

Santiago, veintidós de noviembre de dos mil veintidós.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, por sentencia de ocho de julio de dos mil veintidós, condenó a Juan Gabriel Mardones Molina y Gonzalo Enrique Vásquez Fuentealba a la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de cuarenta unidades tributarias mensuales, y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autores del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley N° 20.000, cometido en Antofagasta el día 11 de diciembre de 2021, sin costas. Se dispuso el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad.

La defensa de los acusados dedujo recurso de nulidad, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el dos de noviembre pasado, según da cuenta el acta suscrita en esa misma oportunidad.

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso de nulidad invoca en forma principal la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, señalando que se infringieron el artículo 19 numeral 3° de la Constitución Política de la República y los artículos 7.2 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación al artículo 85 del Código Procesal Penal.



Denuncia que los funcionarios policiales efectuaron un control de identidad fuera de los supuestos establecidos en el artículo 85 antes referido, explicando que el día 11 de diciembre del año 2021 se efectuó un control aleatorio al vehículo conducido por Juan Mardones Molina, en compañía de Gonzalo Vásquez Fuentealba, quienes portaban toda la documentación del vehículo y los correspondientes a su identidad. Agrega que el automóvil contaba con placas patentes a la vista, no tenía vidrios polarizados y ningún otro indicio que pudiere dar lugar al control del móvil.

Sin embargo, los funcionarios esgrimieron como indicio que el vehículo tenía polvillo o chusca, característico de los vehículos que transportan droga, por lo que realizaron una ronda con la can de nombre “Emy”, quien marcó el portamaletas del vehículo, lo que en criterio de los funcionarios los habilitaba para efectuar el control investigativo del que trata el artículo mencionado.

Expresó que de la declaración de los funcionarios policiales queda de manifiesto que lo único que los habilitaba para revisar el vehículo de sus defendidos era que a raíz de un control “aleatorio” en donde transitaban por una ruta supuestamente “usada para el traslado de droga” y que al detenerlos pudieron notar la presencia de polvillo o “chusca” que se encontraba en el vehículo, y por último la marca realizada por el perro detector antes referido. Destaca que una vez terminado el control vehicular, el que no arrojó irregularidad alguna, los agentes decidieron utilizar al can entrenado para detectar drogas sin orden de investigar previa del Ministerio Público, el que luego de recorrer el contorno del vehículo, dio una señal de alerta justo en el portamaletas, en cuyo interior se encontraron finalmente las bolsas de basura contenedoras de la droga, por lo que se trataría de apreciaciones subjetivas de



la policía y no de un verdadero indicio que justifique la revisión del vehículo el hecho de transitar por un lugar conocidamente destinado al tráfico de drogas.

Pidió se acogiera el recurso de nulidad, se invalidara el juicio oral y la sentencia definitiva, y se retrotrajera el proceso al estado de realización de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado, excluyendo del auto de apertura las declaraciones de los testigos que digan relación con las diligencias realizadas y que dan origen a la causa, así como las demás evidencias e indicios encontrados en el mismo, además de excluir toda la prueba documental, pericial y material, por guardar relación con los elementos del delito y que fueron incautados con infracción de garantías constitucionales.

Segundo: Que, como causal subsidiaria, alegó la causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal, fundada en el no reconocimiento de la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal a sus representados.

Indica que el reconocimiento temprano que estos efectuaron, en el contexto de la audiencia de juicio oral, sin que se evidencie en sus dichos contradicción alguna, debe necesariamente ser valorada por el tribunal en cuanto a su influencia en el proceso de formación de la convicción condenatoria, dada la similitud de lo referido por sus representados en relación a los hechos acreditados, y porque el Ministerio Público presentó únicamente a dos de los cuatro testigos ofrecidos en el auto de apertura, situación que puso al ente persecutor en una situación de insuficiencia probatoria a la que la declaración de los acusados sirvió, para así avalar y reforzar la teoría del caso de la Fiscalía, siendo sustancial y relevante para la acción de la justicia.

Solicitó que se invalidara sólo la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, mediante la cual se condenó a sus representados Juan Gabriel Mardones Molina y Gonzalo Enrique Vásquez



Fuentealba, dictando sentencia de reemplazo al efecto que reconozca a los acusados la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal junto con la del 11 N° 6 del mismo cuerpo normativo, y como consecuencia de las dos circunstancias atenuantes reconocidas y no existiendo agravantes en la especie, se haga aplicación de lo dispuesto en la reglas generales de determinación de la pena de los artículos 68 y siguientes del Código Penal y se rebaje la pena impuesta a la de 5 años de presidio menor en su grado máximo, concediéndoles la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Tercero: Que la sentencia impugnada, en su considerando décimo, tuvo por acreditado el siguiente hecho: *“Que, pasada la medianoche del día 11 de diciembre de 2021, funcionarios del OS7 de Carabineros se encontraban realizando un control vehicular aleatorio en la garita de control “La Negra”, ubicada en el kilómetro 1355 de la ruta 5 norte de Antofagasta, instante en el que procedieron a la fiscalización de un vehículo marca Hyundai, modelo accent, color Beige, PPU BXCJ-94, móvil que era conducido por el imputado JUAN MARDONES MOLINA, quien se trasladaba acompañado por el imputado GONZALO VASQUEZ FUENTEALBA, instante en que el can institucional de nombre “EMY”, entrenado para la detección de droga, realizó marcación positiva para la presencia de droga en el vehículo ya referido, hecho que motivó su registro, encontrando oculto en el maletero del automóvil, 2 bolsas de nylon de las cuales, una contenía 01 saco de nylon en cuyo interior mantenían 21 paquetes con cinta adhesiva color café, contenedores de una sustancia que ante la prueba de campo resultó ser marihuana; y la otra, mantenía en su interior otros 32 paquetes con cinta adhesiva color café, contenedores de una sustancia que ante la prueba de campo también resultó ser **marihuana**. Por último, al interior de un tercer saco que se encontraba en*



*los asientos traseros del automóvil, encontraron ocultos 29 paquetes con cinta adhesiva color café contenedores de una sustancia que ante la prueba de campo resultó ser marihuana, motivo por el cual se practicó a la detención de ambos acusados. Conforme a lo anterior, se procedió a la incautación de diversas especies, por un lado, al imputado Mardones Molina se le incautó un teléfono celular Marca Vivo Color gris con carcasa plástica transparente, un teléfono celular Marca Vivo Color negro con carcasa del mismo color y la suma de \$ 112.000 en dinero en efectivo; mientras que al imputado Vásquez Fuentealba, se le incautó un teléfono celular marca Huawei color beige, un teléfono celular marca LG color gris y la suma de \$50.000 en dinero en efectivo. Realizada la pericia de rigor, se estableció que la sustancia contenida en los diversos paquetes que poseían y transportaban los acusados, era marihuana, y el peso total de los 82 paquetes incautados ascendió a **85 kilos 750 gramos bruto aproximadamente**, según el acta de recepción de la sustancia ilícita por parte del Servicio de Salud de Antofagasta”.*

Estos hechos fueron calificados como un delito consumado de constitutivos del delito de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo tercero en relación al primero, ambos de la Ley 20.000.

Cuarto: Que la causal principal del recurso de nulidad se sustenta en que las infracciones denunciadas se producen porque los funcionarios policiales ejecutaron actuaciones fuera del ámbito de sus atribuciones, así en relación al control efectuado al vehículo en que se transportaban los condenados, la utilización del perro detector de droga y posterior registro del automóvil, verificado sin la existencia de alguna instrucción del Ministerio



Público que los habilitara para efectuar tales diligencias, recolectando la evidencia incriminatoria en contravención a la ley.

Quinto: 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.

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 proceder a 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 de los acusados, 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 (Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019).

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 aquella 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, en primer lugar, cabe recordar que el artículo 4 de la Ley N° 18.290 faculta a Carabineros para supervigilar el cumplimiento de las disposiciones que dicha ley establece. Asimismo, el artículo 6 de la misma ley señala que los conductores de vehículos motorizados deben llevar consigo su licencia y un certificado de seguro obligatorio de accidentes, los que pueden ser requeridos por la autoridad fiscalizadora. De esta forma, resulta claro que los funcionarios policiales están facultados para requerir la documentación de un móvil y los elementos de seguridad que la ley exige para una conducción segura.

Undécimo: Que una vez zanjado lo anterior, es conveniente precisar que de la sola lectura de los hechos que se dieron por establecidos soberanamente en la sentencia, aparece de manifiesto que el actuar de los funcionarios de Carabineros se ajustó a derecho, toda vez que en uso de una potestad del Estado y guardando las reglas, efectuó un control vehicular en la ruta y que la ley no sólo autoriza sino que les encarga, escenario en el cual resulta perfectamente legítimo que los funcionarios que lo llevan a cabo, no obstante constatar que la documentación respectiva esté en regla, al advertir que el móvil así fiscalizado trae adherido un polvillo característico conocido vulgarmente como “chusca”, puedan efectuar una revisión externa del móvil con el can institucional, más cuando se trata de un sector en que las vías utilizadas para el transporte de la droga normalmente no son las pavimentadas sino precisamente aquellas en que ese polvillo abunda, momento en que el perro en comento efectuó la marca o señal para la que está entrenado, todo lo



cual habilitaba a la revisión de las vestimentas y equipaje de sus pasajeros, así como el medio de transporte en que viajaban.

En efecto, y ahora ante la marca o sindicación por parte de un can especialmente entrenado al efecto, de hallarse droga en la parte trasera del vehículo en que se transportaban los acusados, los funcionarios policiales se encontraban facultados para, en el marco de un control de identidad amparado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, registrar ese vehículo, toda vez que resulta evidente que ante un primer indicio consistente en la presencia de polvillo o “chusca” adherido al móvil, seguido de otro consistente en “la marca de un can detector de sustancia ilícita”, no obstante mantener al día los permisos del vehículo y de quien lo conduce, requeridos por los policías para el control vehicular, resultaron ser circunstancias que, analizadas en su conjunto, constituyen indicios suficientes que fueron tenidos en vista por los agentes policiales para presumir que los imputados habían cometido un delito o se aprestaban a cometerlo.

Así por lo demás lo ha resuelto con anterioridad esta Corte, entre otros, en los pronunciamientos Rol N° 35.167-2017, de 23 de agosto de 2017, y Rol N° 79.969-2021, de 23 de febrero de 2022.

Duodécimo: Que, en consecuencia, al proceder del modo que lo hicieron los funcionarios policiales no transgredieron en el caso concreto las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no han vulnerado las normas legales que orientan el proceder policial, como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19° de la Constitución Política y los tratados internacionales reconocen y garantizan a los imputados, por lo que los jueces del tribunal oral en lo penal no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo obtenida por la policía en la referidas



circunstancias, y que ésta fuera aportada al juicio por el Ministerio Público, de manera que sólo cabe desestimar esta causal del recurso.

Décimo tercero: Que, en lo relativo a la causal subsidiaria de invalidación intentada, baste señalar que como ha resuelto uniformemente esta Corte en cuanto a las denuncias de infracción del artículo 11 N° 9 del Código Penal, en relación al artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por los acusados puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por los inculpados a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los sucesos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad, pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso (entre otras, SCS N°s 24.887-2014, de 29 de diciembre de 2014; 37.024-2015, de 10 de marzo de 2016; y, 16.919-2018, de 13 de septiembre de 2018). No es posible, por tanto, analizar mediante este arbitrio eventuales inadvertencias sobre la concurrencia de la modificatoria en comento, motivo por el cual esta causal será desestimada.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a), 374 letra e) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de los acusados Juan Gabriel Mardones Molina y Gonzalo Enrique Vásquez Fuentealba en contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta el ocho de julio de dos mil veintidós, en la causa RUC N° 2101115426-0, RIT N° 164-2022, y el juicio oral



que le precedió, los que, por ende, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol N° 40.788-2022

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y Jean Pearre Matus A. No firman los Ministros Sres. Brito, Valderrama y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.



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

