

II. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO PROHIBIDA

I. CONSIDERACIÓN DEL CONTEXTO FÁCTICO QUE RODEA A LA DILIGENCIA DE CONTROL DE IDENTIDAD. MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA ENSEÑAN QUE LA UTILIZACIÓN DE UN VEHÍCULO EN LA COMISIÓN DE UN DELITO SE HACE SIN RESPETAR LAS EXIGENCIAS DE LA LEY DE TRÁNSITO. EXISTENCIA DE INDICIOS SUFICIENTES PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD. PROCEDENCIA DEL REGISTRO DEL VEHÍCULO EN VIRTUD DEL CONTROL DE IDENTIDAD. HALLAZGO DE UN ARMA DE FUEGO. II. VOTO DISIDENTE: EXISTENCIA DE UN INDICIO ÚNICO CONSISTENTE EN UNA INFRACCIÓN A LA LEY DE TRÁNSITO NO RESULTA SUFICIENTE PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de porte ilegal de arma de fuego prohibida previsto y sancionado en el artículo 14, en relación al artículo 3° de la ley N° 17.798. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *22199-2016, de 1 de junio de 2016*

PARTES: *Ministerio Público con Hernán Barañado Ulloa*

MINISTROS: *Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Jorge Dahm O. y Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G.*

DOCTRINA

- 1. Es importante razonar sobre el contexto fáctico que usualmente rodea a una diligencia como el control de identidad, porque los indicios de la probable comisión de un ilícito se encuentran usualmente en forma intempestiva, situación que obliga a los policías a evaluar de inmediato la presencia de elementos susceptibles de tal estimación y que hagan procedente la actuación. En la especie, se advierte la legalidad del cometido de los funcionarios policiales al acercarse al automóvil en que se encontraba el acusado al advertir una infracción a la Ley de Tránsito —primero, la obstrucción*

vehicular, más adelante, la conducción sin licencia—. Sin embargo, no puede dejarse de lado la circunstancia que, por máxima de la experiencia, cuando se utiliza un vehículo en la comisión de injustos penales, éste se encuentra usualmente fuera de las exigencias de la Ley de Tránsito, ya sea por las condiciones en que se halla el móvil o bien por el lugar en que es detectado, a lo que se puede sumar la hora, afluencia vehicular, luminosidad del sector en que es advertido por los policías (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

Las circunstancias propias del hallazgo del vehículo, a saber, detenido en la calzada obstruyendo la circulación, no sólo constituyeron una infracción a la Ley del Tránsito, sino además un indicio adicional de la posible comisión de un delito, la falta de conducir sin licencia, antecedentes que unidos a la información proporcionada al plan cuadrante, ciertamente son señales de una probable acción ilícita. De esta forma, a pesar de que el fallo recurrido mencione que existió un solo indicio, es posible constatar que en el caso de autos se presentó una pluralidad de circunstancias, esto es, indicios fundados que permitían estimar que el ocupante del automóvil podía disponerse o bien estaba cometiendo un delito, motivo por el que no se transgredió la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal ni garantía constitucional alguna, porque la diligencia policial de excepción consistente en el control de identidad y registro del vehículo ha de tenerse, en dichas circunstancias, como racional y justa, fundada en condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales que razonablemente permitían sostener la posibilidad de corresponderse con un hecho delictivo que les autorizaba proceder autónomamente, sin necesidad de orden judicial previa (considerandos 7° y 8° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. (Voto disidente) *En el presente caso los policías procedieron a efectuar un control de identidad que no tuvo más justificación que un solo indicio, cual es la falta de conducir sin licencia habilitante, lo que no configura una información relativa a un hecho delictivo que, aunque de manera mínima, pueda ser representado. En efecto, de la circunstancia de conducir sin licencia, pero portando cédula de identidad, nada puede inferirse, pues se trata de una situación casual que puede explicarse de múltiples formas, que resulta insuficiente para inferir las hipótesis a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal. En este contexto, el hallazgo del arma no valida el proceder injustificado, pues de ser así habría que aceptar que en el evento que el registro al móvil o vestimentas del imputado no arroje resultado, supondría o traería como consecuencia un control ilegal. Así las cosas, la actuación descrita por el fallo recurrido revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que la defensa del imputado considera*

amagados y que la Constitución reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció. El proceder ilegal de los funcionarios policiales afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona del imputado, y que trajo como resultado el hallazgo del arma. Ello es corolario del efecto propio de la nulidad y transforma en ilícita la prueba así obtenida, que ya no puede ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de haberse “producido” e “incorporado” de conformidad a la ley (considerando único de la disidencia de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/3599/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República; 85, 295, 373 letra a) del Código Procesal Penal.

CONTROL DE IDENTIDAD Y REGISTRO
COMO HERRAMIENTAS DE CONTROL POLICIAL PREVENTIVO

GUILLERMO SILVA OLIVARES
Universidad de Chile

La modificación del artículo 85 del Código Procesal Penal (CPP), que regula el “control de identidad”, por la ley N° 20.931 de 5 de julio de 2016 ha avivado nuevamente el debate sobre la tensión entre algunos bienes o valores generales protegidos por el derecho, en específico la privacidad y libertad del ciudadano versus la seguridad pública. En términos de historia legislativa, el artículo 85 ha sufrido constantes cambios desde la promulgación del CPP, tendientes en su mayoría a la ampliación de facultades (discrecionales) de la policía uniformada. El conjunto de medidas que él disponía en su configuración previa a su más reciente reforma ya presentaba problemas de justificación, por ejemplo, en lo referente a la facultad de “registro de vestimentas, equipajes o vehículos”. La sentencia rol N° 22199-2016, dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema con fecha 1 de junio de 2016, viene a confirmar esta hipótesis.

En el caso comentado la defensa buscó impugnar una sentencia condenatoria por el delito de porte ilegal de arma de fuego (artículos 3° y 14 de la ley N° 17.798), en base a que la obtención del principal medio probatorio (el arma de fuego) fue realizada a propósito de un control de identidad y registro que sería calificable como ilegal. La razón de esta ilegalidad radicaría en una falta de indicios suficien-

tes para dar lugar a la medida policial, por haberse ésta originado a partir de una llamada anónima que alertaba de un automóvil merodeando sospechosamente por el sector. En efecto, a partir de esta llamada dos funcionarios policiales se dirigieron al lugar y encontraron el automóvil detenido en medio de la calzada, y procedieron a realizar un control vehicular. Al percatarse de que el conductor no contaba con la licencia de conducir, realizaron el registro del vehículo, lo que llevó a encontrar el arma en cuestión. La Corte, en su voto de mayoría, afirma que los indicios para llevar a cabo (y justificar) el registro fueron múltiples: la llamada anónima, la falta de licencia de conducir del acusado y el lugar donde se encontraba estacionado el vehículo¹, y que satisfacían el estándar necesario de racionalidad para dar lugar a la actuación policial en cuestión.

I. LAS DISTINTAS FINALIDADES DE LAS ACTUACIONES POLICIALES: NECESIDAD DE UN DERECHO DE POLICÍA

Las actuaciones policiales sin orden previa de los fiscales cuya ejecución faculta el art. 85 del CPP se enmarcan dentro de la actividad de la policía uniformada de apoyo a la investigación de hechos punibles. No obstante, en los últimos años se ha considerado al “control de identidad” como una herramienta preventiva, o como un mecanismo de control y amenaza para la evitación y disuasión de delitos². Esto queda de manifiesto en el caso aquí discutido, puesto que no parece existir relación alguna entre el actuar del imputado con la realización pasada de un hecho punible concreto, o siquiera con el inicio de su tentativa (el descubrimiento del arma fue fortuito y nada tuvo que ver concretamente con los indicios que nombra la sentencia)³. Incluso concediendo que la policía pueda llevar a cabo el “control

¹ Véanse los considerandos 6°, 7° y 8° de la sentencia comentada.

² HORVITZ LENNON, María Inés. y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal chileno, tomo I, (Santiago, 2002), pp. 597 y ss. El Oficio N° 554 de la Fiscalía Nacional, de 14 de abril de 2004, sobre control de identidad es decididamente explícito al respecto. Lo que ocurre en el caso comentado es llamativo porque de cierta forma tiene como resultado uno de los principales focos de atención del proceder disuasivo-preventivo de la policía: la incautación de armas no registradas y de sustancias o drogas estupefacientes y la respectiva detención de los detentadores. De esta forma, el uso preventivo de las facultades de registro “no-defensivo” (véase el punto 2 de este comentario) del art. 85 es particularmente atractivo para la policía, en tanto permite la constatación de la posesión de objetos prohibidos por parte de personas sospechosas. Aquí se da un uso instrumental de este tipo de actuaciones respecto del “combate” contra este tipo de delitos.

³ Para una interesante relación entre las hipótesis del art. 85 CPP y las fases de ejecución de un hecho punible, véase la memoria de prueba (Universidad de Chile), de MERINO STITIC, María Catalina y RAMOS PÉREZ, César, Aplicación diferenciada de la regulación del artículo 85 del Código Procesal Penal, (Santiago, 2010), pp. 235 y ss.

de identidad preventivo” sin referencia a la comisión o tentativa de un delito en específico (o en una etapa preparatoria generalmente no punible), resulta evidente que dicha actividad debería someterse a límites y estándares de racionalidad y justificación aún mayores que cuando se realiza con ocasión de un hecho punible determinado, en el contexto de la finalidad de apoyo a su investigación (aquí el registro más se parece a un allanamiento, que por cierto no cae dentro de las actuaciones autónomas de la policía). Esta falta de referencia abre la puerta a la sospecha policial como base de su actuar preventivo. El voto de minoría de la sentencia comentada refleja al menos mínimamente este tipo de consideraciones al hacer explícita la falta de una “información relativa a un hecho delictivo que, aunque de manera mínima, pueda ser representado”. Parece sensato que el diseño de este tipo de actuaciones, que tienen una finalidad de prevención, sea definido con seriedad en una regulación propia de un derecho de policía diferente del contenido en la legislación procesal penal.

II. CONTROL DE IDENTIDAD Y REGISTRO

El caso contempla dos actuaciones policiales diferentes: el control del conductor del vehículo, en razón de sus facultades de supervigilancia del cumplimiento de los deberes contemplados en la ley N° 18.290, y un “control de identidad” realizado a propósito de los resultados de la primera actuación. Mi comentario se concentrará en esta segunda actuación, puesto que la selección del objeto del control vehicular no se generó originalmente a propósito de la evidente infracción vehicular, sino por el carácter sospechoso del vehículo en el sector. De la lectura del voto de minoría de la sentencia se puede concluir que el conductor, no obstante no portar licencia de conducir, presentó su cédula de identidad, pudiendo satisfacer la solicitud de identificación. En tal caso, el funcionario policial podría haber dado por satisfecho el control de identidad y, respecto de las infracciones a la ley N° 18.290, haber procedido como la ley ordena⁴. Lo peculiar de este caso es que se procedió a realizar el registro del vehículo.

Es el propio artículo 85 CPP el que genera una anomalía al equiparar bajo el rótulo “control de identidad” el control de identidad “puro”, que debería tener por objeto simplemente la determinación de la identidad del sujeto mediante la exhibición de documentos de identificación, con el registro de vestimentas, equipajes y vehículos, el que queda a entera discrecionalidad de la policía. No es difícil percatarse de que un registro afecta en mayor medida la privacidad (y en muchos casos también la libertad) del ciudadano sometido a la actuación policial. La justificación del registro en nuestro país normalmente ha sido aso-

⁴ Véanse los artículos 6° y 7° de la ley N° 18.290.

ciada a una finalidad de defensa del funcionario policial frente a la posibilidad de que el controlado esté en posesión (y eventualmente pueda utilizar) algún tipo de arma en su contra. Sin embargo, esta finalidad perfectamente podría satisfacerse con un cacheo (registro o palpación superficial de las vestimentas del controlado), en nuestro caso sumado a la petición de que el sujeto salga y se aleje del vehículo que conduce⁵. No es comprensible la equiparación del artículo 85 de dos tipos de actuaciones policiales que afectan en diferente intensidad las esferas de privacidad (y libertad) de los ciudadanos y que cumplen con diferentes finalidades. La decisión sobre la modalidad o forma de ejecución de una determinada actuación (la razonabilidad del grado de intrusión aceptable en la esfera de los derechos del ciudadano) debería depender de su justificación por referencia a su finalidad. Sólo así es posible concretar e identificar con claridad “lo que está en juego” dentro (del lugar común) de la tensión entre privacidad/libertad y seguridad pública a este respecto.

III. INDICIO

El problema específico que aquí aparece, entonces, es el de la justificación y fundamentación del control de identidad y, sobre todo, del registro sobre una persona y su vehículo, sindicados anónimamente como sospechosos, en un contexto en donde ni siquiera se ha dado comienzo a la tentativa de un hecho punible concreto. El registro llevado a cabo en el caso responde a un tipo de actividad policial puramente preventiva. Y, por tanto, aun aceptándose la muy discutida constitucionalidad de este tipo de actuaciones, debería al menos exigirse un mayor estándar de certeza o una mayor “fuerza inferencial” de los indicios aquí requeridos como reflejo de un mayor estándar de justificación de este tipo de actuaciones, según lo sostenido más arriba. Los hechos descritos por la sentencia no parecen superar esta barrera⁶. En tal caso, estaríamos en presencia de una detención por flagrancia superviniente a propósito de un registro ilícito, que por supuesto trae consigo los problemas de prueba ilícita, a los que no me referiré en este brevísimo comentario.

Sería recomendable que el debate sobre el “control de identidad” bajo su actual regulación tuviera en cuenta y pusiera énfasis en la pregunta por las diferencias

⁵ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos, donde las medidas de registro (*search*) y cacheo (*frisk*) son diferenciadas. Véase el importante caso, y precedente en esta materia, *John W. Terry v. State of Ohio*.

⁶ Es difícil no hacer presente la desafortunada mención de la Corte, como un indicio que apoya la decisión condenatoria, del supuesto hecho de que “cuando se utiliza un vehículo en la comisión de injustos penales éste se encuentra usualmente fuera de las exigencias de la Ley del Tránsito” (considerando 7°).

técnicas entre control de identidad “puro” y registro (y detención o arresto), sus distintos fundamentos y finalidades (disuasivo-preventivas o relativas a una investigación de un hecho punible), los diferentes estándares de exigencia para su procedencia (en materia de la “fuerza” de los indicios requeridos, principalmente) y las relaciones entre ellos⁷. Estas cuestiones son sólo un ejemplo de lo que podría englobar una discusión seria sobre el diseño de un derecho de policía, que se haga cargo de su regulación, y sus límites con el derecho procesal penal.

⁷ Parece sensato realizar una diferenciación principal entre control de identidad y arresto o detención, y luego determinar los requisitos adicionales de procedencia de los registros incidentales a ambas medidas.

CORTE SUPREMA

Santiago, uno de junio de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, por sentencia de cinco de abril del año en curso, condenó a Hernán Francisco Barañado Ulloa a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, más el pago de las costas de la causa, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego prohibida previsto y sancionado en el artículo 14, en relación al artículo 3° de la ley N° 17.798, perpetrado en la ciudad de Antofagasta el 11 de mayo de 2015.

La sentencia fue impugnada de nulidad por la defensa, recurso que se conoció en audiencia pública el 12 de mayo pasado. Luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta suscrita en esa misma fecha.

Considerando:

Primero: Que la defensa del sentenciado invoca la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política de la República o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio por la transgresión de los artículos 5° N° 2 y 19 N°s. 3, 4, 5 y 7 de la Constitución Política; 8.2 letra g), 11 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 14.3 letra g) y 17 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y artículos 83, 85, 91, 93 letra g), 181, 227, 295, 297 y 205 del Código Procesal Penal, fruto de un control de identidad practicado fuera de las hipótesis legales, diligencia que arrojó como resultado el hallazgo del arma que funda la decisión de condena.

Según explica, el artículo 85 del Código Procesal Penal contiene una regulación detallada acerca de los supuestos que autorizan un control de identidad como diligencia autónoma de la policía,

estableciendo los límites dentro de los cuales esa gestión puede verificarse.

En este caso, el control de identidad y posterior registro del automóvil del imputado fue realizado con infracción de garantías fundamentales, porque se excedieron los límites del artículo 85 antes citado ante la falta de indicios para admitir su procedencia. Tal es lo que surgiría de la declaración de los testigos de cargo, funcionarios policiales que dieron cuenta en el juicio que los datos que originan el procedimiento provenían de una llamada anónima, de una persona que no fue identificada ni prestó declaración en el juicio. De ese relato surgiría información sobre la presunta actividad delictual del acusado, pero ese comportamiento no fue presenciado por los policías.

Por lo tanto, afirma, al practicarse el control de identidad, no existían elementos precisos acerca del hecho contenido en la denuncia, de modo que sólo cabía proceder en la forma que dispone el artículo 83 del Código Procesal Penal.

En esas condiciones, al no constatar-se la existencia de indicios sobre la comisión de un delito y no estar ante una situación de flagrancia que permitiera a la policía actuar autónomamente, su desempeño se apartó del marco legal, vulnerando los derechos del imputado.

Una denuncia anónima para estos efectos no es indicio, pues éstos, para ser tales, deben ser percibidos en forma directa por los funcionarios policiales, lo que en este caso no sucedió.

En consecuencia, el resultado de un control de identidad al margen del

artículo 85 del Código Procesal Penal determina que las especies encontradas y las diligencias realizadas con ocasión de él son ilícitas, vicio que adquiere relevancia suficiente porque la sentencia condenatoria se fundó exclusivamente en ellas.

Con tales argumentos finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que le precedió a fin que un tribunal no inhabilitado ordene la realización de un nuevo juicio oral, en el que se excluya del auto de apertura toda la prueba que deriva de la actuación cuya legalidad se impugna.

Segundo: Que como se desprende del recurso, las afectaciones en que la defensa fundamentó la causal se originarían con motivo de la recolección de evidencia que se tacha de ilícita, inmersa, según su parecer, en un procedimiento de control de identidad al margen de la normativa que lo regula, y su posterior incorporación y valoración en el juicio oral. En particular se cuestiona la realización de diligencias investigativas policiales de cuya intervención arranca, de modo trascendental, la imputación delictiva contra el condenado como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego prohibida que el fallo da por probado.

Tercero: Que como ya ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos –SCS Roles N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013; N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013; N° 29534-14, de 20 de enero de 2015; N° 5711-15 de 9 de junio de 2015–, si bien es efectivo que la Constitución Política de la República entrega al Ministerio Público

la función de dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, regla que repite su Ley Orgánica Constitucional y múltiples instrucciones de parte de la autoridad superior de aquél, 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, conciliando su eficacia con el respeto a los derechos de las personas, para cuyo efecto el artículo 83 la compele a practicar la detención sólo en casos de flagrancia, situación que puede generarse con ocasión de un control de identidad.

También se ha sostenido que el artículo 4° de la Ley de Tránsito otorga a Carabineros de Chile y a los Inspectores Fiscales y Municipales la labor de supervigilancia del cumplimiento de sus disposiciones, sus reglamentos y las de transporte y tránsito terrestre que dicte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones o las Municipalidades, y el deber de denunciar al Juzgado que corresponda las infracciones o contravenciones que se cometan –SCS Rol N° 31280-15, de 19 de enero de 2016–.

Cuarto: Que la sentencia consignó a propósito de la situación que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, que “el control de identidad que fue realizado al acusado en horas de la madrugada, cuando se encontraba al volante de un auto, fue primeramente un control vehicular, el cual siempre es selectivo por parte del personal policial, siendo de su exclusivo arbitrio el proceder a controlar la observancia de

las normas del tránsito...”, “... luego de la llamada anónima al teléfono del Plan Cuadrante que refería sobre un automóvil de color naranja que se encontraba merodeando por el sector, lo encuentran en medio de la calzada estacionado, solicitándole a su conductor que se hallaba al volante, que resultó ser el acusado, la documentación del vehículo y la licencia de conducir, proporcionando únicamente los referidos al móvil, sin que portara licencia de conducir alguna, falta que motivó el indicio que prevé el artículo 85 del Código Procesal Penal... y que autoriza el registro del vehículo”. A partir de esos hechos concluye el fallo que “el actuar de Carabineros se ha ajustado a la legalidad, no pudiendo predicarse que el arma encontrada al interior del vehículo sea producto de una prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, lo que constituye un indicio claro, preciso y concreto para haber efectuado el control de identidad al acusado, lo que culminó con una exitosa labor de descubrimiento en flagrancia del delito de porte ilegal de arma de fuego prohibida”.

Quinto: Que esas consideraciones encuentran sustento en las declaraciones de los policías Ramón Alejandro Cáceres Pinto y Felipe Andrés González Pérez, consignadas en el fundamento noveno de la sentencia, quienes refieren que encontrándose en servicio de turno en el sector centro alto de la ciudad, recibieron una llamada anónima al teléfono del cuadrante que manifestaba que un vehículo color naranja se encontraba merodeando en el sector, por lo que concurren a la intersección de las

calles Martín Luther King con Williams Rebolledo, lugar donde encuentran estacionado en la mitad de la calzada el vehículo cuyos datos les habían sido previamente proporcionados, obstruyendo el normal flujo vehicular, junto al cual se encontraban cuatro sujetos y al interior, en el asiento del conductor, el acusado, motivo por el cual proceden a efectuar un control rutinario vehicular, solicitándole la documentación del móvil y la licencia de conducir, entregando el acusado sólo la documentación del auto, pues no portaba su licencia.

Sexto: Que es importante razonar sobre el contexto fáctico que usualmente rodea a una diligencia como la de la especie, porque los indicios de la probable comisión de un ilícito se encuentran usualmente en forma intempestiva, situación que obliga a los policías a evaluar de inmediato la presencia de elementos susceptibles de tal estimación y que hagan procedente la actuación.

Séptimo: Que relacionando la acción cuestionada con las normas que le son aplicables, resulta simple inferir la legalidad del cometido de los funcionarios policiales al acercarse al automóvil en que se encontraba el acusado al advertir una infracción a la ley del tránsito —primero, la obstrucción vehicular, más adelante, la conducción sin licencia—. Sin embargo, no puede dejarse de lado la circunstancia que, por máxima de la experiencia, cuando se utiliza un vehículo en la comisión de injustos penales éste se encuentra usualmente fuera de las exigencias de la Ley del Tránsito, ya sea por las con-

diciones en que se halla el móvil o bien por el lugar en que es detectado, a lo que se puede sumar la hora, afluencia vehicular, luminosidad del sector en que es advertido por los policías. Las circunstancias propias del hallazgo del vehículo, a saber, detenido en la calzada obstruyendo la circulación, no sólo constituyeron una infracción a la Ley del Tránsito, sino que además un indicio adicional de la posible comisión de un delito, la falta de conducir sin licencia, antecedentes que unidos a la información proporcionada al plan cuadrante, ciertamente son señales de una probable acción ilícita.

Octavo: Que de esta forma, a pesar de que el fallo mencione que existió un solo indicio, es posible advertir que en el caso *sub lite* se presentó una pluralidad de circunstancias, esto es, indicios fundados que permitían estimar que el ocupante del automóvil podía disponerse o bien estaba cometiendo un delito, motivo por el que no se transgredió la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal ni garantía constitucional alguna, porque la diligencia policial de excepción consistente en el control de identidad y registro del vehículo ha de tenerse, en dichas circunstancias, como racional y justa, fundada en condiciones objetivas apreciadas por los funcionarios policiales que razonablemente permitían sostener la posibilidad de corresponderse con un hecho delictivo que les autorizaba proceder autónomamente, sin necesidad de orden judicial previa.

A resultas de lo anterior, tampoco puede concluirse afectación a las garan-

tías de libertad personal o intimidad, pues la actuación de la policía se adecuó al precepto legal citado, lo que lleva al rechazo del recurso.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por el abogado don Omar Manuel Valdés Moyano contra la sentencia de cinco de abril de dos mil dieciséis y contra el juicio oral que le precedió en los antecedentes RUC 1500446379-7, RIT 79-2016, del Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, los que, en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Dahm, quienes estuvieron por acoger el recurso y consecuentemente invalidar el fallo impugnado y el juicio oral, teniendo para ello presente:

Que el arbitrio entablado reclama la vulneración de garantías y derechos a consecuencia de un registro que pretendió justificarse bajo la fórmula de un control de identidad, el que la defensa considera ilegal porque no se reunían las condiciones de procedencia que establece el artículo 85 del Código Procesal Penal.

En el caso que se revisa los funcionarios policiales procedieron a efectuar un control de identidad que no tuvo más justificación que un solo indicio, cual es la falta de conducir sin licencia habilitante, lo que no configura una información relativa a un hecho delictivo que, aunque de manera mínima, pueda ser representado.

Como se señaló, de la circunstancia de conducir sin licencia, pero portando

cédula de identidad, nada puede inferirse, pues se trata de una situación casual que puede explicarse de múltiples formas, pero es insuficiente para inferir las hipótesis a que alude el artículo 85 citado.

En este contexto, a juicio de los disidentes, el hallazgo del arma no valida el proceder injustificado, pues de ser así habría que aceptar que en el evento que el registro al móvil o vestimentas del imputado no arroje resultado, supondría o traería como consecuencia un control ilegal.

La actuación descrita por el fallo revela inequívocamente un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo a las garantías y derechos que el recurrente considera amagados y que la Constitución Política reconoce y garantiza, ilegalidad que debió ser constatada en su momento por el juez de garantía o bien salvada en el tribunal oral, lo que no aconteció.

Ese proceder ilegal de los funcionarios policiales afectó a las restantes actuaciones en que ellos intervienen y las diligencias que realizaron sin amparo legal en la persona del imputado, y que trajo como resultado el hallazgo del arma. Ello es corolario del efecto propio de la nulidad y transforma en ilícita la prueba así obtenida, que ya no puede ser rendida en juicio ni sustentar decisión de condena alguna, desde que el artículo 295 del Código Procesal Penal prescribe que todo medio probatorio ha de haberse “producido” e “incorporado” de conformidad a la ley, cual, como ha quedado demostrado

precedentemente no ha ocurrido en la especie.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Rol N° 22199-2016.