

Santiago, siete de diciembre de dos mil veintidós.

VISTOS:

En causa RUC N° 2000012705-2, RIT N° 261-2021 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de quince de septiembre de dos mil veintidós, se condenó a **Carlos Augusto Gómez Del Fierro**, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3, en relación con el artículo 1 de la Ley N° 20.000, perpetrado el día 4 de enero de 2020, en la comuna de Viña del Mar, a sufrir una pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, al pago de una multa de doce (12) Unidades Tributarias Mensuales y a las accesorias legales pertinentes, sanción corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de esa decisión la defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el diecisiete de noviembre último, disponiéndose *-luego de la vista-* la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad deducido en autos se funda únicamente en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República y 83 y 85 del Código Procesal Penal, en cuanto el impugnante estima vulnerado su derecho al debido proceso.

Refiere que en la especie existió un control vehicular debido a que el imputado no habría respetado la luz roja del semáforo y que, mientras se encontraban los agentes policiales cursando la respectiva citación al juzgado



de policial local, al Carabinero Ramón Ibaceta Rivera *“le llamó la atención que el vehículo tenía los vidrios polarizados”*, efectuando una inspección ocular del móvil, percatándose que en su interior había un banano color verde, dentro del cual se apreciaba una bolsa negra contenedora de una sustancia de color verde. Explica que el funcionario Ibaceta le comenta al agente Gonzalez tal situación y ambos comienzan a observar los asientos traseros del vehículo controlado, percibiendo ambos en ese acercamiento un fuerte olor a marihuana, luego de lo cual le pidieron al conductor que abriera la puerta trasera y comenzaron el registro del vehículo en el que éste se desplazaba.

Razona que, los antecedentes antes expuestos, no facultaban a los policías para efectuar un control de identidad, en cuanto no constataron conducta indiciaria alguna que les permitiera proceder de tal forma.

Al concluir pide que se declare nulo el juicio y la sentencia ordenándose realizar uno nuevo ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura de juicio oral la totalidad de la prueba de cargo del Ministerio Público.

SEGUNDO: Que el hecho que se ha tenido por establecido por los sentenciadores del grado, en el motivo octavo de la sentencia que se impugna, es el siguiente:

“El día 4 de Enero de 2020, alrededor de las 02:15 horas de la madrugada, funcionarios de Carabineros fiscalizaron el automóvil marca Hyundai modelo Accent placa patente HBGZ-92 en la intersección de variante Agua Santa con avenida Villa Monte de esta ciudad, debido a que su conductor, el acusado Carlos Augusto Gómez del Fierro, no respetó el semáforo en rojo existente en el lugar. Al acercarse al vehículo y solicitarle la documentación al acusado, el personal policial vio que en la parte posterior del habitáculo sobresalía un bolso de color verde con negro que contenía una



bolsa de plástico color negro con una sustancia vegetal de similares características a la cannabis sativa; percibiendo además que desde el interior del vehículo emanaba un fuerte olor a dicha sustancia.

Con tales antecedentes, el personal policial efectuó un control de identidad investigativo al acusado y realizó una revisión del vehículo placa patente HBGZ-92, encontrando al interior del referido bolso, una bolsa de plástico color negro, contenedora de 49,3 gramos netos de cannabis sativa; dos bolsas de color blanco contenedoras de 4 gramos netos de clorhidrato de cocaína; dos bolsas de plástico transparente contenedoras de 1,7 gramos netos de un polvo color lila correspondiente a MDMA (éxtasis) y ketamina; una bolsa de plástico transparente contenedora de 0,2 gramos netos de un polvo rosado correspondiente a MDMA y ketamina; y dos bolsas contenedoras de tres comprimidos de MDMA color rojo, 11 comprimidos de MDMA color rosado y un comprimido de MDMA de color amarillo. Continuando con la revisión, en el piso del costado trasero derecho del automóvil, el personal policial encontró una bolsa plástica color negro que contenía una bolsa de papel color café, con 270,7 gramos netos de cannabis sativa en su interior.

Finalmente, en el interior del vehículo placa patente HBGZ-92, el personal policial encontró dos teléfonos celulares, uno marca Nokia de color azul y el otro marca Huawei de color negro y dentro de la guantera, encontraron la suma de \$404.320 pesos en dinero efectivo” (sic).

TERCERO: Que es menester resaltar que en el considerando sexto del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración de los funcionarios policiales a cargo del procedimiento, quienes dieron cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervinieron y que culminó con la detención del acusado.



En base de tales atestados, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el motivo duodécimo, que la actuación de los aprehensores no conculcó las garantías fundamentales denunciadas por la defensa del acusado.

Para fundar tal aserto, argumentaron en el antes referido fundamento que:

“(...) Respecto del tema planteado, el tribunal llegó a la conclusión contraria a la planteada por la defensa y se persuadió que los agentes pudieron ver efectivamente un paquete en la parte trasera del vehículo, con una sustancia que asomaba, de color verde, que les impresionó como sospechosa.

Es cierto que respecto al cierre total o no del vidrio no hubo plena concordancia de los agentes.

Mientras uno declaró que el vidrio estaba cerrado, otro creyó verlo entre abierto y en definitiva sus explicaciones sobre el punto no fueron concluyentes. Sin embargo, esta diferencia o imprecisión en los relatos, parece esperable si se considera que ambos agentes no pueden reproducir los eventos con la fidelidad que esperaríamos de un equipo de grabación. Lo que se afirma no es una ironía es solo la insistencia en que la mente humana y la memoria es frágil y eso no transforma al relator en un declarante falso. Cada declarante policía debe apelar a sus recuerdos y percepciones. Por otro lado, ambos son funcionarios policiales que trabajan cotidianamente en procedimientos similares, y el que nos convoca sucedió hace más de dos años y medio ya de distancia del día de hoy. No es razonable esperar que todos se acuerden de forma concordante sin diferencias de lo acontecido y sin imprecisiones de ninguna naturaleza. Lo anterior sobre todo si se trata de aspectos que según sus particulares visiones no tiene por qué tener tanta relevancia. Y lo del cierre



del vidrio, pareciera ser, que no existe razón alguna para que ellos lo recuerden de forma tan especial.

Sea que el vidrio estuviere completamente cerrado o no, lo cierto es que pudieron ver del exterior al interior. Era de noche, es cierto, pero ambos policías señalaron que había luz y andaban en vehículo policial, los que cuentan además con iluminación artificial. Por otro lado, al acercarse suficientemente a la ventana, incluso los vidrios polarizados, permiten mirar hacia el interior de un móvil.

Por otro lado, explica Ramón Ibaceta Rivera que, tratándose de un vehículo con vidrios polarizados, ellos hacen las actuaciones necesarias para mirar al interior y ver a los otros ocupantes. Eso fue precisamente lo que hizo ese día, ver si había más personas al interior. Por ello, es esperable que el policía se acercase a la ventana, viera por alguna rendija o se apoyara por luz artificial, para mirar al interior. Honestamente, contraria las máximas de la experiencia, que frente a un caso como el presente, un vehículo con los vidrios polarizados, al que se le va a cursar una infracción, de madrugada, la policía simplemente desista de saber qué ocurre dentro del auto porque los vidrios están polarizados. Era esperable que un agente medianamente competente, puesto en esa disyuntiva, haría lo necesario para mirar al interior del vehículo fiscalizado.

En definitiva, es cierto que el punto no quedó claramente establecido en torno a cómo se venció esa opacidad o la intensidad de la misma, pero el que no se le consulte sobre el punto o que el testigo no sea claro en su recuerdo, no quiere decir que esté mintiendo o levantando un embuste deliberado en contra de alguien sobre la situación de haber visto un paquete sospechoso.



ii. El olor a cannabis sería un indicio subjetivo y ergo insuficiente:

Respecto de este punto, es preciso realizar varios órdenes de consideraciones.

(...) En definitiva, el percibir olor a cannabis sativa no es una realidad que se deba desechar sólo porque el mismo no sea algo asible o que se pueda incautar o reproducir visualmente ante el tribunal. La referencia a estos elementos olfativos es tan legítima como la que se haga a otras fuentes de información.

Es cada vez más común ver en las calles, personas fumando cigarrillos de fabricación artesanal y, al pasar a su lado, emana un fuerte olor que no resulta propio del tabaco y que asociamos culturalmente a la marihuana. No parece plausible sostener que como es un olor, sea algo menos fiable o más bien, algo “propio del funcionario”.

(...) Dicho lo anterior, y desechada la posibilidad ex ante de inhabilitación de esta clase de percepciones, cabe preguntarse si hay algún elemento que permita descreer de la versión policial de olor a marihuana. La respuesta es no. Robert González Aguilar, alertado por su compañero, va a verificar el vehículo nuevamente, percibe el paquete y reparara en el olor y comienza a realizar el control de identidad. No hubo en la declaración de ninguno de los dos funcionarios, elementos que dieran cuenta que la situación del olor podría haber sido inventada o falsa, así como tampoco hubo contradicción de ellos en sus elatos. El olor era tan real que, conforme lo reconoce el acusado, había envuelto la marihuana en Alusa para evitar se pasara con su aroma.” (Sic).

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 proceder a su análisis a efectos de 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 (*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; N° 2.895-20, de 04 de marzo de dos mil veinte*).

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 pudiere 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 consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que el día 4 de Enero de 2020, aproximadamente a las 02:15 horas de la madrugada, funcionarios de Carabineros fiscalizaron el automóvil en el que se desplazaba el acusado, debido a que su conductor no respetó la luz roja del semáforo existente en el lugar. Al acercarse al vehículo y solicitarle la documentación del mismo al acusado, uno de los agentes vio que



en la parte posterior del habitáculo sobresalía un bolso de color verde con negro, que contenía una bolsa de plástico color negro con una sustancia de color verde, percibiendo además que desde el interior del vehículo emanaba un fuerte olor a dicha sustancia.

Acto seguido, los policías le solicitaron al conductor que abriera las puertas del móvil y que entregará el banano *–accediendo el encartado a aquello–*, encontrando al interior del bolso en cuestión una bolsa negra, con una sustancia pastosa similar a la marihuana, además de dos bolsas nylon con una sustancia color blanca, similar al clorhidrato de cocaína y de dos bolsas con sustancia color lila, desconocida. También hallaron dos bolsas de nylon, con una sustancia similar al éxtasis, de color amarillo y rojo, motivo por el cual procedieron a su detención.

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, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicaría 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 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. De esta forma, resulta claro que Carabineros se encuentra facultado para requerir la documentación de un móvil cuando ha constatado *– como aconteció en el caso de marras–* que un conductor ha cometido una infracción a la normativa del tránsito.



De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo que el control vehicular inicial del automóvil conducido por el acusado, derivara en un control de identidad amparado por el artículo 85 del Código Procesal Penal *-en el cual se faculta a los funcionarios policiales a 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, luego de realizar diversas diligencias autónomas *-a las que por cierto se encuentran facultados por ley-*, tales como solicitar al conductor tanto su licencia para conducir como la documentación del móvil, al abrir éste la ventana del automóvil en el que se encontraba, pudieron percatarse que en la parte trasera del vehículo había un bolso banano color verde con negro en cuyo interior había una bolsa negra, con una sustancia de color verde, además de percibir 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.

DÉCIMO TERCERO: 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 en los pronunciamientos Rol N° 26.171-2018, de 5 de diciembre de 2018; Rol N° 25-2019 de 12 de diciembre de 2019 y; Rol N° 135.995-2020 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.

DÉCIMO CUARTO: 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 *-en su tantas veces aludido motivo octavo-*, da por ciertas 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.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra a) y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del acusado **Carlos Augusto Gómez Del Fierro**, contra la sentencia de quince de septiembre de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, y contra el



juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 261-2021 y RUC N° 2000012705-2, los que por consiguiente, no son nulos.

Se previene que el Ministro Señor Llanos, si bien fue del parecer de rechazar el arbitrio en estudio, no comparte la argumentación sostenida por la decisión de mayoría en orden a considerar la percepción del “*olor a marihuana*” como un indicio que habilite a efectuar un control de identidad investigativo, teniendo para ello presente los siguientes fundamentos:

1°) Que, según asienta el fallo en estudio, uno de los antecedentes que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del vehículo en el cual se desplazaba, consistió en la percepción de un “olor a marihuana” por parte de uno 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 intentaba o 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.

2°) Que, por lo anterior, a juicio de quien previene, el elemento indiciario en cuestión se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos del artículo 85 del Código Procesal Penal, 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. Como ya lo ha resuelto esta Corte, el solo hecho de percibir olor a marihuana no satisface la exigencia de un signo ostensible del tráfico de drogas (*Entre otros*,



SCS Rol 21.413-2014, de 22 de septiembre de 2014; Rol N° 2.222-19, de fecha 28 de febrero de 2019 y Rol N° 30.159-2020, de 27 de mayo de 2020).

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante Sr. Munita, y de la prevención, su autor.

Rol N° 115.096-2022.



Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Leopoldo Andrés Llanos S., María Teresa De Jesús Letelier R., Ministro Suplente Juan Manuel Muñoz P. y los Abogados (as) Integrantes Leonor Etcheberry C., Diego Antonio Munita L. Santiago, siete de diciembre de dos mil veintidós.

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

