Santiago, once de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, por sentencia de diecinueve de marzo del año en curso, condenó a **Sebastián Matías Morgado Farías y a Jocelyn Alejandra Faúndez Corvalán**, como autores del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo 1° de la Ley N° 20.000, cometido el 1 de febrero de 2015, a sufrir cada uno la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa ascendente a 10 unidades tributarias mensuales y la accesoria legal de suspensión de cargos y oficios públicos durante el tiempo de sus condenas, concediéndoles la medida de reclusión parcial domiciliaria.

La sentencia fue impugnada de nulidad por la defensa de los imputados, recurso que fue admitido a tramitación y se conoció en audiencia pública el veintiuno de abril pasado. Luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que se suscribió en esa misma fecha.

Considerando:

Primero: Que por el recurso se invoca de manera principal la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando la infracción de los artículos 19 N° 3 inciso sexto y N° 7 de la Constitución Política de la República; 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 17 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, artículos 1, 83, 85 y 276 del Código Procesal Penal.

Según se sostiene, las actuaciones policiales que dieron origen al procedimiento vulneraron las normas del debido proceso, el derecho a la intimidad y a la libertad ambulatoria, con motivo de un ilegal control de

identidad efectuado respecto de ambos acusados fuera de las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal, obteniendo de ello prueba ilícita que resultó ser el único sustento para adquirir la convicción condenatoria que exige la ley.

Se explica por el recurrente que las transgresiones suceden con ocasión de una fiscalización selectiva por parte de Carabineros, al amparo de la Ley de Tránsito, de lo cual derivó el ilegal control de identidad que se reclama, pues hasta el momento en que los funcionarios compelen al acusado a detener el vehículo que conducía, no estaban en presencia de ningún indicio de comisión de un ilícito de aquellos que los habilita para proceder de conformidad al artículo 85 antes citado. Ni aún al ser fiscalizado el conductor, Sebastián Morgado, se configuraba alguna de las hipótesis de la norma, porque si bien guiaba el móvil sin licencia de conducir, su identidad pudo ser comprobada de inmediato por medio de su cédula de identificación. De este modo, Morgado Farías solo incurrió en una contravención de carácter leve, sancionada en una ley especial cuyo conocimiento es de competencia de los Juzgados de Policía Local, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 18.287, caso en el cual Carabineros únicamente debía citar al infractor a esa judicatura.

Ahondando en la infracción reclamada se argumenta que en la Ley de Tránsito no existe norma que faculte a los Carabineros o a funcionarios municipales para trasladar al infractor al cuartel policial, de manera que el hallazgo producido no constituye un descubrimiento inevitable en el contexto de una actividad lícita, pues surge con motivo de un registro del móvil que se llevó a cabo sin fundamento legal.

Lo propio, añade, sucedió con la imputada, copiloto del automóvil, respecto de quien tampoco existe la pluralidad de indicios que hubieren justificado una fiscalización y el registro del vehículo o sus pertenencias, pues

el hecho de ocultar “algo” bajo su asiento, que es lo que se sugiere como indicio, no constituye una conducta delictiva que amerite la intromisión de que fue víctima.

Es por ello que la detención por flagrancia que nace a partir de un ilegal control de identidad afectó la esencia de las garantías en que se apoya la causal, por lo que se solicita en la conclusión se declare la nulidad de la sentencia y el juicio oral que le precedió y se disponga la exclusión de la totalidad de la prueba de cargo, que corresponde a aquella que se incluyó en la acusación y en el considerando séptimo del auto de apertura del juicio oral, por haber sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, para proceder a la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Segundo: Que, en subsidio, el recurso se apoya en el la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, dada la errónea aplicación del derecho a los hechos demostrados en el juicio.

Se sostiene que el fallo consideró como delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material para ser sancionada penalmente, dada la falta de dañosidad social de la conducta o de lesión o peligro efectivo del bien jurídico, lo que configura la transgresión del artículo 1°del Código Penal, pues no probó por la parte acusadora la concentración del principio activo de la cannabis sativa, el tetrahidrocannabinol, que debiese estar presente en la sustancia vegetal decomisada y lo propio respecto del contenido de los comprimidos de clonazepam, también incautados. De ello deriva al mismo tiempo la vulneración del artículo 1° de la Ley N° 20.000, pues la ausencia de determinación de la pureza de la sustancia no permite predicar a su respecto que constituya el objeto material prohibido por el legislador, esto es, que se

trate de sustancias capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

En consecuencia, la decisión condenatoria lesionaría gravemente el principio de lesividad, limitativo del *ius puniendi* estatal, porque la afectación del bien jurídico debe ser de entidad tal que legitime la intervención del Estado, quedando entregadas las conductas de menor afectación de la norma a otras ramas del derecho o a la autorregulación social, consolidándose así el principio de mínima intervención del derecho penal.

Finaliza solicitando que, por el vicio denunciado, se anule sólo la sentencia definitiva y se dicte la respectiva de reemplazo que se conforme a la ley y absuelva a sus defendidos de la acusación formulada.

Tercero: Que como se desprende del recurso, las infracciones en que la defensa fundamentó la causal principal de nulidad 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 diligencia de registro del vehículo en que se movilizaban los acusados y la consecuente incautación de evidencia incriminatoria, todo ello falto de indicios, de lo cual surgió de modo trascendental la imputación delictiva contra los condenados como autores del delito de tráfico ilícito de drogas que el fallo ha dado por probado.

Cuarto: Que como ya ha sostenido esta Corte en diversos pronunciamientos, 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 o cuando se constata orden de detención pendiente, como ordena el artículo 192, inciso 4°, del Código Procesal Penal, situaciones que pueden generarse con ocasión de un control de identidad.

Quinto: Que a propósito de la situación que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, la norma refiere que el control de identidad puede hacerse a cualquier sujeto, siempre que según las circunstancias se estimare que existen indicios que la persona a controlar se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta, además de otros casos que señala la misma disposición.

Sexto: Que en el caso en estudio la policía actuó, según se demostró, en virtud de indicios válidos y suficientes que la habilitaban para llevar a cabo un control de identidad. Como se lee de la sentencia, los funcionarios de Carabineros realizaban un control policial selectivo en el contexto que autoriza la Ley N° 18.290. Es así como uno de los policías, momentos antes de que el automóvil se detuviera completamente, aproximadamente a dos metros de distancia, logró ver que la imputada escondió un objeto bajo el asiento del copiloto. Luego, al requerirse al conductor la documentación pertinente, constató que no portaba licencia de conducir, por lo cual se solicitó a los ocupantes descender del móvil. La imputada tampoco portaba cédula de identidad. Dicho contexto se suma al ocultamiento de un objeto bajo uno de los asientos del auto, lo que ya había sido percibido por la policía, lo cual constituye las circunstancias indiciarias para proceder del modo que indica el

artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que la sentencia expresamente así declaró.

Como consecuencia de lo anterior, la misma norma los habilitaba para proceder al registro del vehículo, sin necesidad de contar con nuevos antecedentes o solicitar una orden judicial previa, produciéndose el hallazgo de droga y dinero, nada de lo cual desconocen los imputados, según sus propias declaraciones vertidas en juicio, lo que asienta el fallo, y que los habilitaba a su detención inmediata en virtud de la situación de flagrancia constatada.

Son tales indicios los elementos que facultaban a los funcionarios para proceder autónomamente, practicar la detención de los imputados e incautar la evidencia incriminatoria.

Por ello, las alegaciones sobre las supuestas irregulares gestiones policiales difieren de la realidad asentada en el fallo, pues surgen con claridad las circunstancias habilitantes del actuar de Carabineros, lo que descarta la inobservancia a las normas constitucionales y de derecho interno que fundamentan la causal principal de nulidad, la que será desestimada.

Séptimo: Que en lo que concierne a la causal subsidiaria, esta se funda en la errónea aplicación del derecho a los hechos demostrados.

Los hechos establecidos en la sentencia recurrida con los siguientes: El 1 de febrero de 2015, alrededor de las 12:45 horas, en circunstancias que personal de Carabineros de Cartagena efectuaba un control vehicular selectivo, realizó señales de detención al vehículo PPU DPGV -55, marca BMW, año 2012, el que era conducido por el acusado Sebastián Morgado Farías, a quien acompañaba Jocelyn Faúndez Corvalán, quien sentada en el asiento del copiloto, al percatarse del control vehicular, se agachó y ocultó bajo su asiento una billetera. Al no portar licencia de conducir el primero, se solicitó a los ocupantes del vehículo descender de éste, verificando que el objeto que la

acusada había arrojado bajo el asiento correspondía a una billetera color rojo que tenía una bolsa de nylon contenedora de 34,9 gramos brutos de marihuana, además de $170.000 pesos en dinero en efectivo, percatándose además el personal policial que en el asiento trasero se encontraba un banano color azul con 3 bolsas de nylon contenedoras de 7,4 gramos brutos de marihuana y una bolsa de color amarillo con 4,8 gramos brutos de la misma sustancia, además de una caja de Ravotril (Clonazepam) con 30 grageas y $760.000 pesos en dinero en efectivo y un total de 1.000 dólares, sin contar ninguno de ellos autorización para mantener la droga consigo, ni tampoco acreditar que estuviese destinada a un tratamiento médico, o a su uso o consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

Octavo: Que tales sucesos se calificaron en el basamento noveno del fallo como constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto en el artículo 4° en relación al 1° de la Ley N° 20.000.

Para efectos de establecer el objeto material del tipo, el fallo estimó que el informe de cannabis sativa dio cuenta que dicha sustancia produce efectos psicoactivos, mentales y conductuales consistentes en un estado de bienestar, sentimientos de relajación, alteración de la percepción del tiempo y la distancia, experiencias sensoriales aumentadas, deterioro de la memoria para hechos recientes, deterioros en la coordinación motora, dificultad de concentración, disminución de actividad mental y alteración de la visión periférica, entre otras. Asimismo, según se estableció en el informe de estupefacientes N° 0272-15, las tres muestras del decomiso corresponden a cannabis sativa, apreciándose en su análisis farmacognóstico sumidades floridas, pelos secretores, restos de pistilos, restos de semillas, restos de braceteas y restos de hojas.

Por otra parte, según el protocolo de análisis químico correspondiente a la muestra 4, los comprimidos rosados ranurados resultaron ser clonazepam,

compuesto que, según el informe y peligrosidad de éste para la salud pública, provoca una acción ansiolítica con somnolencia, sedación, ataxia, mareos y baja respuesta a los reflejos, entre otras, produciendo su consumo prolongado dependencia, siendo una sustancia contemplada en el artículo 2 del reglamento de la Ley N° 20.000, por ser calificada como sustancia estupefaciente productora de dependencia física o psíquica.

Noveno: Que, en relación con la descripción del injusto de tráfico de pequeñas cantidades de drogas, del artículo 4° de la ley en comento resulta inconcuso que entre lo incautado se encontraban 30 grageas de clonazepam, sustancia capaz de producir daños considerables a la salud conforme con el reglamento de la ley respectiva, dando cuenta de ello la evidencia producida en juicio y que se ha relacionado en el basamento anterior. A propósito de la composición o concentración de ese fármaco -pureza- no aparece como un elemento de análisis adicional que sea necesario ni factible de llevar a la práctica, especialmente por la condición en que se consume, de modo que las exigencias del protocolo de análisis químico que se aportó al juicio de esta sustancia se satisfacen, a efectos de dar por establecido el objeto material del ilícito.

Décimo: Que en relación a la cannabis sativa, sin perjuicio de lo razonado anteriormente, hay que destacar que el arbitrio de impugnación formalizado se rige por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal. Por consiguiente, para su procedencia, deben concurrir los presupuestos básicos de ésta, entre los cuales se encuentra el llamado “principio de trascendencia” que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal.

Acorde a ello, no es posible visualizar la concreta y determinante repercusión en la responsabilidad penal de los enjuiciados de la falta de dicho

informe, pues incluso, sin consideración a él, el supuesto vicio denunciado en relación a su decomiso ninguna trascendencia ha podido tener en el resultado del juicio, pues la incautación de clonazepam en poder de los imputados es suficiente para arribar a la misma decisión condenatoria, por lo que en tales condiciones el recurso también será desestimado por el motivo subsidiario.

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 defensor penal público Sr. Salvador Wasserman Rosinski, en representación de los imputados Jocelyn Alejandra Faúndez Corvalán y Sebastián Matías Morgado Farías, contra la sentencia de diecinueve de marzo de dos mil dieciséis y contra el juicio oral que le precedió en los antecedentes Ruc 1500107218-5, Rit 160-2015, del Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de San Antonio, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Se previene que los Ministros Sres. Juica y Künsemüller estiman que respecto de la marihuana debe cumplirse con el protocolo de pureza a que se refiere el artículo 43 de la Ley N° 20.000 para acreditar el porcentaje respectivo a fin de comprobar la lesividad social de la sustancia incautada. Por ende, respecto de la cannabis sativa hallada en poder de los imputados no es posible afirmar la antijuridicidad material de su tenencia. Sin embargo, como se asentó en el fundamento Décimo de este fallo, su omisión no influye en la decisión de condena, dada la posesión comprobada de pastillas de clonazepan que no admite ese tipo de comprobación.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito quien estuvo por acoger el recurso por el motivo principal e invalidar tanto el fallo como el juicio oral que le antecedió para que se celebre un nuevo juicio donde se prescinda de la actuaciones ilegales reclamadas y sus consecuencias, vale decir, la incorporación de prueba ilícita. Para ello tiene en consideración que el

hecho declarado en el fallo impugnado, "… Joselyn Faúndez Corvalán, quien sentada en el asiento del copiloto, al percatarse del control vehicular se agacha y oculta bajo su asiento una billetera …", es solo un antecedente explicable de múltiples maneras, que no justifica un control de identidad y revisión del automóvil, pues la norma del artículo 85 del Código Procesal Penal exige pluralidad de indicios de alguna forma de actividad delictual, esto es, algún acto que evidencie la ocurrencia de un ilícito, lo que no puede derivarse del hecho de agacharse al interior de un vehículo, pues los demás hechos que se esgrimen a efectos de alcanzar la multiplicidad que exige la ley son posteriores. En síntesis, los hechos revelan un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, pues su actuación se tradujo en un verdadero registro en busca de evidencia, ilegalidad que debió ser salvada por el tribunal oral, desestimando la prueba ilegalmente obtenida.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la prevención y disidencia, sus autores.

Rol N° 19.610-16

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Sra. Andrea Muñoz S. No firma la Ministra Sra. Muñoz, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

Autorizada por el Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a once de mayo de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.