

Santiago, dieciséis de marzo de dos mil veintitrés.

**VISTOS:**

En causa RUC N° 1801113944-9, RIT N° 42-2022 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, por sentencia de dieciocho de enero de dos mil veintitrés, se condenó al acusado **Alexis Mario Melo Vergara**, como autor del delito consumado 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 12 de noviembre de 2018, en la comuna de Papudo, a sufrir una pena cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, al pago de una multa de cinco (5) Unidades Tributarias Mensuales y a las accesorias legales pertinentes, sanción corporal de cumplimiento efectivo.

En contra de esa decisión la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el veinticuatro de febrero 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 por la defensa del encartado Rodríguez Riascos 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°s 3, inciso 6°, y 7 de la Constitución Política de la República de Chile y; 83 y 85 del Código Procesal Penal, en cuanto el impugnante estima vulnerados sus derechos al debido proceso y a la libertad ambulatoria.

Refiere que, en el caso sub lite, del relato del único testigo que declaró



durante el juicio oral, se puede establecer que el control de identidad realizado al acusado y sus acompañantes tuvo como único fundamento un supuesto olor a marihuana que emanó del vehículo cuando se le solicitó al chofer sus documentos. Olor que, en todo caso, lo habría percibido primero el cabo González Calderón quien no declaró en el juicio oral. De lo antes referido, queda claro que el actuar del único funcionario que declaró durante el juicio oral no se ajusta a lo establecido en el artículo 85 del Código Procesal Penal, ya que el testigo no dio cuenta de indicio suficiente para haber practicado un control de identidad investigativo si el único indicio para hacerlo fue el supuesto olor a marihuana percibido al momento del control vehicular.

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 la prueba de cargo del Ministerio Público obtenida con vulneración de Garantías Constitucionales.

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

*“El día 12 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 19:00 horas, en el kilómetro 156 de la ruta 5 Norte, comuna de Papudo, Alexis Mario Melo Vergara, junto a otras dos personas, fueron sorprendidos por personal de carabineros, cuando transportaban 567,9 gramos netos de cannabis sativa, droga que mantenían al interior del vehículo en el cual se movilizaban, marca Kia Motors, modelo Cerato, patente GPCC.23, el que era conducido por Matías López Segura, específicamente en dos paquetes envueltos en papel alusa que se encontraban al interior de una bolsa de papel, ubicada en los asientos traseros del vehículo”. (Sic)*



**TERCERO:** Que es menester resaltar que en el fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración del funcionario policial a cargo del procedimiento, quien dio cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervino 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 las defensas de los acusados.

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

*“(...)El caso que nos ocupa refiere entonces a esta segunda hipótesis, establecida en el artículo 85 del Código Procesal Penal y el indicio fundado es precisamente el olor a marihuana, que es percibido dentro de la cabina del automóvil al que se procede a controlar, es decir, dentro de un área circunscrita, cerrada y limitada a un espacio pequeño, con poca salida de aire, y que al entregarle la documentación del vehículo, siendo los olores, gases y emanaciones, elementos de estructura volátil, que al producirse una salida de aire por la ventana del conductor, fácilmente será advertida por los funcionarios fiscalizadores. Por ello, se logra objetivar, desde el momento en que el olor se presenta en un recinto cerrado y de menor tamaño, como lo es, el interior de un automóvil, y se logra verificar, desde el momento en que el olor fue percibido por ambos carabineros fiscalizadores, y que comprobado ya que efectivamente había una bolsa con marihuana seca en el interior del vehículo, situación que además se reconoce también por el propio acusado, lo cual se*



*desprende de su propia declaración en este juicio, permite a estas juezas concluir que sí existía olor a marihuana.*

*Así entonces, en el caso que nos ocupa, el Tribunal estima que el fuerte olor a marihuana que fue percibido por los funcionarios de carabineros Chávez y Quijón constituye un indicio claro y objetivo de que los ocupantes del móvil (incluido el encartado Alexis Melo Vergara) podrían estar cometiendo un delito en relación al porte o posesión de sustancias estupefacientes, en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que a su vez implicaría, en los términos de la misma norma, que dicho personal policial se encontraba legalmente facultado para efectuar la revisión del móvil, lo que unívocamente derivaría en el hallazgo inevitable de la sustancia que en definitiva fueron incautada en este procedimiento, ello incluso sin mencionar el que uno de los ocupantes del vehículo (Daniela Acuña Segura) mantenía al momento de la fiscalización, una orden de detención vigente, lo que también facultaba a personal policial al registro, circunstancia en la que en definitiva se produce el hallazgo de la droga, tal como razonó la Excma. Corte Suprema en causa Rol 19.040-2021 (...). (Sic)*

**CUARTO:** Que, en lo concerniente a la infracción principal denunciada por el recurso de nulidad en análisis, 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 señalado 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 pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar,



dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 *-que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia-* así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

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

**NOVENO:** Que a fin de dirimir lo planteado en el recurso, es menester estarse a lo asentado por los jueces de la instancia al ponderar las evidencias aportadas a la litis, sin que sea dable que, para tales efectos, esta Corte Suprema, con ocasión del estudio de la causal de nulidad propuesta, intente una nueva valoración de esas probanzas y fije hechos distintos a los determinados por el tribunal del grado, porque ello quebranta de manera evidente las máximas de oralidad, inmediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal, puesto que lo contrario implicaría que este tribunal de nulidad, únicamente de la lectura de los testimonios “extractados” en la sentencia, podría dar por acreditados hechos distintos y opuestos a los que los



magistrados extrajeron de esas deposiciones, no obstante que estos últimos apreciaron íntegra y directamente su rendición, incluso el examen y contra examen de los contendientes, así como hicieron las consultas necesarias para aclarar sus dudas, lo que de aceptarse, simplemente transformaría a esta Corte, en lo atinente a los hechos en que se construye esta causal de nulidad, en un tribunal de segunda instancia, y todavía más, en uno que *-a diferencia del a quo-* dirime los hechos en base a meras actas o registros -eso es sino el resumen de las deposiciones que hace el tribunal oral en su fallo-, lo cual, huelga explicar, resulta inaceptable. Aclarado lo anterior, se procederá al estudio de las protestas fundantes del recurso con arreglo a los hechos que en la decisión se tienen por demostrados.

**DÉCIMO:** Que resulta relevante para ello señalar, que la sentencia impugnada consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que el día 12 de noviembre de 2018, aproximadamente a las 19:00 horas, en el kilómetro 156 de la ruta 5 Norte, comuna de Papudo, los funcionarios policiales *–quienes se encontraban de servicio en primer patrullaje, efectuando controles a vehículos que se desplazaban de norte a sur –*, fiscalizaron a un automóvil de color gris marca Kia, modelo Cerato, que era conducido por un sujeto sexo masculino, en el que se transportaban además, su copiloto de sexo masculino y en el asiento trasero una persona de sexo femenino.

Al solicitarle la documentación respectiva al chofer e interactuar con éste, percibieron que desde el interior del vehículo emanaba olor característico a marihuana, por lo que les realizaron un control investigativo de identidad a los ocupantes, manteniendo la mujer que iba en el asiento trasero, una orden de detención vigente. En el marco de dicho procedimiento, revisaron el móvil





encontrando en el asiento trasero una bolsa con dos paquetes en su interior, los que contenían una sustancia vegetal con características de cannabis sativa, contactándose con el fiscal de turno, quien instruyó la concurrencia de personal de OS7 de Carabineros, para practicar la prueba de campo y el pesaje de rigor respecto de la antedicha sustancia.

**UNDÉCIMO:** Que en la especie la defensa del recurrente 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, 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 en el marco de un control de tránsito en una carretera.

Por lo demás, es necesario señalar que no existe controversia en autos respecto de que uno de los ocupantes del móvil –*específicamente la mujer que iba sentada en el asiento trasero*– mantenía una orden de detención pendiente, por lo que el actuar policial se encontraba amparado en lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 85 del Código Procesal Penal.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo que haya efectuado un control vehicular al automóvil en el que se encontraba el encartado, y que éste luego 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, percibieron 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 estaba cometiendo un delito o que se aprestaban a ejecutarlo.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, por lo demás, y al contrario de lo argüido por el recurso, el hedor de una sustancia estupefaciente, 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 de los imputados, lo relevante y capital aquí es que el fallo da por ciertas circunstancias que objetivamente y de manera plausible permitan construir un indicio de aquellos a que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que permite descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar policial, objetivo principal al demandarse por la ley la concurrencia de esa sospecha para llevar a cabo el control de identidad.

Lo anteriormente expuesto, lleva necesariamente a desestimar el arbitrio de nulidad en análisis.

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 sentenciado Alexis Mario Melo Vergara, en contra la sentencia de dieciocho de enero de dos mil veintitrés, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Quillota, y del juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 42-2022 y RUC N° 1801113944-9, los que por consiguiente, no son nulos.

**Se previene que el Ministro Señor Llanos**, si bien fue del parecer de rechazar la causal de nulidad en 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:

1º) 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.

Por lo demás, en la especie la sola circunstancia de mantener una de las pasajeras del móvil fiscalizado una orden de detención vigente, habilitaba para la práctica de un control de identidad, por así disponerlo expresamente el inciso 2º del artículo 85 del Código Procesal Penal.

2º) 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 una sustancia estupefaciente 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 Ministro Sr. Dahm, y de la prevención, su autor.

**Rol N° 10.416-2023.**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Suplente Sra. María Loreto Gutiérrez A., y los Abogados Integrantes Sr. Eduardo Morales R. y Sra. Leonor Etcheberry C. No firma la Ministra Suplente Sra. Gutiérrez y el Abogado Integrante Sr. Morales, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber concluido su período de suplencia y por estar ausente, respectivamente.



En Santiago, a dieciséis de marzo de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

