

Santiago, uno de julio de dos mil veintidós.

Vistos:

El Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de once de febrero de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 2.100.256.583-5, RIT 334-2021, condenó a Adolfo Ezequiel Valenzuela Verdejo, a la pena la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a cinco unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en grado de consumado, sorprendido el día 17 de marzo de 2021, en la comuna de San Miguel, sin costas.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado recurrió de nulidad, arbitrio que fue conocido en la audiencia pública de trece de junio pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de nulidad se cimenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, explicando que, las alegaciones de la defensa en el juicio oral fueron desplegadas para hacer visible las vulneraciones de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, el debido proceso y la libertad ambulatoria, consagradas en la Carta Fundamental y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

En el caso concreto, explica que los funcionarios policiales llevaron adelante una acción previa al control de identidad del acusado, cual es, generar un control vehicular carente de todo fundamento. La decisión que motivó el control



vehicular —y que culminó con la detención del acusado— se fundó en que el vehículo se encontraba con la totalidad de los vidrios polarizados, situación que fue descartada en el juicio oral. Argumenta que, la decisión deliberada de los funcionarios policiales fue discriminadora y da cabida a prejuicios y suposiciones policiales, que en algunas ocasiones pueden obtener buenos resultados, pero la mera sospecha, prejuicios y las suposiciones policiales, para restringir la libertad mediante el artículo 85 del mismo cuerpo legal ya citado, están vedadas por el Código Procesal Penal. Asimismo, denuncia que la decisión de los funcionarios policiales en cuanto a practicar un control de identidad fundado en una percepción subjetiva, como lo es el fuerte olor a marihuana, desemboca en una arbitrariedad contraria al mandato constitucional de la igualdad ante la Ley.

Agrega que, en el proceso se ha conculcado en su esencia el derecho a un procedimiento racional y justo, en otras palabras, el derecho a un debido proceso consagrado en el inciso sexto del numeral 3º, del artículo 19 de la Carta Fundamental. Sostiene que, en la tarea de obtención de las evidencias, deben observarse ciertos límites que revisten el carácter de garantías, refrendado por los artículos 295 y 297 del código adjetivo, que si bien consagran tanto la libertad de prueba, como la libertad de valoración de la misma, operan sobre los marcos propios de la legalidad, ya que los medios probatorios deben ser producidos e incorporados en conformidad a la ley.

Asimismo, denuncia que la libertad del acusado fue restringida, fuera de la forma que determina la Constitución y las leyes, esto, en atención a que no concurrieron al caso los indicios que habilitaban al control de identidad que se efectuó. El acusado de autos, fue sometido por parte de la policía a una detención que califica de arbitraria, ya que, el solo hecho de sentir olor a marihuana, y proceder a su registro y posterior detención, fue efectuada con infracción a la Ley,



puesto que no se reunía las formalidades que esta exige tanto en su forma y contenido y, además, no existía indicio que habilitara al control de identidad realizado, el abuso de estas facultades, hace nacer un vicio que es reparable con la sola declaración de nulidad, por lo que pide anular la sentencia y el juicio oral que la precede, solicitando se retrotraigan los autos al estado de realización de un nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de apertura los elementos de cargo que precisa.

Segundo: Que, al inicio de la audiencia, la defensa incorporó la prueba de audio, previamente ofrecida y aceptada por esta Corte.

Tercero: Que, la sentencia impugnada, en su motivo octavo, tuvo por acreditado que, *“el día 17 de Marzo de 2021 a las 17:20 horas, en la intersección de Gran Avenida José Miguel Carrera con Avenida Lo Ovalle, comuna de San Miguel, funcionarios policiales sorprendieron a Adolfo Valenzuela Verdejo portando, guardando y transportando, sin contar con la autorización competente, al interior del vehículo que conducía, marca KIA, modelo óptima PPU DBXF-85, 01 bolsa de nylon que en su interior mantenía 271 gramos brutos de cannabis sativa; además al interior de dicho vehículo, se encontró 01 pesa digital y la suma de \$16.000 en dinero efectivo de diversa denominación”*

Lo anterior fue calificado por los sentenciadores como constitutivo del delito de tráfico ilícito de estupefacientes descrito y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley 20.000.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso de nulidad, el fallo señaló en la motivación séptima que, *“...esta alegación será rechazada por cuanto no se observa vicio alguno en la diligencia y actuación del personal policial.*

En efecto, de la relación de los hechos efectuada tanto por los testigos institucionales como por el acusado y la deponente de descargo, es posible



distinguir desde el punto de vista fáctico, dos etapas en el procedimiento policial que nos convoca.

a) Un primer momento, materializado en el control vehicular de rutina efectuado por los Carabineros declarantes en juicio, en el que éstos, quienes circulaban en motocicleta, fiscalizan el vehículo marca KIA, Modelo Óptima, conducido por Valenzuela Verdejo, en razón de que dicho móvil tenía vidrios polarizados, lo cual impedía ver hacia su interior, lo que constituye un infracción a la normativa del tránsito, contexto en el cual, el imputado detuvo la marcha y entregó los documentos que le fueron requeridos por el personal policial.

Que, sin perjuicio, de que en base a las fotografías expuestas en el juicio oral fue posible observar que el vehículo no tenía el parabrisas delantero ni trasero polarizados (las ventanillas laterales estaban abajo por lo que no es posible confirmarlo ni descartarlo), aun así, estos sentenciadores no observan ningún tipo de afectación a los derechos y garantías que la Constitución y la ley franquean a cualquier ciudadano, considerando que todos estamos expuestos cotidianamente a ser fiscalizados en la vía pública en caso de conducir un vehículo motorizado, diligencia policial que carece absolutamente de condicionamiento o requisitos para realizarse, toda vez que se trata esencialmente de una actividad enmarcada dentro del rol preventivo y de control vial que ejerce la policía uniformada. Así las cosas, el hecho de si finalmente el vehículo tenía o no los vidrios polarizados, resulta una circunstancia irrelevante a efectos de analizar la validez del posterior control de identidad impugnado, pues lo que se controla en este primer estadio de los acontecimientos es la documentación del móvil y del conductor, lo cual así ocurrió, pudiendo constatarse que el imputado circulaba sin licencia y con parte de la documentación del móvil vencida, según manifestó el propio imputado.



b) Establecida la falta de incidencia de este primer estadio en el análisis de legitimidad del posterior control de identidad, nos enfrentamos al segundo momento del hecho analizado, cuando, en el contexto del control vehicular referido, los Carabineros perciben un fuerte olor a marihuana que salía desde el interior del automóvil siendo este EL INDICIO que los motivó a proceder al registro del auto fiscalizado.

A juicio de estos adjudicadores, y atendido el tenor del artículo 85 del Código Procesal Penal, tal hecho, esto es, el fuerte olor a marihuana que salía desde el interior del auto, resultó en el caso sub iudice un indicio objetivo, claro, concreto y preciso de que el sujeto fiscalizado estaba cometiendo un crimen, simple delito o falta. En este sentido, la norma en comento dispone que ‘Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevo indicio, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla...’ de modo que, el llamado control de identidad investigativo, no solo faculta para controlar a la persona cuando a juicio del personal policial se verifica algún indicio de comisión de crimen simple delito o falta, sino también para registrar sus vestimentas y pertenencias, en este caso, el vehículo conducido por el encausado; quedando posteriormente confirmado, con el hallazgo de la droga, que la observación del personal policial tenía asidero y que no era una mera intuición, especulación o sospecha vaga.

Así las cosas, el Tribunal no comparte la posición de la defensa en orden a que existiría un vicio en el establecimiento del supuesto fáctico que autoriza el control de identidad. Desde luego, el imputado renunció a su derecho a guardar silencio y declaró en el juicio y, al hacerlo, él mismo manifestó —al igual que lo hizo su pareja—, que efectivamente el vehículo expedía un fuerte olor a marihuana, arguyendo que alrededor de 40 minutos antes, él y su pareja



consumido un pito de cannabis junto a tres amigos al interior del automóvil y que en realidad, el olor a marihuana era perceptible. Es del caso agregar, que la testigo Camila Acevedo refirió que de hecho, ella misma intercambió palabras con uno de los Carabineros en tal sentido, manifestándole que habían fumado marihuana momentos antes con unos amigos.

Lo anterior, hace objetivamente posible el señalado control de identidad, por cuanto la apreciación del olor a marihuana, que de acuerdo al criterio de la defensa fue meramente subjetivo y por ende, insuficiente para justificar el control y registro del automóvil, se tornó en un antecedente objetivo, al ser reconocido y asumido por el propio encausado y su acompañante en el momento mismo del control policial, quienes tuvieron la misma percepción que los Carabineros, todo lo cual hace que el elemento en cuestión se encuadre no sólo en la norma legal del artículo 85 sino que también en la jurisprudencia que la propia defensa invocó.

Que, sin perjuicio de lo anterior, aparece como necesario analizar lo que propiamente podría sustentar las alegaciones de la defensa en orden a que esos hechos no alcancen para constituir el indicio que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal. Para este efecto resulta indispensable agregar a los datos hasta ahora referidos, el contexto de la situación, porque un indicio —que por cierto no es lo mismo que una prueba— es un fenómeno que permite inferir la existencia de otro no percibido; y un fenómeno (todo conforme al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua) es toda manifestación que se hace presente a la consciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción. Así pues, la manifestación que aparece en la conciencia no es simplemente un suceso aislado, sino un hecho enmarcado en una realidad circundante que le da sentido, y que por eso, ahora en tanto indicio, se manifiesta a la conciencia generando una inferencia respecto de la existencia de hechos no conocidos. Esta necesidad de



atender al marco contextual para apreciar la existencia de un indicio, además de imponerla la lógica pues los hechos no pueden separarse de sus circunstancias, la reconoce de manera expresa el artículo 85 del Código Procesal Penal, al sujetar la constatación del indicio a lo que los funcionarios policiales estimaren fundadamente 'según las circunstancias' (Excma. Corte Suprema, rol N°4376-21).

En definitiva, los antecedentes concomitantes, esos accidentes de tiempo, lugar y modo que rodean el hecho (en este caso, el reconocimiento del fuerte olor a marihuana realizada por el conductor y su acompañante al momento de la fiscalización vehicular), y que son constitutivos de aquellas circunstancias que los policías no solo podían, sino que tenían que tener en cuenta, conforme al texto legal citado previamente, están contenidos en las declaraciones de los aprehensores y fueron corroboradas por el propio acusado en juicio oral y la testigo Camila Acevedo; las que en síntesis, consisten en el patrullaje preventivo, focalizado y de rutina que el personal policial efectuaba y en el que decidieron realizar un control vehicular, en cuyo marco, percibieron olor a marihuana dentro del móvil el cual fue reconocido por los tripulantes del móvil. Lo anterior, evidentemente no es prueba per sé de tráfico de estupefacientes, pero sí es un indicio, pues es un hecho objetivo que lleva a inferir razonablemente otro, como probable. De lo que se trata, en suma, es que el control de identidad no se base en una simple sospecha subjetiva, desprovista de todo elemento objetivo controlable, pero sin exigir nada más, pues de otro modo se confundiría la exigencia con la de una prueba, y subsecuentemente la labor policial con la jurisdiccional. En la especie hay un elemento fáctico inmediato y objetivo, que ya fue señalado y hay una razonabilidad otorgada a la inferencia de probabilidad de comisión de un delito por las circunstancias, también objetivas ya relacionadas,



transformándose así todos esos elementos en un indicio. Así, se rechazan las alegaciones de la defensa en tal sentido.

Es del caso hacer presente, que el traslado del imputado y su acompañante hasta las dependencias de la Comisaría y que fuera reprochada por la Defensa, en nada altera la conclusión del Tribunal toda vez que, aun cuando no fueron a la Unidad en calidad de detenidos, ellos accedieron voluntariamente a ir, ante la evidencia de haber sido sorprendidos con la droga dentro del automóvil en el que circulaban; siendo escoltados por el personal policial, quien los llevó a la Unidad para asegurarse de que efectivamente la sustancia encontrada era droga y así proceder debidamente a la detención de estas personas, en base a antecedentes de prueba objetivos y categóricos, lo cual se produjo una vez realizada la prueba de campo de dicha sustancia”.

Cuarto: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.



Quinto: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja de manera sustancial dicho sistema debe ser excluido del mismo.

Sexto: Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

Séptimo: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (entre otras, SCS N°s 7.178-2017, de 13 de abril de 2017; 9.167-2017, de 27 de abril de 2017; 20.286-2018, de 01 de octubre de 2018; 28.126-2018, de 13 de diciembre de 2018; 13.881-2019, de 25 de julio de 2019; y, 2.895-2020, de 4 de marzo de 2020).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para prestar



auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 -que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia- así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Octavo: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y



garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado —y sometido a control jurisdiccional— en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos.

Noveno: Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, puesto que lo contrario implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que —a diferencia del *a quo*— dirime los hechos en base a meras actas o registros —eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo—, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. Aclarado lo anterior, se procederá al



estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

Décimo: Que, resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, como ya se expresó *ut supra*, en su motivo octavo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en haber sorprendido al acusado guardando y transportando una bolsa contenedora de 271 gramos de cannabis sativa, al interior del automóvil que conducía. Dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización por parte de funcionarios policiales, de acuerdo al mérito de los antecedentes, oportunidad en la cual personal policial percibió un fuerte olor a marihuana, momento en el cual el control vehicular mutó a un control de identidad del artículo 85 del código adjetivo, percepción olfativa que fue admitida en estrado por el acusado, dado el consumo del alcaloide al interior del automóvil desplegado, tanto por el acusado, su pareja y un grupo de amigos, situación que fue ratificado en estrado por la testigo Camila Acevedo.

Undécimo: Que en la especie, la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicarse un control de identidad a su representado sin que existiera indicio para ello —por cuanto no sería efectivo que el vehículo mantuviera sus vidrios polarizados o tintados—, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implica que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia.

Duodécimo: Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe señalar que, conforme expusieron de manera conteste los dos agentes policiales que participaron del procedimiento llevado a cabo el día 17 de marzo de 2021, fiscalizaron al acusado luego de advertir que circulaba con vidrios polarizados que limitaban la visibilidad hacia el interior del vehículo, oportunidad



en la cual, en el momento en que el conductor bajó el vidrio sintieron un fuerte olor a marihuana, oportunidad en que la fiscalización vehicular dio paso a un control de identidad investigativo dado el indicio olfativo descrito.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo el haber efectuado un control vehicular, siendo irrelevante para tales efectos la presencia o no de vidrios polarizados o tintados, pues es la propia Ley 18.290 la que permite a los funcionarios policiales el control de los vehículos que circulan por la vía pública. En ese control vehicular que aparece el indicio que permite llevar a cabo un control de identidad a sus ocupantes, facultad autónoma amparada por el artículo 85 del Código Procesal Penal, por medio de la que se permite a los funcionarios policiales proceder al registro de las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona cuya identidad se controla, cuando según las circunstancias se estimare que se ha cometido un crimen, simple delito o falta o se dispusiere a su comisión, entre otras hipótesis, toda vez que, como ya se señaló circunstanciadamente en el fundamento que antecede, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales, percibiendo al momento en que el conductor baja su vidrio, un fuerte olor a marihuana que provenía de su interior, lo que permitió que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que se trasladaba por el acusado una sustancia prohibida.

Decimotercero: Que, por lo demás, el hedor de una sustancia, es un elemento objetivo tanto como cualquier otro rasgo definitorio e individualizador de un objeto que puede ser probado en juicio por cualquier medio de prueba pertinente, conforme a la libertad probatoria que consagra el artículo 295 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, puede formar parte de las circunstancias objetivas que constituyen un indicio habilitante para el control de identidad de una persona, situación que en estrado fue corroborado no solo por



los funcionarios policiales, sino que por el propio acusado y la testigo Camila Acevedo.

Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte en los pronunciamientos N°s 26.171-2018, de 5 de diciembre de 2018; 25-2019 de 12 de diciembre de 2019 y; 139.995-2020, de 02 de febrero de 2021, al declarar que el “fuerte olor a marihuana” percibido por los policías junto a otras circunstancias, puede constituir un cúmulo de ellas que, fundadamente, den lugar a un indicio de que el imputado había cometido un delito o se aprestaba a cometerlo.

Decimocuarto: Que, de este modo, y como reiteradamente se ha dicho, más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que la situación de autos ameritaba controlar la identidad de los imputados, lo relevante y capital aquí es que el fallo, da por ciertas las circunstancias que objetivamente y de manera plausible permitan construir un indicio de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de esa sospecha para llevar a cabo el control de identidad.

Lo anteriormente expuesto, lleva necesariamente a desestimar el arbitrio deducido en estos autos.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado Adolfo Ezequiel Valenzuela Verdejo, contra la sentencia de once de febrero de dos mil veintidós, dictada por el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y el juicio oral que le antecedió en la causa RUC 2.100.256.583-5, RUC 334-2021, los que, en consecuencia, **no son nulos**.



Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acoger el recurso por la primera causal invocada, y en consecuencia anular el juicio oral y la sentencia, disponiéndose la realización de un nuevo juicio ante tribunal inhabilitado, toda vez que en su entender la motivación de la inspección del vehículo se debió únicamente a la circunstancia de tratarse de un móvil equipado con ventanas oscuras, lo que importa que se actuó de tal modo porque los aprehensores estimaron que tal uso es propio de personas que trafican o intervienen en ésta y otra clase de delitos, convicción que les llevaría a reaccionar con su detención

Acordada, asimismo, con el voto en contra del Ministro señor Llanos, quien estuvo por acoger el recurso por la primera causal invocada, y en consecuencia anular el juicio oral y la sentencia, disponiéndose la realización de un nuevo juicio ante tribunal inhabilitado, teniendo para ello presente:

1º) Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte —en especial, con lo asentado en la sentencia rol N° 30.159-2020, cuyos fundamentos sirven de base al presente voto—, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces. Es así como los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen —entre otros casos- que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o



de que se dispusiere a cometerlo; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia;

2º) Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un estatuto no menos regulado —y sometido a control jurisdiccional— en lo referido a las medidas que afecten los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos;

3º) Que la sentencia impugnada estableció que *“...en el contexto del control vehicular referido, los Carabineros perciben un fuerte olor a marihuana que salía desde el interior del automóvil siendo este EL INDICIO que los motivó a proceder al registro del auto fiscalizado. (...) A juicio de estos adjudicadores, y atendido el tenor del artículo 85 del Código Procesal Penal, tal hecho, esto es, el fuerte olor a marihuana que salía desde el interior del auto, resultó en el caso sub iudice un indicio objetivo, claro, concreto y preciso de que el sujeto fiscalizado estaba cometiendo un crimen, simple delito o falta”*;

4º) Que una vez sentado lo anterior, conviene tener presente que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicar éstos un control de identidad sin que existiera indicio para ello —toda vez que el “olor a marihuana” no es un indicio que reúna las condiciones de ser objetivo y verificable, sino que es algo



meramente subjetivo y propio del funcionario policial—, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicara que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia;

5°) Que en este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del vehículo en que se movilizaba, consistió en la percepción de un “olor a marihuana” por parte de los funcionarios policiales. Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que el acusado se disponía a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito. En este orden de ideas, el indicio requerido por el artículo 85 del Código Procesal Penal debe poseer la fuerza y coherencia necesaria para sustituir a la pluralidad de indicios exigidos con anterioridad, por la ley. Por lo anterior es que, en parecer de este Ministro, el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales en el caso de marras se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya citada, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial;

6°) Que, conforme lo antes expuesto, la conclusión a la que arribaron los juzgadores de la instancia, no resulta aceptable para este disidente, ya que se ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido



proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración; teniendo presente que en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el *“juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”*;

7°) Que, por otra parte, de los hechos asentados tampoco se advierte ninguna de las restantes hipótesis que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no existen elementos distintos de aquellos que habrían apreciado los aprehensores, que habilitaran para efectuar un control de identidad, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos. En efecto, aun cuando hubiesen efectuado un control vehicular y en su desarrollo hubiesen constatado la existencia de una falta a la ley del tránsito —cuestión que, con todo, se descarta en el fallo atacado—, la existencia de dicha falta, al no ser de carácter penal (como la que refiere el artículo 85 del Código Procesal del Ramo) tampoco sería constitutiva de la hipótesis que prevé la norma en comento;

8°) Que, además, las consideraciones previas permiten concluir que no resulta posible siquiera sostener una hipótesis de aquellas contempladas en el artículo 130 del Código Procesal Penal que habilite el personal policial para practicar el registro realizado, de manera que ante la ausencia de indicios



cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente, previa comunicación de lo obrado al encargado de dirigir las pesquisas para el examen de mérito pertinente, otorgando debida satisfacción al imperativo consagrado en la Constitución Política de la República y la ley de perseguir los delitos y de resguardar los derechos de los ciudadanos;

9°) Que, en consecuencia, por no haber constatado indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquella se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de aquél resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio. En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación;

10°) Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia



supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, debe —a juicio de quien disiente— retrotraerse la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm, y de las disidencias, sus autores.

N° 6.439-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Sra. María Teresa Letelier R. No firma el Ministro Sr. Llanos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.



En Santiago, a uno de julio de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

