

Santiago, ocho de julio de dos mil veintidós.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, por sentencia de doce de noviembre de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 2.100.044.918-8, RIT 103-2021, condenó a Luis Rodrigo Pérez Cortés, en calidad de autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, cometido el 15 de enero de 2021 en la comuna de Papudo, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y multa de diez unidades tributarias mensuales. Asimismo, se le condenó como autor del delito consumado de porte ilegal de arma de fuego, cometido en la misma fecha y lugar, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena.

En contra de dicho fallo, la defensa del acusado dedujo recurso de nulidad, el cual fue conocido en la audiencia pública de veinte 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 propuesto se sustenta en la causal de invalidación prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal. Explica que la defensa cuestionó la legalidad del procedimiento estimando que, en el caso concreto, no existían circunstancias objetivas, serias y verosímiles que permitieran la aplicación del artículo 85 del Código Procesal Penal.



Agrega que, como consecuencia de lo anterior, se violentó el derecho del acusado a un procedimiento justo y racional contemplado en el artículo 19, N° 3, inciso 5° de la Constitución Política de la República. En razón de lo anterior, se solicitó que la prueba de cargo fuese valorada negativamente, al haber sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

En su concepto, aparece de manifiesto que los funcionarios policiales procedieron a la realización del control de identidad, motivados por las circunstancias de haber observado que el imputado no detuvo la marcha en primera instancia, y haber percibido un olor característico a marihuana. En relación a lo anterior, la primera circunstancia considerada como indicio por el tribunal, fue el hecho que Carabineros observara que el acusado no detuvo la marcha en primera instancia cuando se le indicó. Afirma que, sobre este punto, esta Corte ha resuelto que, la mera infracción a la Ley de Tránsito, no corresponde a un indicio de aquellos que trata el artículo 85 del código adjetivo. La segunda circunstancia está configurada por el olor a marihuana percibido por los funcionarios policiales. Finalmente, tampoco puede constituir un indicio objetivo, la suma de las circunstancias tenidas a la vista y cuestionadas en este arbitrio, lo anterior, por cuanto, la concurrencia de ambos elementos, no permiten objetivamente entender que el acusado, intentaba o se disponía a cometer un delito de tráfico de drogas, por lo que solicita anular el juicio y la sentencia impugnada, excluyendo toda la prueba de cargo por ser esta ilícita y se ordene se realice un nuevo juicio oral.

Segundo: Que, la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado que, *“...el día 15 de enero de 2021 aproximadamente a las 05:40 horas, Luis Rodrigo Pérez Cortés, fue sorprendido por funcionarios de carabineros, conduciendo el vehículo marca Suzuki, modelo SX4, placa patente única FLGV-11, por la Ruta 5 Norte, a la altura del kilómetro 150, de la comuna de*



Papudo, en dirección al sur, transportando 18 kilos 327,7 gramos netos de sumidades floridas de cannabis sativa, la que llevaba en los asientos posteriores, en tres paquetes al interior de un bolso y un saco. Además, en el bolso mantenía un banano en cuyo interior portaba una pistola, marca Astra, modelo A-100, número de serie Z-2509, con su cargador y tres cartuchos de 9 milímetros, sin tener permiso para ello”.

Estos hechos fueron calificados por el tribunal como constitutivos de del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en los artículos 1º y 3º de la Ley 20.000; y, el delito consumado de porte ilegal de arma de fuego, descrito y sancionado en el artículo 9º, en relación con el artículo 2º, letra b) de la Ley 17.798 sobre Control de Armas.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso de nulidad, el fallo señaló en la motivación decimotercera que, *“...la defensa del acusado, cuestionó la existencia del olor a cannabis sativa, pues según la prueba la droga venía envuelta en papel alusa, forma usada para que no expela olor, por lo que este primer hecho contradice la percepción del policía que dice que percibe el olor, el acusado negó eso, dijo que no salía olor a cannabis sativa, además venía adentro de una mochila, porque se cuestiona que se hubiera percibido el olor y no se corroboró por otro medio de prueba, sino solo su percepción, en el evento que el tribunal estime que el policía pudo percibirlo; para el caso de que se estableciera que se pudo percibir el olor pidió la ilegalidad porque el olor no constituye una circunstancia objetiva seria y verosímil, en los términos que exige el artículo 85 del Código Procesal Penal, según la jurisprudencia reciente de la Excma. Corte Suprema que ha considerado que el olor a marihuana no constituye un indicio, sumado al segundo indicio, que la policía dijo que declaró que llevaba la sustancia violenta el artículo 7 del Código Procesal Penal, porque no necesita estar detenido*



para que se les lean los derechos, sino que desde la primera actuación dirigida en su contra, le nace el derecho a guardar silencio, según el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal, se ha vulnerado el artículo 91, sólo puede la policía preguntar por la individualización del sujeto, violando la norma construye un indicio infringiendo el derecho a no auto incriminarse, al no existir circunstancias objetivas, serias y verosímiles que permitieran el uso del artículo 85 del Código Procesal Penal, se violenta el derecho a un procedimiento justo y racional contemplado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Al respecto, el Tribunal descartó los planteamientos de la defensa, puesto que, de acuerdo a la prueba rendida, corroborada por los dichos del propio encartado, la dinámica de los hechos fue diferente a como lo indica el defensor, pues el primer indicio que alertó a los funcionarios policiales de que eventualmente podían estar ante la comisión de un delito fue la evasión del control policial por parte de Pérez Cortés, circunstancia objetiva, seria y verosímil, que llevó al inicio de la persecución en el radio patrulla, que luego desencadenó en el hallazgo, y que por sí mismo habilitaba para un control investigativo, más con la justificación entregada por el acusado. En efecto, el testigo Palma señaló que ‘Bustos le realiza las señales de detención, como hacían controles de tránsito lo hacían en el radio patrulla, con balizas encendidas, utilizaban chalecos reflectantes, guantes reflectantes o mangas, un morral luminoso que va en el hombro, una linterna, se para de frente al vehículo (...) pero el conductor no se detiene, hace caso omiso, sigue su marcha, Bustos decide hacer un seguimiento...’, precisando que ‘se para de frente al vehículo en la ruta, levanta una mano y con la otra señaliza con la linterna hacia el costado para que el vehículo se detenga’, sin embargo no lo hizo, evasión del control que fue confirmada por el propio acusado, quien dijo que ‘en el control carretero percibe



que está el auto policial con las balizas prendidas, él se cambió a la pista izquierda y pasó directamente (...) pasó hacia Santiago como a 5 o 6 kilómetros se dio cuenta que el vehículo policial iba detrás del vehículo en que él iba...?'

Así las cosas, a juicio de estos sentenciadores, mediando un primer indicio de carácter objetivo, sumado al olor característico a marihuana percibido por los funcionarios aprehensores, lo cual lo torna en una circunstancia intersubjetiva y en consecuencia objetivable, a ser éste captado por los sentidos de más de una persona, éstos se encontraban facultados para proceder de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, ello por cuanto el Tribunal descartó el planteamiento de la defensa relativo a que por el hecho que la sustancia ilícita estuviera envuelta en papel alusa no fuera posible percibir por parte de los funcionarios policiales el olor al que se refirieron y que el acusado dijo que no lo había sentido, ya que por una parte ha de tenerse en cuenta que aunque los paquetes estaban además en el interior de un bolso y de un saco respectivamente, se trataba de tres paquetes de gran tamaño, asimilables a dos o tres balones de fútbol según dijo Palma Olgún y que pudimos ver en la imagen 12 del primer set incorporado, con lo que, considerando que los paquetes estaban en la cabina del vehículo, es altamente plausible que hubiera expelido olor desde el interior del vehículo aroma de la hierba en cuestión que, según las máximas de la experiencia, sea que se esté quemando o no, es de tal intensidad tan característico que no resulta extraño que hubiere sido percibido por los funcionarios policiales en esa instancia, considerando la experiencia derivada de los numerosos procedimientos por drogas en que han participado, según explicó el testigo.

Finalmente, respecto a la pregunta planteada por el Sargento Bustos al encartado relativo al origen del olor, aunque claramente escapa a la mera



individualización del sujeto fiscalizado, en parecer de estos magistrados, no puede ser considerada como la construcción de un indicio como indicó la defensa, puesto que los indicios de estar ante la posibilidad de comisión de un delito ya existían —la huida y el olor—, con lo que tal aseveración fue descartada, siendo además desestimado que dicha pregunta pueda considerarse como vulneradora de la garantía del debido proceso, ya que no revistió el carácter de un interrogatorio que afectara los derechos del encartado y como el mismo dijo, fue la único que recordaba que le preguntaron y que en ese momento no revestía aun calidad de imputado, considerado además que el procedimiento del artículo 85 del Código Procesal Penal en apreciación de estos jueces ya estaba más que justificado, por lo cual, la respuesta que entregó, solo vino a sumarse a los indicios que ya existían”.

Tercero: 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.



Cuarto: 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.

Quinto: 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.

Sexto: 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 9.167-2017, de 27 de abril de 2017; 20.286-18, de 1 de octubre de 2018; 28.126-2018, de 13 de diciembre de 2018; 13.881-2019, de 25 de julio de 2019; 2.895-2020, de 4 de marzo de 2020; y, 57.985-2021, de 26 de abril de 2022).

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.

Séptimo: 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.

Octavo: 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.

Noveno: Que, resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, en su motivo noveno, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en que el día 15 de enero de 2021, alrededor de las 05:40 horas, sorprendieron al acusado transportando 18.327,7 gramos netos de sumidades floridas de cannabis sativa, alcaloide que se situaba en los asientos posteriores del vehículo, en tres paquetes al interior de un bolso y un saco. Además, en el bolso mantenía un banano en cuyo interior portaba una pistola, marca Astra, modelo A-100, número de serie Z-2509, con su cargador y tres cartuchos de 9 milímetros, sin tener permiso para ello.

Décimo: 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 —en tanto el no detener el vehículo, en concepto de la defensa, no habilitaba para un control —, 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.

Undécimo: Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe señalar que, conforme expusiera el funcionario policial que participó del procedimiento llevado a cabo el día 15 de enero de 2021, a las 05:40 horas, mientras se realizaba un control vehicular en la Ruta 5 Norte, en dirección al sur, a la altura del kilómetro 156, el acusado no detuvo la marcha del vehículo en el que se desplazaba, pese al requerimiento policial. Ante tal evasión, funcionarios policiales logran darle alcance a la altura del kilómetro 150, siendo



fiscalizado, exhibiendo la documentación respectiva, oportunidad en la cual fue percibido el olor a marihuana desde el interior del móvil.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo que, al constatar el aprehensor que el acusado no detuvo la marcha del vehículo — estando obligado a hacerlo—, se le da alcance a varios kilómetros del lugar y se le realiza un control de identidad a su ocupante —dado el primer indicio relativo a la evasión del control policial— 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, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales, al requerirle los documentos necesarios para la circulación del vehículo y que habilitan a su ocupante a su conducción, percibiendo 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.

De lo expuesto, resulta evidente que el “olor a marihuana” no fue el único indicio que tuvieron en vista los agentes policiales para presumir que el imputado había cometido un delito o se aprestaba a cometerlo, sino que además se advierte que, previo a ello, el acusado evadió la conminación a detener la marcha, a la cual estaba obligado por disposición de la Ley 18.290.

Duodécimo: Que, por lo demás, y al contrario de lo argüido por el recurso, 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.

Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte (entre otras, en SCS N°s 26.171-2018, de 5 de diciembre de 2018; 25-2019, de 12 de diciembre de 2019; y, 139.995-2020, de 2 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.

Decimotercero: Que, de este modo, y como reiteradamente se ha dicho, más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación del funcionario policial de que la situación de autos ameritaba controlar la identidad del imputado, lo relevante y capital aquí es que el fallo, da por ciertas las circunstancias que objetivamente y de manera plausible permitían 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 Luis Rodrigo Pérez Cortés, contra la sentencia de doce de noviembre de dos mil veintiuno, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota y el juicio oral que le antecedió en la causa RUC 2.100.044.918-8, RUC 103-2021, los que, en consecuencia, **no son nulos**.



Se previene que el Ministro señor Llanos concurre al rechazo del recurso de nulidad, pero no comparte el párrafo primero del considerando duodécimo del presente fallo de nulidad; y tiene, en su lugar, presente:

1º) Que en el presente caso, y como ha quedado más arriba dicho, la defensa del acusado sostuvo que se infringió la garantía constitucional del debido proceso, configurándose la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por estimar que al efectuarse el control de identidad en virtud del cual la policía registró su vehículo e incautó la droga antes referida, tal actuación se efectuó sin contar con un indicio que autorizara para ello, toda vez que el haber percibido olor a marihuana que emanaba del automóvil no tiene la naturaleza de tal, por ser una apreciación de carácter subjetivo;

2º) Que si bien el previniente comparte la afirmación de que la percepción de un “olor a marihuana” por parte de los funcionarios policiales tiene un carácter eminentemente subjetivo y de ella no puede desprenderse, por sí sola, algún indicio de que el encausado se disponía a cometer un delito, en la especie dicho antecedente, aunque pudiese estar revestido de subjetividad, debe analizarse en el contexto en que la actuación impugnada se produjo, y en el cuál concurren otras circunstancias que, unidas a la aludida percepción policial, son suficientes para configurar el indicio que exige la norma en cuestión;

3º) Que, en efecto, es un hecho indubitado que al intentar controlar el vehículo en que se desplazaba el encausado, este no solo no cesó su marcha, sino que avanzó seis kilómetros hasta que finalmente se detuvo ante la persecución policial. Tal circunstancia revela que, dada la hora en que se produjeron los hechos —las 05:40 de la madrugada—, podía racionalmente suponerse por los policías que la intención del conductor era eludir el control de aquellos por la posible comisión de un ilícito penal; circunstancia objetiva que tiene



la entidad suficiente para efectuar el control de identidad a que fue sometido en imputado y al registro de su vehículo.

Luego, el proceder policial se ajustó a la legalidad, no produciéndose la vulneración al derecho constitucional que invoca la defensa del sentenciado.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm, y de la prevención, por su autor.

N° 90.913-2021.

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.



QMZXXPXZRG

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

