulidad, debe necesariamente entenderse *en conjunto*<sup>7</sup> con el indicio olor a marihuana, fenómenos que reunidos son de tal magnitud que permiten subsumir los hechos de este fallo en una hipótesis perfecta de aquellas establecidas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, en este sentido acertadamente concluye el tribunal que no existió una detención ilegal y en consecuencia una vulneración de garantías constitucionales.

En relación a la segunda causal de nulidad invocada de forma subsidiaria, estimamos correcto el análisis realizado por el máximo tribunal ya que la defensa, invocando una ausencia de razones jurídicas que determinasen el dolo en la conducta típica del delito de porte de arma de fuego, no respeta el principio lógico de la no contradicción toda vez que como bien refiere el fallo en comentario, es la propia recurrente quien admite que la sentencia se pronuncia respecto de los descargos de la defensa, consignados en el considerando duodécimo del fallo impugnado, por tanto, acertadamente la Corte desestima la concurrencia de dicha causal. A mayor fundamentación se reproducen los argumentos del considerando décimo del fallo impugnado, en cuanto el tribunal *ad quo* subsume la conducta típica, antijurídica y culpable en el artículo 1º del Código penal, es decir, se forma plena convicción de la concurrencia de razones legales en el fallo recurrido.

Respecto a la tercera causal del recurso, la discusión debe centrarse en dilucidar si primero todo delito cometido al interior de un vehículo que transita por la vía pública puede considerarse una esfera privada, o en su defecto entenderlo como se refleja en el fallo, es decir, como *un medio de transporte* que circula por la vía pública (considerando 7º), en este sentido es acertado el razonamiento del tribunal *ad quem* toda vez que un medio de transporte no puede ser considerado una especie de territorio ficto aparentemente exceptuado del principio de territorialidad de la

---

<sup>6</sup> SCS rol N° 25.641-2014 (ver nota N° 1). Razonamiento concordante con la normativa vigente, toda vez que el artículo 131 inciso 2º del Código Procesal Penal permite al Fiscal dejar sin efecto una detención flagrante en uso de esta facultad cuasijurisdiccional.

<sup>7</sup> En cuanto a la suficiencia de los indicios y su análisis en conjunto, véase SCS rol N° 4653-2014 de fecha 14 de abril de 2014 [... información precisa, verificada y comprobable... además de la huida del sujeto...]; SCA San Miguel rol N° 100 -2013 de fecha 11 de febrero de 2013 [... conductor del vehículo realiza una conducta inadecuada ante la presencia de carabineros... además del nerviosismo de sus ocupantes...]; SCA San Miguel rol N° 813-2012 de fecha 29 de junio de 2012 [... intentar evadir una fiscalización vehicular perdiendo el control e impactando a un inmueble... además de la huida del lugar por parte de los detenidos...].

ley penal<sup>8</sup>. El segundo aspecto a esclarecer, es respecto al bien jurídico protegido y la prevención en cuanto a riesgo de propagación que puede irrogar un consumo de drogas en la vía pública. En este sentido y de conformidad a los antecedentes de hecho registrados en el fallo impugnado, la eventual propagación del consumo debe considerarse en un sentido amplio y no estricto, ya que las hipótesis posibles de propagación de sustancias ilícitas y los derivados de estas pueden manifestarse de múltiples formas, es así como el consumidor que por descuido olvida o se le cae la droga que traslada en la vía pública, la que posteriormente es encontrada por adolescentes que la consumen, es una conducta de magnitud suficiente para poner en peligro el bien jurídico protegido salud pública<sup>9</sup>, a diferencia de lo que algunos autores consideran, estimando que la afectación del bien jurídico protegido se produce *sólo* en supuestos en que la conducta se consuma mientras exista la posibilidad de que terceros indeterminados puedan *observar su realización y tenerla por buena, única justificación al castigo en estos casos*<sup>10</sup>. Por último en relación a la ostensibilidad del porte o consumo de drogas en la vía pública, entendidas como conductas capaces de dañar el bien jurídico señalado, la Corte estima que dicho elemento (ostensibilidad) no forma parte expresa del tipo penal como elemento que lo integre, razonamiento correcto toda vez que, aun cuando la defensa lo intenta desviar a uno de los extraños supuestos de *consumición inversa* como sería el que: *porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes (acto ilícito) a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo* (acto lícito), situación en que la conducta lícita absorbería a la conducta ilícita, estimando por tanto que el porte correspondería a un acto preparatorio de otro final impune (consumo privado) (considerando 2º). Razonamiento que acertadamente la Corte rechaza.

---

<sup>8</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial (Santiago, 2004), p. 115.

<sup>9</sup> Bien jurídico entendido como: *la salud física y mental de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas*. POLITOFF, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 573, con la inclusión del bien jurídico libertad del sujeto afectado debido a su eventual dependencia física y psíquica del consumo de drogas.

<sup>10</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, María Cecilia, ob. cit., p. 634.

## CORTE SUPREMA

Santiago, veinte de enero de dos mil quince.

## VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de diecisiete de octubre de dos mil catorce, al imputado Gastón Andrés Mella Cabrera como autor de los delitos consumados de porte ilegal de arma de fuego convencional y porte de droga en la vía pública, cometidos el día 23 de enero de 2014, a sufrir sendas penas de multa de 11 y 1 Unidades Tributarias Mensuales respectivamente. Fija como sustitución la pena de reclusión de un día por cada tercio de UTM con un límite de seis meses y efectúa, en caso de ser procedente, los abonos pertinentes. Decreta el comiso de la pistola, cuatro cartuchos convencionales e impone el pago de las costas.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 56, fijándose a fs. 62 la audiencia en que se llevó a cabo su conocimiento.

A fs. 64 se incorporó el acta que da cuenta de su realización.

## CONSIDERANDO:

*Primero:* Que por el recurso se invoca en primer término la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, aquella que previene la infracción sustancial de garantías constitucionales durante la tramitación del proceso, en este caso el derecho al debido proceso y a la libertad personal, consagrados en el artículo 19 N° 3 inciso

sexto y N° 7 de la Constitución Política de la República. Sostiene el recurso que el control de identidad realizado por los funcionarios policiales no respetó los requisitos exigidos en el artículo 85 del Código Procesal Penal, porque no se enfrentaron a un caso fundado ni a indicios que justifiquen el procedimiento intrusivo; de contrario, dicha actuación arranca de la mera subjetividad, surgiendo de un control vehicular y una constatación de nerviosismo. Precisa que las situaciones de ánimo, formas de vestir o cualquier otro aspecto que pueda dar lugar a percepciones arbitrarias o subjetivas no son supuestos que puedan constituir un caso fundado que autorice la realización del control de identidad, sino que la policía debe estimar, según las circunstancias, la concurrencia de hechos que permitan inferir racionalmente que el individuo hubiere cometido, intentado cometer o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, o que pudiere suministrar informaciones útiles para su indagación.

Afirma que el control de identidad, que tiene una naturaleza preventivo-investigativa, debe realizarse bajo el respeto de garantías fundamentales y por ello tiene límites que impiden situaciones de abuso de poder y de intromisión en la intimidad y en la libertad ambulatoria, y no se permite que se efectúe sobre la base de meras sospechas o arbitrios.

Explica la trascendencia de este vicio señalando que se realizó una diligencia intrusiva que afectó las garantías fundamentales del imputado por lo que adolece de nulidad, y que generó

pruebas inculpatorias que se valoraron positivamente, llevando a un veredicto condenatorio. Da cuenta de la preparación de la causal por su denuncia en la audiencia de preparación de juicio oral.

Finaliza solicitando la nulidad del juicio y la sentencia, se determine el estado en que quedará el procedimiento y se remitan los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral, excluyendo la declaración de los testigos Juan Vidal Fierro y Francisco Jaña Troncoso, la prueba material de la pistola, cuatro cartuchos, cinco papeles contenedores de droga, el informe policial del armero y el informe pericial bioquímico.

Subsidiariamente, invoca la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra d) del mismo código, ya que en la sentencia se omitieron razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias. Concretamente, se omitió fundar jurídicamente la calificación de la conducta del acusado en el tipo penal del artículo 11 de la Ley de Control de Armas, puesto que la defensa había alegado que no había dolo, esto es, la ausencia de tipicidad subjetiva, y si bien el fallo se hace cargo de ese planteamiento no otorga razón legal o doctrinal alguna en su razonamiento, dando por cierto el conocimiento del imputado sobre la ubicación del arma pero no la voluntad de perpetrar el ilícito, evadiendo el desarrollo de los elementos de la teoría del delito.

Sobre la base de esta causal, solicita la nulidad del juicio y la sentencia, se determine el estado en que quedará el procedimiento y se remitan los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Finalmente, y en forma subsidiaria de las dos causales ya mencionadas, invoca la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con la falta de porte de drogas del artículo 50 de la ley N° 20.000. Sostiene que el tipo sanciona el porte de drogas en lugares públicos o de libre acceso con el objeto de resguardar el bien jurídico de la salud pública por la vía de evitar el efecto multiplicador que la exposición pública del consumo privado podría acarrear. Así, indica que el tribunal incurrió en un error de derecho, puesto que se estimó que la droga estaba en la vía pública en circunstancias que se encontraba dentro del bolsillo del pantalón del acusado y al interior de un vehículo de propiedad privada y añade que es desproporcionado condenar un acto preparatorio de un acto final impune –consumo privado–, ya que éste absorbe al primero.

Solicita en este caso se invalide la sentencia en la parte que condenó al acusado como autor de la falta de porte de drogas y se dicte, sin nueva audiencia pero separadamente, una de reemplazo que lo absuelva.

*Segundo:* Que en la audiencia llevada a cabo para el conocimiento del recurso la parte recurrente se desistió de la prueba de audio ofrecida para demostrar la causal principal.

*Tercero:* Que, a fin de resolver sobre la pretendida vulneración de garantías constitucionales, cabe acudir a las circunstancias en que se produjo el control de identidad del acusado y luego a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, a efectos de poder determinar si éstas han sido transgredidas y, luego de ello, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado.

En cuanto al control de identidad, resulta útil recordar los hechos establecidos en el considerando noveno de la sentencia recurrida, en la que se expresa que éstos ocurrieron el día 23 de enero del año 2014, aproximadamente a las 19:50 horas, en circunstancias que funcionarios de carabineros realizaban un patrullaje preventivo, cuando efectuaron un control vehicular a un automóvil conducido por el acusado quien iba junto a dos pasajeros, los que mostraron gran nerviosismo. Ante ello, se les efectuó un control de identidad y luego se registró el vehículo. Sobre ese momento el funcionario policial Jorge Vidal Fierro añadió en juicio que había un olor raro en el interior del vehículo que no era cigarrillo y parecía marihuana, y el testigo Francisco Jaña Troncoso afirma que al abrir la ventana salió olor a marihuana.

*Cuarto:* Que la diligencia en estudio está regulada en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que prescribe que “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 existen indicios 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”.

En esas condiciones, resulta claro que no puede cuestionarse la realización de un control vehicular preventivo, puesto que se enmarca dentro de las tareas propias de la institución Carabineros de Chile, que tiene como una de sus principales funciones la prevención de la comisión de delitos al ser garante del orden público y la seguridad pública interior. Tampoco debe olvidarse que se trata de un organismo auxiliar del Ministerio Público en la investigación de delitos, y en ese sentido, como ya ha sostenido esta Corte Suprema, en los pronunciamientos SCS rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013 y SCS rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, dentro de las cuales se encuentran el control de identidad y la detención por flagrancia.

Por otro lado, importa considerar el contexto fáctico que usualmente rodea a una diligencia como la de la especie, en que la ley impone a los funcionarios policiales el deber de efectuar el control

de identidad cuando las circunstancias permitan estimar que existen indicios de la probable comisión de un ilícito, de manera que se encuentran –usualmente en forma intempestiva– ante una situación que los obliga a evaluar de inmediato la presencia de elementos susceptibles de estimación, que hagan procedente la actuación.

*Quinto:* Que en el caso de estos autos, al efectuar el control vehicular la policía se encuentra con dos circunstancias: un olor que aparentemente corresponde a marihuana y la actitud nerviosa de los ocupantes del móvil. Este escenario aparece apropiado para la realización del control de identidad de los ocupantes del vehículo, ya que se presenta una pluralidad de circunstancias, las que necesariamente deben analizarse en forma conjunta, puesto que de esa manera se presentaron los hechos. En este sentido cabe indicar que no es posible atender a las alegaciones de la defensa en torno a la imposibilidad de considerar la circunstancia del olor a marihuana por haber sido mencionada por los agentes policiales durante la audiencia de juicio oral sin que conste en su declaración en la carpeta investigativa, puesto que aún siendo indudable la obligación de registro que pesa sobre el Ministerio Público con la finalidad de evitar la sorpresa para la defensa, tal exigencia no puede conducirse al extremo de imponer que la declaración de los testigos en juicio sea idéntica a la prestada durante la investigación, ya que resulta esperable que presente ciertas variaciones que, si en concepto de la defensa son espurias,

deben ser atacadas con las herramientas del contraexamen que le otorga la ley.

De esta manera, entonces, el olor a marihuana sumado al nerviosismo de los ocupantes del móvil constituyen dos indicios que, previa estimación policial, constituyen casos calificados para proceder a un control de identidad, puesto que pueden estar vinculados no sólo al consumo de drogas –como ocurrió en este caso– sino también, eventualmente, a algún otro ilícito. Fuerza es concluir que la actuación de los agentes de la policía no transgredió la legalidad al haber obrado en una situación prevista por el artículo 85 del Código Procesal Penal, de manera que no ha existido una vulneración de los derechos constitucionales del acusado, lo que lleva al rechazo de la primera causal del recurso.

*Sexto:* Que en cuanto a la causal subsidiaria asilada en lo previsto en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra d) del mismo código, cabe recordar que alude a la falta de razones jurídicas respecto de la voluntariedad de la conducta del acusado en cuanto al delito de porte ilegal de arma de fuego convencional. En ese sentido, es destacable que la propia recurrente admita que la sentencia se pronuncia respecto de los descargos de la defensa, apareciendo del considerando duodécimo que el tribunal afirma que “el tipo penal de porte ilegal de arma, requiere una actividad positiva de llevar consigo el arma, sea en sus vestimentas o dentro de la esfera de su protección, como fue el móvil que estaba a su cargo al momento de los hechos...”.

Los razonamientos transcritos permiten advertir que el reclamo del recurso no es efectivo, desde que la sentencia concluye que el imputado incurrió en la actividad positiva de llevar consigo el arma, abarcando con ello el conocimiento y voluntariedad en su actuar. Esto se ve reforzado si se aprecia que, a continuación de las líneas reproducidas, el fallo da cuenta de una serie de cuestionamientos a la prueba de descargo en cuanto a su aptitud para demostrar la teoría del caso de la defensa, a saber, el desconocimiento de la ubicación del arma, dejando en evidencia que no se estima verosímil aquella alegación.

En este punto importa además traer a colación que el artículo 1º del Código Penal establece que es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, de manera que la sentencia de estos antecedentes, al concluir en el motivo décimo que la conducta descrita es constitutiva del delito de porte ilegal de arma de fuego, deja en claro que se ha adquirido la convicción que el imputado incurrió en una acción voluntaria que configura un ilícito penal, lo que lleva ínsito el examen de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Las razones dadas por los sentenciadores, entonces, permiten colegir que han establecido una acción voluntaria del acusado, y con ello han afirmado la concurrencia del dolo por su conocimiento respecto de la presencia del arma en el auto, sin que se haga necesario acudir a más consideraciones para cumplir con el deber de fundamentación especificado en la letra d) del artículo 342 del Código Procesal

Penal, ya que las circunstancias fácticas del proceso así lo indican.

Los motivos anteriores son bastantes para desestimar la causal en examen.

*Séptimo:* Queda, finalmente, pronunciarse respecto de la segunda causal subsidiaria del recurso, aquella que denuncia la errónea aplicación del derecho en el establecimiento del delito de porte de droga en la vía pública. Al efecto, resulta necesario acudir a la norma que contempla esta falta, a saber, el artículo 50 de la ley N° 20.000, que prescribe en su inciso tercero que “Idénticas penas se aplicarán a quienes tengan o porten en tales lugares las drogas o sustancias antes indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. Los lugares a que hace referencia, son aquellos mencionados en el inciso primero, y que pueden consistir en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros y otros. Por otro lado, importa señalar el hecho establecido en la sentencia en el considerando noveno, en cuanto en la calle Gustavo Loyola se fiscalizó un automóvil cuyo conductor era el acusado Gastón Andrés Mella Cabrera, quien portaba en el bolsillo delantero costado izquierdo de su pantalón 5 envoltorios de papel de diario contenedores de marihuana.

Queda claro, entonces, que Mella Cabrera portaba estupefacientes en sus vestimentas, y que lo hacía en la vía pública, desde que el automóvil que conducía transitaba por la calle. No obsta a lo anterior que el imputado se encontrara dentro de un vehículo, puesto que éste no es más que un

medio de transporte que circula por la vía pública, de manera que el acusado no deja de estar situado en un camino y, por ende, en un lugar público de aquellos en que la ley prohíbe el porte de drogas. Adicionalmente, no cabe atender a aquellas consideraciones del libelo que se vinculan con el bien jurídico protegido y a la prevención de la propagación del consumo, puesto que el tipo penal no considera como un elemento que lo integre que el porte de la sustancia sea ostensible, de suerte que el hecho de que sea oculto no impide que se configure la falta.

En conclusión, es correcta la aplicación del derecho efectuada por los sentenciadores en el fallo que se revisa en cuanto a la falta de porte de drogas en la vía pública, de manera que el motivo de nulidad en análisis también será desechado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido en lo principal de

fs. 16 por la defensa del acusado Gastón Andrés Mella Cabrera contra la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil catorce, cuya copia corre agregada a fs. 8 y siguientes y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1400086928-8, RIT 159-2014, los que en consecuencia, no son nulos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Bates.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F. y los abogados integrantes Sres. Luis Bates H. y Jorge Lagos G. No firma el abogado integrante Sr. Bates, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veinte de enero de dos mil quince, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 29534-2014.