

Santiago, catorce de octubre de dos mil veintidós.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de veinticinco de julio de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 2.100.795.172-5, RIT 217-2022, condenó a Maximiliano Exequiel Guajardo Valdebenito y a Byron Enrique Gallardo Saavedra, como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes en su modalidad de pequeñas cantidades, en grado de consumado, sorprendido en Avenida Eduardo Frei esquina calle El Maitén, Miraflores Alto, Viña del Mar, el 1º de septiembre de 2021, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, accesorias legales, y al pago de una multa de diez unidades tributarias mensuales, equivalente en moneda nacional, a la fecha de su pago, para cada uno de ellos. Se dispuso el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad para Guajardo Valdebenito, en tanto que a Gallardo Saavedra se le sustituyó por la de reclusión parcial nocturna, por el mismo lapso de la condena.

En contra de dicho fallo, la Defensoría Penal Pública, en favor de los sentenciados, recurrió de nulidad, arbitrio que fue conocido en la audiencia pública de veintiséis de septiembre 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, de manera principal, en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, denunciando que en este proceso se ha conculcado, en su esencia, el derecho a un procedimiento racional y justo. Argumenta que se ha infringido el derecho a un debido proceso, consagrado en el inciso sexto, del numeral 3º, del artículo 19 de la Carta Fundamental; además, las normas que cautelan el derecho a la libertad ambulatoria y a la intimidad, toda vez que se efectuó un control de identidad y registro del acusado, sin que existiera indicio que lo permitiera, obteniendo así evidencias incriminatorias en su contra.



Agrega que, si bien en el hecho acreditado los jueces establecen y señalan una maniobra evasiva por parte de los acusados al ver a la policía en su vehículo, la verdad es que los jueces en ninguna parte de su razonamiento o fundamentación establecen que haya existido tal maniobra. Afirma que el tribunal del grado dio como cierto que los acusados fueron sorprendidos portando marihuana y cocaína clorhidrato, mientras transitaban en un automóvil, sin señalar al analizar la prueba, que lo descrito en juicio fue o no una maniobra evasiva efectuada por los acusados al advertir la presencia policial.

Expone que, el único indicio para fundar el control vehicular obedeció a la supuesta maniobra evasiva, no pronunciándose sobre la forma a través de la cual la tuvieron como acreditada. Afirma que resulta una incógnita respecto del olor a marihuana, puesto que se trata de un olor que solo se percibe y se mantiene en un entorno cerrado —como en el caso de un vehículo— solo por 12 horas, o 24 horas, o más claro, solo dentro de los límites temporales establecidos en el citado artículo 130 del código adjetivo, cuestionando que el mismo se hubiese verificado, puesto que se necesita de la declaración o dictamen de un perito que permita afirmar que el referido olor podría permanecer durante días.

Expresa que el actuar policial no se ajustó a los requerimientos del artículo 85 del Código Procesal Penal, norma que está destinada precisamente a proteger el derecho a la intimidad y a la libertad ambulatoria, dado que el control de identidad se funda en el olor a marihuana, un hecho subjetivo e inprobable, lo que revela un atropello a las normas legales que orientan el proceder policial, como asimismo, a las garantías y derechos consagrados en el artículo 19, N°s 3° de la Carta Fundamental (debido proceso); 4° (derecho a la intimidad); y, 7° (derecho a la libertad ambulatoria) que el código político reconoce y garantiza.

Por lo anterior, pide anular el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral por tribunal no inhabilitado al efecto, excluyéndose del auto de apertura la prueba que precisa.



Segundo: Que, de manera subsidiaria, el recurso se funda en el motivo absoluto de nulidad establecido en el artículo 374, letra e) en relación a su vez con lo prescrito en los artículos 342, letra c) y 297 ambos del Código Procesal Penal.

Expone que la sentencia infringe el principio de razón suficiente, en los términos que precisa, agregando que la impugnación fáctico-jurídica al fallo, consiste en la insuficiencia probatoria para acreditar uno de las circunstancias esenciales que es la participación y, por ende, la determinación concreta y precisa de aquellas conductas imputadas en un espacio de tiempo determinado. Afirma que la sentencia no logra, con los fundamentos que expone, dar razones suficientes que permitan explicar la participación de los acusados en los hechos probados. Sobre este particular, hace presente que el tribunal, en el fallo, infringe el principio de razón suficiente, esto pues la sentencia no solo tiene que ser fundada sino que, además, debe ser en primer lugar, bien fundada, tanto desde un punto de vista formal como desde el punto de vista lógico, esto es, que se muestre el itinerario del razonamiento para que se pueda controlar (por las partes o por el juez superior) si este ha sido correcto y si se han observado las leyes del pensar, de acuerdo a las reglas fundamentales de la lógica.

En su concepto, resulta evidente que el tribunal *a quo* ha valorado la prueba producida en la audiencia de forma contraria a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tal como se señaló precedentemente, por lo que pide invalidar la sentencia y el juicio que le precedió, ordenando un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

Tercero: Que, como segunda causal subsidiaria, el arbitrio recursivo invoca aquella establecida en el literal b), del artículo 373 del Código Procesal Penal. Agrega que los sentenciadores no se pronunciaron sobre lo argumentado, en el sentido que, para ponderar los elementos de convicción y, finalmente desechar la propuesta de consumo personal y próximo en el tiempo, señalaron que por las circunstancias en que fue sorprendida la droga, las cantidades y dosificación de la misma, permite concluir que ella no estaba destinada al uso o consumo personal,



exclusivo o próximo en el tiempo. Es decir, los sentenciadores del fondo utilizaron criterios alejados de los que establece el legislador, lo que redundó en una errónea aplicación del derecho.

A lo anterior se suma el hecho que los propios sentenciadores establecieron la calidad de consumidores de los acusados al señalar en el considerando decimoséptimo que, se estableció la calidad de consumidores de cocaína de los acusados, al menos a la fecha de la toma de la muestra.

Sostiene que, al haberse aplicado en forma errada el derecho se ha causado a los acusados un gravamen solo subsanable mediante la anulación de la resolución recurrida ya que los sentenciadores han calificado erróneamente los hechos toda vez que debió absolverseles o en subsidio recalificarse a la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, por lo que pide invalidar la sentencia y dictar sentencia de reemplazo que los absuelva o, en subsidio que los castigue únicamente por la falta del artículo 50 de la Ley 20.000.

Cuarto: Que, la sentencia impugnada, en su motivo séptimo, tuvo por acreditado que, *“...el 01 de septiembre de 2021, alrededor de las 15:50 horas, en Avenida Eduardo Frei esquina calle El Maitén, Miraflores Alto, Viña del Mar, funcionarios de Carabineros efectuaban patrullajes preventivos, observando que el conductor de un automóvil marca Chevrolet, modelo Corsa, efectuó una maniobra evasiva al ver la presencia policial, por lo cual el personal policial se aproximó al referido vehículo, percibiendo que, desde el interior, emanaba un fuerte olor a marihuana. Ante ello, se efectuó un control de identidad, estableciendo que en el asiento del conductor viajaba el acusado Byron Enrique Gallardo Saavedra, quien guardaba en la puerta de su costado, con fines de venta o transferencia a terceros, veintitrés bolsas contenedoras de 28,2 gramos netos de marihuana y que, en el asiento del acompañante, permanecía el acusado Maximiliano Guajardo Valdebenito, quien mantenía cruzado en su pecho un bolso tipo banano en el que guardaba, con fines de venta o transferencia a terceros, quince bolsas plásticas transparentes contenedoras de 20,2 gramos netos de una*



sustancia que resultó corresponder a clorhidrato de cocaína, lidocaína y cafeína, además de una bolsa plástica color negro contenedora de 42,3 gramos netos de una sustancia que resultó corresponder a clorhidrato de cocaína, lidocaína y cafeína. Finalmente, en el mismo bolso que portaba Guajardo Valdebenito, éste mantenía la cantidad de \$27.000.-, producto de la venta de droga”.

Lo anterior fue calificado por los sentenciadores como constitutivo del delito de Tráfico ilícito de estupefacientes, en su modalidad de pequeñas cantidades, cometido en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4°, 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 decimoséptima que, “...la Defensa solicitó la absolución de los acusados, se basa, en primer lugar, en que el procedimiento se habría realizado con infracción de garantías y por ello la prueba no debía ser valorada.

Respecto de la infracción de garantías, la Defensa las hace recaer en que los funcionarios procedieron a la fiscalización del vehículo sin motivo y que el indicio indicado por los agentes policiales, el olor a marihuana, no sería un indicio que los habilitara para actuar conforme lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Al respecto, estos jueces estimaron que los funcionarios policiales, se ajustaron precisamente a las normas que lo autorizan para actuar en la comprobación de la comisión de algún ilícito, se arribó a la conclusión anterior, luego de haber analizado la prueba rendida, especialmente los dichos de los funcionarios de Carabineros que participaron en el procedimiento, quienes fueron claros en señalar, que se encontraban realizando un patrullaje preventivo, por Avenida Eduardo Frei, Miraflores Alto Viña del Mar, y en esas circunstancias observaron un automóvil Chevrolet Corsa, que transitaba en sentido contrario y que realizó, lo que ellos estimaron, era una maniobra para tratar de evadirlo, cambiando de pista, razón por la que procedieron a interceptar y fiscalizar el vehículo, percatándose de un fuerte olor a marihuana, por lo que procedieron a



realizar, con ese indicio, un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, procediendo a revisar el vehículo y a sus ocupantes, encontrando la droga materia de esta sentencia.

Por lo anterior la actividad desarrollada por los funcionarios policiales, se encontraba amparada en las normas establecidas en la Ley de Tránsito, así el artículo 4º establece que Carabineros de Chile y los Inspectores Fiscales y Municipales serán los encargados de supervigilar el cumplimiento de las disposiciones a que se refiere la presente ley, sus reglamentos y las de transporte y tránsito terrestre que dicte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones o las Municipalidades, debiendo denunciar, al Juzgado que corresponda, las infracciones o contravenciones que se cometan.

Además, se debe tener presente, además, que las policías, tanto Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en relación a hechos de carácter ilícito, realizan labores de prevención de la comisión de delitos, al ser garantes del orden público y la seguridad pública interior, además de ser organismos auxiliares del Ministerio Público en la investigación de ilícitos, y en ese sentido, como lo ha sostenido la Excelentísima Corte Suprema, el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación, dentro de las cuales se encuentran por ejemplo el control de identidad y la detención por flagrancia.

Es por ello, que la actividad de buscar indicios de la posible comisión de delitos, realizando por ejemplo vigilancias en ciertos sectores o controles vehiculares aleatorios, no puede estimarse que atente en contra del debido proceso, toda vez que se trata de pesquisar la posible comisión de ilícitos, como ocurrió en este caso, en que los funcionarios policiales, al controlar al conductor del vehículo, pudieron establecer la existencia de olor a marihuana, y en base a dicho indicio, proceder a realizar un control de identidad.



Estos jueces estimaron que los funcionarios policiales, se ajustaron precisamente a las normas que los autorizan para actuar autónomamente, esto es, primero, sobre la posibilidad de estarse cometiendo un ilícito, en este caso, el porte de droga, debido al olor a marihuana que emanaba del interior del vehículo, por lo que claramente nos encontramos en las circunstancias señaladas en el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, la Defensa cuestiona la objetividad del indicio, esto es, el fuerte olor a marihuana, que fue interpretado por los funcionarios policiales como un posible porte de droga, lo que a juicio de estos jueces constituye un antecedente objetivo, sobre la posibilidad de porte o transporte de droga, por lo que constituye el indicio que autoriza a actuar a la policía, amparados en el artículo 85 del Código Procesal Penal, que permitía presumir que se estaba ante un posible acto ilícito.

Se debe tener presente, que el procedimiento no nace a propósito de una flagrancia que permitiera una detención inmediata, sino de una situación que podía tener los ribetes de un acto ilícito, por el olor a marihuana que sintieron los funcionarios de Carabineros, situación que necesitaba ser confirmada y por ello se requería actuar conforme lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, para luego proceder a la detención, al haber comprobado el tipo de sustancia que portaban los acusados...

...Por otra parte, se debe tener presente, que la situación fue percibida por los tres funcionarios policiales, de los cuales dos declararon en el juicio-, y son esas circunstancias las que permiten realizar un análisis de la situación y del lugar, para concluir que los fiscalizados podían portar alguna sustancia prohibida, lo que se confirmó luego de realizar el control de identidad, al realizar un registro del vehículo y del banano que portaba el copiloto, y que se trataba de cannabis sativa y cocaína clorhidrato al 14n y 11% de pureza.

Por las razones anteriores, a este Tribunal no se le generó duda en cuanto a que los funcionarios policiales actuaron amparados por las normas legales



vigentes, razón por la que sólo cabía desechar las alegaciones de la Defensa, en este sentido.

En relación a la falta de informe de pureza de la marihuana, planteada por la Defensa, se debe indicar que las figuras típicas previstas en la Ley 20.000 —y entre ellas aquella establecida en el artículo 3° y 4°— se ven complementadas y deben ser analizadas a la luz de las disposiciones del Reglamento respectivo, el que califica a la cannabis como sustancia o droga estupefaciente o sicotrópica, capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, en sintonía con las convenciones Internacionales vigente sobre la materia, a las cuales Chile ha adscrito. Tales cuerpos normativos —incluido el Reglamento y la Ley 20.000— en parte alguna señalan o exigen concentraciones mínimas —de la sustancia prohibida— para los efectos del castigo de la conducta que se perpetrare; por lo tanto, sólo basta para ese fin, que se determine la naturaleza del elemento y que el mismo esté incluido en el catálogo o listado de sustancias prohibidas o controladas que contiene la norma reglamentaria en referencia. Teniendo ello presente, la interpretación que se realice de las exigencias analíticas del artículo 43, no puede llegar al extremo de considerar que la omisión del señalamiento del porcentaje de pureza de una sustancia que sí es cannabis porque así lo arrojan los resultados de las pruebas periciales efectuadas, deje desprovisto de la calidad de sustancia estupefaciente a aquella detectada en la muestra que se revisa o la torne inocua...”.

Quinto: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por la causal de invalidación propuesta —a título principal— en 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.

Sexto: 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.

Séptimo: 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.

Octavo: 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.



Noveno: 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.

Décimo: 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.

Undécimo: Que, resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, como ya se expresó *ut supra*, en su motivo séptimo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en que, luego que el vehículo en el cual se desplazaban los acusados hiciera una maniobra evasiva al advertir la presencia policial, fueron controlados por los citados efectivos, quienes percibieron desde el interior del vehículo un fuerte olor a marihuana. Lo anterior permitió efectuar el registro del vehículo, oportunidad en la cual se produce el hallazgo de las diversas sustancias estupefacientes que hasta ese momento mantenían los acusados. Entonces, dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización por parte de funcionarios policiales, de acuerdo al mérito de los antecedentes, oportunidad en la cual el 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.

Duodécimo: Que en la especie, la defensa de los encartados ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicarse un control de identidad a sus representados sin que existiera indicio para ello, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, vulnerando las garantías constitucionales que precisa, 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.

Decimotercero: Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe señalar que, conforme fue expuesto de manera categórica por el testigo Nicolás Andrés Mondaca Soto, que participó en el procedimiento policial que finalizó con la detención de los acusados el 1º de septiembre de 2021, manifestando que el vehículo en el cual transitaban, al percatarse de la presencia policial, realizó una maniobra evasiva —consistente en el cambio de pista—, procediendo a realizar un control policial y desde el interior del móvil salió un



fuerte olor a marihuana que motivó el control de identidad de acuerdo al artículo 85 del código adjetivo, testimonio que fue refrendado por los asertos del testigo Alexis David Villagra Gómez.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo el haber efectuado un control vehicular, pues es la propia Ley 18.290 la que permite a los funcionarios policiales el control de los vehículos que se encuentran en la vía pública. En ese control vehicular aparece el indicio que permite llevar a cabo un control de identidad a su ocupante, 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 del vehículo en que circulaban los controlados, cuando según las circunstancias se estimare que se han 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 de acercarse, un fuerte olor a marihuana que provenía de su interior, lo que permitió que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que se trasladaba por los acusados una sustancia prohibida.

Decimocuarto: 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.

Decimoquinto: 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 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 por la causal principal.

Decimosexto: Que, en lo concerniente a la primera causal subsidiaria de nulidad, el recurrente expresa que se vulneró el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342, letra c) y al 297, ambos del mismo Cuerpo Legal, pero en verdad los hechos de la causa aparecen cabalmente establecidos en el fallo de instancia, mediante un razonamiento perfectamente ajustado a las reglas de la lógica y, en general, a todos los parámetros de la sana crítica. En efecto, ante todo se reclama de una infracción al principio de la razón suficiente en la ponderación de los elementos de convicción expresados por los sentenciadores del fondo para la determinación de los hechos y la participación de sus defendidos.

Contrario a lo argumentado por la defensa de los sentenciados, la motivación novena del fallo en revisión, que contiene la ponderación de los elementos de cargo incorporado por el ente persecutor, se aprecia del todo completa y coherente, no advirtiéndose las falencias propugnadas por el articulista por cuanto de logra dar razón circunstanciada de las conclusiones a las que arriba el tribunal, dentro de los parámetros que imponer la ponderación de acuerdo a las



reglas de la sana crítica dispuesta por el legislador en el artículo 297 del código adjetivo.

Decimoséptimo: Que, conviene precisar que la razón suficiente no debe confundirse con la subjetiva opinión sobre la suficiencia de la prueba; el principio aludido dice relación con el razonamiento, no con la prueba en sí, y lo que dispone es que una conclusión no puede surgir sin una premisa de la que sea coherente que se siga. Es decir, la infracción al principio de razón suficiente se comete cuando aparecen afirmaciones que se autoimponen, como en una petición de principio. En la especie, no hay tal cosa. La conclusión de la autoría que se atribuye a los acusados descansa en pruebas analizadas mediante un razonamiento lógicamente correcto, soportado por premisas reales, no advirtiéndose en el encadenamiento de los hechos —regulados por el tribunal— ningún salto lógico, ninguna petición de principio, ninguna afirmación sin base en la prueba, ninguna incoherencia que pueda justificar el reclamo de haberse faltado al principio de razón suficiente, lo que basta para desechar, también, este segundo capítulo del recurso de marras.

Decimoctavo: Que, finalmente, corresponde analizar la segunda casual de invalidación propuesta a título subsidiario. En relación a la pretendida recalificación de la conducta desplegada por los acusados a aquella contenida en el artículo 50 de la Ley 20.000, los sentenciadores concluyeron en la motivación decimoséptima que, *“si bien se estableció la calidad de consumidores de cocaína de los acusados, al menos a la fecha de la toma de la muestra, lo cierto es que la condición de consumidor no excluye la posibilidad de realizar acciones de tráfico, justamente para proveerse de recursos para mantener el consumo, llamado la atención que el acusado Maximiliano Guajardo Valdebenito, señaló en audiencia no desarrollar ningún tipo de actividad u oficio y que según el informe social ganaría alrededor de cuatrocientos mil pesos, lo cierto es que portaba 62,5 gramos netos de cocaína clorhidrato, que según el propio informe social tendría un valor de según el Boletín de SENDA el gramo de cocaína va entre 5000 a 8000*



pesos, por lo que el valor de la droga que portaba en el banano iba de \$312.500 a \$500.000.

Asimismo, la cantidad de cannabis sativa 28,2 gramos, unido a los 62,5 gramos neto de cocaína clorhidrato, claramente exceden lo que es un consumo personal y próximo en el tiempo, además, los acusados nada expresaron sobre el consumo, ya que guardaron silencio y la versión de que dicha droga estaba destinada al consumo de éstos, solo surge de las alegaciones del Defensor”.

Decimonoveno: Que, entonces, el error de derecho denunciado por la recurrente no es tal, puesto que el tribunal concluyó que la circunstancia que los acusados sean consumidores de cocaína, el volumen del dicho alcaloide incautado y su avalúo impidió acoger la teoría del caso, máxime si además fue incautada una sustancia que no forma parte aquellas sustancias cuyo consumo fue acreditado, de forma tal que aun cuando se pudiese considerar que el clorhidrato de cocaína incautado pudiese estar destinado al consumo personal y próximo en el tiempo —situación que quedó descartada—, ello no logra incidir en la calificación de los hechos dada la incautación de cannabis sativa en un volumen que se ajusta a lo que, jurisprudencialmente, se ha asentado como constitutivo del delito de tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades, de forma tal que la causal en estudio tampoco podrá prosperar

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 Defensoría Penal Pública en favor de los sentenciados Maximiliano Exequiel Guajardo Valdebenito y Byron Enrique Gallardo Saavedra, contra la sentencia de veinticinco de julio de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar y el juicio oral que le antecedió en la causa RUC 2.100.795.172-5, RUC 217-2022, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Llanos, quienes estuvieron por acoger el recurso por la causal invocada de manera principal y, en consecuencia, anular el juicio oral y la sentencia, disponiéndose la



realización de un nuevo juicio ante tribunal inhabilitado, teniendo para ello presente:

1.- Que, el recurrente de nulidad ha alegado una vulneración de tres derechos fundamentales: al debido proceso, a la intimidad y a la libertad personal, consagrados respectivamente en los artículos 19 N°s 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que obliga a pronunciarse sobre todos ellos.

2.- Que, de los fundamentos de la alegación del recurrente se desprende claramente que lo común a los tres derechos invocados es la ausencia de motivación racional y objetiva en la actuación del policía al controlar y detener a los sentenciados y registrar el vehículo en el cual circulaban. Tal carencia habría provocado una vulneración en la intimidad de los acusados, una restricción igualmente arbitraria de su derecho a la libertad personal, lo que habría conducido a una condena impuesta a través de un procedimiento viciado, que no respetó el derecho a uno justo y racional.

3.- Que, para analizar el mérito de tales argumentaciones se debe tener presente la motivación decimoséptima del fallo impugnado, detallada en el cuarto tercero del acuerdo de mayoría. De éste se desprenden tres conclusiones lógicas:

La primera, que el policía realizó en primer término un control vehicular que durante su realización mutó a un control de identidad; y que a partir de este último procedió al registro vehicular que derivó en la pesquisa de la droga y en la consecuente detención por flagrancia.

La segunda, que para fundar el control vehicular el tribunal tuvo por acreditadas las siguientes circunstancias: a) Que el policía estimó que el control vehicular se encontraba habilitado por el artículo 85 del Código Procesal Penal; b) Que para arribar a aquella estimación el policía tuvo en consideración: “una maniobra para tratar de evadirlo, cambiando de pista”; oportunidad en que deciden interceptar y fiscalizar el vehículo y, luego, para fundar el control de identidad que habilitó el registro vehicular y posterior detención, el tribunal tuvo por acreditado que desde el vehículo emanaba un fuerte olor a marihuana, por lo que procedieron



a realizar, con ese indicio, un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, procediendo a revisar el vehículo y a sus ocupantes, encontrando la droga materia de esta sentencia.

4.- Que, en este caso, debe descartarse que el control vehicular haya habilitado por sí solo el control de identidad posterior, por cuanto la sentencia impugnada que tuvo por habilitados ambos controles, no da cuenta de que el policía haya estimado la concurrencia de una infracción del tránsito, requisito que parcialmente ha considerado esta Corte para fundar un posterior control de identidad, por cuanto copulativamente ha exigido también que la mentada infracción administrativa vaya además acompañada de otros elementos indiciarios (CS, Rol N° 40.045-17; la misma idea en Rol N° 43.676- 17, Rol N° 18.654-18 y Rol N° 31.242-18).

De manera que, no habiéndose acreditado una infracción previa a las normas del tránsito, como paso previo para determinar la validez jurídica del actuar de la policía debe precisarse si el control vehicular que no derivó en ninguna infracción administrativa, fue legítimo o no.

5.- Que, un examen de esta clase no puede reducirse a uno de simple legalidad, porque la legalidad por sí sola no acredita racionalidad en el uso de las facultades que la norma entrega a los agentes del Estado. Y en tanto los preceptos constitucionales que se estiman vulnerados exigen que las restricciones que la ley permite no se realicen arbitrariamente, el examen de racionalidad se torna insoslayable en esta sede, en que el control que se solicita es —precisamente— de constitucionalidad y no simple legalidad.

Por lo demás esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que, en lo referente a la validez de la actuación autónoma de las policías, el examen posterior que ejecuta el órgano jurisdiccional busca —precisamente— descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar de estos agentes (entre otras, SCS, N°s 4.271-2019; 2.877-2019; 5.404-2019; 21.095-2019; 21.143-2019;



20.890-2019; 21.147-2019; 25.202-2019; 25.005-2019; 26.906-2019; 29.021-2019).

6.- Que, de este modo, si bien es cierto que la Ley 18.290 (de Tránsito) permite a los funcionarios policiales realizar un control de los vehículos que se encuentran en la vía pública, no puede desconocerse que los policías, en tanto agentes de la Administración del Estado, realizan actuaciones administrativas — en oposición a las jurisdiccionales—que, a su vez y en cuanto tales, requieren de una motivación racional como garantía de interdicción de cualquier posible arbitrariedad en la persecución punitiva del Estado en contra de una persona.

Lo cierto es que, en el asunto en análisis, la motivación entregada por los agentes para fundar el control vehicular se reduce únicamente a una maniobra que califican de “evasiva” al advertir la presencia policial pero sin que hayan logrado justificar que la misma hubiese sido antirreglamentaria, es decir, vulnerando la normativa contenida en la Ley 18.290 de Tránsito.

7.- Que, si bien confirmar la arbitrariedad del control vehicular realizado por los policías debiese ser suficiente consideración para decretar su invalidez y la del consecuente control de identidad que en él se fundó, resulta necesario a fin de analizar completamente las alegaciones del recurso, pronunciarse igualmente sobre el indicio estimado por los policías para realizar el control de identidad y posterior registro vehicular y detención de los condenados.

8.- Que en relación a la percepción del “olor a marihuana” realizada por los policías a partir de la circunstancia de acercarse al vehículo fiscalizado por los efectivos, si bien la habilitación legal del ejercicio de esa facultad autónoma de la policía se encuentra en el artículo 85 del Código Procesal Penal, al igual que en el análisis precedente, la sola habilitación legal nada dice del ejercicio no arbitrario de la facultad autónoma contenida en la norma. Es por ello que, tal como he señalado en ocasiones anteriores, en opinión de los disidentes, “la proporcionalidad y la racionalidad de la actuación de los agentes, debe determinarse caso a caso de acuerdo —a lo menos— a dos circunstancias



relevantes: la oportunidad de la detección y la competencia técnica del agente detector” (entre otras, SCS N° 13.814-2022).

9.- Que, así y en el caso en estudio, respecto a la oportunidad de la detección, de los hechos asentados es claro que las circunstancias que habilitaron la percepción del olor están dadas por el control vehicular que obligó al condenado a bajar la ventanilla de su automóvil y, con esa acción, dejar escapar el olor que el policía percibió. Y en tanto, se ha podido arribar a la convicción que el control vehicular careció de motivación racional, no puede considerarse que su realización haya sido en modo alguna oportuna.

Ahora bien, respecto a la competencia técnica del agente, si bien en términos genéricos está se podría asumir del carácter técnico que detenta la Institución a la que pertenecen los funcionarios detectores (de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.961), en la especie, no se encuentra acreditado que el funcionario tuviera alguna experiencia en la fiscalización de drogas que le permitiera identificar un aroma que una persona común y corriente no podría determinar con facilidad, circunstancias que en conjunto tiñen de subjetividad la percepción policial del olor, sin dar cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio objetivo y verosímil de que la persona fiscalizada hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; o de que se dispusiere a cometerlo, en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, sino sólo de la impresión o interpretación que hace los policías de su percepción olfativa que podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito. Todo lo cual, en definitiva, no permite disipar el sesgo de arbitrariedad que refleja la estimación indiciaria realizada por el policía.

10.- Que, a partir de lo que se viene razonando, es posible concluir que todas las circunstancias descritas precedentemente, que la sentencia impugnada ha tenido como suficientes para validar la actuación policial, ni observadas de modo aislado, ni en conjunto, permiten a estos disidentes arribar a la convicción



de que se realizaron bajo parámetros de racionalidad. Y en tanto, como ya se ha señalado, la mera legalidad no es suficiente, la actuación del agente policial debe estimarse necesariamente como arbitraria y en consecuencia ilegítima, lo que permite tener por acreditada la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Abuaud y, de la disidencia, sus autores.

N° 57.675-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y Leopoldo Llanos S. No firman el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



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

