

Santiago, diecisiete de abril de dos mil veintitrés.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, por sentencia de trece de febrero de dos mil veintitrés, en los antecedentes RUC 2.100.186.812-5, RIT 48-2022, condenó a Guillermo Alfonso Arqueros Meneses y a Nelson Alfonso Solimano Menares, a la pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, multa de cuarenta y ocho unidades tributarias mensuales y a las accesorias legales, por su responsabilidad en calidad de autores ejecutores del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, sorprendido en dicha jurisdicción el 26 de febrero de 2021.

En contra de dicho fallo, las defensas de los sentenciados dedujeron sendos recurso de nulidad, los cuales se conocieron en la audiencia pública de veintiocho de marzo del año en curso, oportunidad en la cual la defensa de Solimano Menares rindió la prueba ofrecida en su arbitrio, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta del acta respectiva.

**Considerando:**

**Primero:** Que, el recurso de nulidad propuesto por la defensa de Solimano Menares se funda, de forma principal, en la causal contenida en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, afirmando que los funcionarios aprehensores realizaron el control de identidad, consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal —consistente en el registro del interior del vehículo y posterior registro del equipaje que se encontraba al interior del mismo— teniendo como fundamento que, al momento de realizar un control de tránsito, uno de los funcionarios policiales se habría percatado que, desde el interior del vehículo, se expelía un fuerte olor a marihuana, situación que ha sido puesta



en duda, atendida las circunstancias y particularidades del procedimiento adoptado, los hallazgos en el mismo y, en particular, el hallazgo al interior de una bolsa nylon de 6 gramos 290 miligramos de marihuana.

Sostiene que, la posibilidad cierta que un solo funcionario en la vía pública, pudiera de manera objetiva oler el alcaloide, en circunstancias además de que dicho procedimiento se realizó en el mes de febrero de 2021, razón el funcionario permaneció en todo momento con mascarilla cubriendo su vía aérea.

Refiere que este "indicio" no es susceptible de ser corroborado, y que no mantiene un corolario con las circunstancias y hallazgos practicados una vez realizado el registro, lo cual no hace más que dar cuenta de la insuficiencia del mismo, en la entidad necesaria para autorizar la vulneración de garantías fundamentales, en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, por lo que pide acoger el recurso de nulidad, procediendo a anular la referida sentencia definitiva y el juicio oral, y se disponga la exclusión de la totalidad de la prueba de cargos por haber sido ésta obtenida con infracción de garantías fundamentales.

Como primera causal subsidiaria, opone aquella contenida en el artículo 374, letra e) del código adjetivo, en relación con lo dispuesto en el artículo 342, letra c) del mismo cuerpo legal, al haber determinado la participación del acusado, en calidad de autor del ilícito previsto y sancionado en el artículo 3° de la Ley 20.000, por la sola circunstancia de ser individualizado como la persona que acompañaba al interior del vehículo al conductor, sin que exista elemento alguno que permita dar por establecido alguna conducta positiva que, de manera directa o al menos unívoca, permita inferir que tenía la posesión,



guarda y transporte de aquellas, puesto que tenía el poder de disposición de misma y la llevaba bajo su cuidado.

En la sentencia se establece que Guillermo Arqueros conducía el vehículo en el cual se encontró la droga. Adicionalmente se estableció que los más de dieciocho kilos de sustancia, consistente en clorhidrato de cocaína, se encontraban al interior del vehículo, específicamente ocultos en el maletero al interior de una bolsa, vehículo que era de propiedad de un tercero de nombre Mario Rolando Ferrada Vásquez.

En su concepto, existe un evidente déficit valorativo, por no decir derechamente una total ausencia de prueba respecto a la conducta punible en concreto que se imputa al acusado, infraccionándose el principio de la razón suficiente, en este aspecto no se debe olvidar que la motivación requiere la fundamentación y permite el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de la ley o defectos de interpretación, como en los hechos, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del texto entre convicción y pruebas, por lo que pide anular el juicio y la sentencia y, de acuerdo a lo que dispone el artículo 386 del Código Procesal Penal, determine el estado en que ha de quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Como segunda y última causal subsidiaria, el arbitrio se asila en la causal contenida en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, expresando que el tribunal asentó que, respecto del acusado, no se configuraban ni atenuantes, ni agravantes de responsabilidad penal, y para determinar el *quantum* de la pena, hizo aplicación del artículo 69 del Código Penal, en aquella parte referida a la mayor o menor extensión del mal



producido por el delito, para acto seguido imponer una pena de doce años de presidio mayor en su grado medio, fundado en lo que dispondría la parte final del artículo 69 del Código Penal por la supuesta mayor extensión del mal producido por el delito, por la cantidad de droga incautada y la pureza de la misma.

En su concepto, lo anterior constituye un error de derecho dado que la norma de determinación de pena del artículo 69 del Código Penal, por su actual redacción, introducida por la Ley 21.483 sólo puede ser aplicada en delitos contra las personas, que supongan la existencia de una víctima en concreto. La norma de determinación de pena del artículo 69 citado, por su redacción, sólo es aplicable a los delitos de resultado, que suponen la existencia de un mal causado por el delito que puede ser conmensurado; por lo que no puede ser aplicada en los delitos de tráfico de drogas por ser un delito de peligro, donde se adelanta la punición a figuras imperfectas que no han producido ningún mal en concreto. Si se estima que la norma de determinación de pena del artículo 69 del Código Penal es aplicable a los delitos de peligro, entonces sólo puede ser utilizada para fundamentar una rebaja de la pena en concreto, toda vez que no se ha alcanzado a configurar el mal, y nunca se producirá, porque el delito quedó en un estado de imperfecto, por lo que pide anular el juicio y la sentencia, y, de acuerdo a lo que dispone el artículo 386 del Código Procesal Penal, determine el estado en que ha de quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

**Segundo:** Que, el recurso deducido por la defensa de Arqueros Meneses se funda —de manera análoga al anterior— de forma principal en la causal contenida en el artículo 373, letra a) del Código Procesal. Expone que



en este proceso se ha conculcado en su esencia el derecho a un procedimiento racional y justo, en otras palabras, el derecho a un debido proceso consagrado en el inciso quinto del numeral 3º, del artículo 19 de la Carta Fundamental y que, además, es respaldado por la misma Constitución en el artículo 5º, que hace aplicable los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile, dado que el acusado fue sujeto a un control de identidad con ausencia de la existencia del necesario indicio establecido por el artículo 85 del Código Procesal Penal, traduciéndose en una arbitrariedad contraria al mandato constitucional de la igualdad ante la Ley.

Denuncia que se ha conculcado, en su esencia, el derecho a un procedimiento racional y justo, toda vez que la policía, con el actuar descrito, ha infringido el marco normativo justamente establecido para resguardar las garantías constitucionales, en preceptos tales como los de los artículos 83, y 85 del Código Procesal Penal, respecto al supuesto indicio del olor a marihuana descrito por los funcionarios aprehensores, por lo que pide acoger el recurso, se anule 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 de su conocimiento toda la prueba presentada por el ministerio público.

De forma subsidiaria, funda el recurso en el motivo de invalidación contenido en el mismo artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, toda vez que, en su concepto, se ha infringido la cadena de custodia de la droga incautada en la presente causa, lo cual al vincularlo a la infracción al art 41 de la Ley 20.000. Denuncia que se ha viciado la trazabilidad entre la droga incautada y la droga analizada, toda vez que faltan piezas de la cadena de custodia como lo es la falta de informe de remisión de la droga al servicio de



salud, ya que solo se cuenta con el acta de recepción del Servicio de Salud N° 087/2021, de fecha 01 de marzo de 2021.

Lo anterior, en su concepto, vulnera el debido proceso, como garantía fundamental, dado que no existe en la carpeta investigativa el acta de remisión de la droga incautada, no advirtiendo si se da cumplimiento a los plazos para la remisión del alcaloide y dar la trazabilidad a la evidencia incautada, por lo que pide invalidar la sentencia recurrida, y en su lugar, dicte sentencia de remplazo absolutoria respecto de los cargos formulados, en calidad de autor del tráfico de pequeñas cantidades (sic), por no ser los hechos constitutivos de delito.

**Tercero:** Que, al inicio de la audiencia, la defensa de Solimano Menares incorporó la prueba de audio, previamente ofrecida y aceptada por esta Corte.

**Cuarto:** Que, la sentencia impugnada, en su motivo décimo, tuvo por acreditado que, *“el 26 de febrero de 2021, alrededor de la una de la madrugada, funcionarios de carabineros se encontraban efectuando patrullaje preventivo por la Ruta 5 Norte. A la altura del kilómetro 85 de la comuna de Llayllay, se percataron que el automóvil que los antecedió, marca Kia, Modelo Rio 4, color plateado, mantenía la luz trasera del costado derecho en mal estado, por lo que su conductor fue fiscalizado a la altura del kilómetro 89 esto es, en el sector de la plaza de peaje Las Vegas de Llayllay. El vehículo era conducido por Guillermo Alfonso Arqueros Meneses, acompañado por Nelson Alfonso Solimano Menares, al momento de solicitar la licencia de conducir, los funcionarios policiales se percataron que desde el móvil expelía un fuerte olor a marihuana, motivo por el que lo revisaron, encontrando en el habitáculo donde se ubica la palanca de cambio, un envoltorio con marihuana, y al revisar el portamaletas encontraron una bolsa de color verde con el logotipo del supermercado Jumbo, en cuyo interior había 11 paquetes con huincha de color*



*gris y 7 paquetes con huincha color amarillo, similares a los contenedores de droga, que al ser sometidos a prueba de campo por personal de OS7, arrojó coloración positiva ante la presencia de cocaína y un peso bruto de 18 kilos 809 gramos. La sustancia vegetal arrojó coloración positiva ante la presencia de thc, peso bruto de 6 gramos 290 miligramos. Además, se incautó en dinero efectivo \$156.000 y \$392.700”.*

Lo anterior fue calificado por los sentenciadores como constitutivo del delito de tráfico ilícito de estupefacientes descrito y sancionado en el artículo 3° 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 novena que, *“...la jurisprudencia de nuestros tribunales, en especial de la Excma. Corte Suprema, ha sido clara, desde hace bastante tiempo, en el sentido que el incumplimiento de la norma invocada no constituye una infracción al debido proceso. Así por sentencia de 23 de agosto de 2010 en la causa rol 3657-2010, la Excelentísima Corte Suprema sostuvo ‘la infracción no acarrea necesariamente el quebrantamiento de la cadena de custodia, entendida esta como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones... En efecto, la sola circunstancia que la droga haya sido remitida por la policía al Instituto de Salud Pública, fuera del plazo que prevé el mentado artículo 41, no genera como consecuencia necesaria una falta de certeza sobre la calidad de dicha evidencia, ni sobre las condiciones arribadas a su respecto, por cuanto dicha irregularidad en el traspaso no revela indefectiblemente alguna alteración, sustitución o*



*contaminación de la misma. Al respecto conviene tener presente que la cadena de custodia, considerada en los sistemas penales de corte acusatorio, como una de las garantías particulares que integran la noción del debido proceso, tiene como finalidad asegurar al juzgador que la evidencia física que se le presenta en el juicio sea la misma que se recolectó en el sitio del suceso, es decir que no ha sido alterada cambiada o destruida, para con ello darle un sentido de veracidad, no solo a la prueba, sino la forma en que se recolectó y procesó la misma. De igual modo, si el Código Procesal Penal no regula de manera sistemática la forma y procedimiento de la cadena de custodia del material probatorio, esta se desprende en los artículos 181 y 188 citado cuerpo legal, que imponen al Ministerio Público la obligación de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes del mismo, como la de conservar las especies recogidas durante la investigación, de modo de evitar que se alteren de cualquier forma y garantizar su debida preservación e integridad. De este modo, si bien la cadena de custodia de los indicios materiales, encuentra su fundamento en el debido proceso, para que se genere alguna duda sobre la certeza y seguridad del procedimiento de control, no basta el mero retardo en el traspaso de la droga que regula el artículo 41 de la ley 20000, si no que se requiere generar algún cuestionamiento directo que afecte la identidad e integridad de la evidencia, asunto que no ha ocurrido en la especie, pues la alegación de la defensa en torno a la manipulación de la sustancia incautada resulta ser meramente hipotética y eventual, sin que se haya planteado alguna duda sobre el gramaje, ni sobre la naturaleza de la misma, ni que haya sido alterada o destruida, manteniéndose entonces indemne... Asimismo, la conclusión de que el simple incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Drogas, no*



*genera una infracción a la cadena de custodia, ni la consecuente infracción al debido proceso, resulta coherente con lo sostenido por el profesor Hernández en cuanto a que, “la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla, no puede bastar la infracción de la ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal, como una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación a la misma”. (Hernández B., Héctor. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004 N° 2.) En el mismo sentido las sentencias dictadas recientemente, en las causas Rol 60655-2021, de fecha 7 de octubre de 2022; Rol 93272-2021 de fecha 289 de septiembre de 2022; y 4377-2021 de fecha 5 de marzo de 2021, todas de la Excm. Corte Suprema.*

*De este modo entonces, estas sentenciadoras han decidido desestimar las alegaciones de la defensa, por cuanto, si bien es cierto que hubo un retraso en la entrega de la droga incautada, sin contar con autorización de parte del juez de Garantía; dicho retardo sólo es sancionado administrativamente. Aunado a lo anterior, el retardo indicado, no ha afectado de modo alguno el debido proceso, manteniéndose indemne la naturaleza de las sustancias incautadas. Es así entonces, que podemos afirmar, sin lugar a dudas, que la prueba documental incorporada a juicio, fue complementario a la declaración de los testigos, considerando además que se trata de documentos emanados de diversas autoridades públicas, por lo que no cabe sino, valorarlos de manera positiva.*

*No obstante lo señalado, se le restó valor probatorio a los oficios Reservados N° 111, de fecha 2 de marzo de 2021; N° 3152-2021 de 23 de*



*marzo de 2021; N° 194 de fecha 12 de abril de 2021, por cuanto se trata de comunicaciones entre autoridades, que no aporta antecedentes relevantes para la resolución de los antecedentes que han sido puestos en conocimiento de este tribunal...*

*...Entiende el tribunal que el artículo 85 del Código Procesal Penal es una norma de excepción, que afecta las garantías constitucionales de un sujeto, toda vez que limita aquella consagrada en el N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política, en cuanto restringe la libertad de las personas. Por esta razón es que el indicio que, de acuerdo a la norma en cuestión, autoriza a los funcionarios policiales a realizar el control de identidad debe encontrarse bajo parámetros objetivos y demostrables, no sólo bajo la subjetividad de dichos funcionarios, toda vez que el sólo 'olfato policial' carece de la posibilidad de ser fiscalizado con posterioridad y demostrado en juicio. Entendemos que de los dichos de los funcionarios policiales se desprenden elementos objetivos y demostrables, que permiten calificar la conducta de los acusados dentro de las hipótesis analizadas, toda vez que además de lo señalado por aquel -y que se relacionó en el párrafo anterior- se pudo apreciar imágenes del vehículo, en el que se observaba el foco trasero derecho dañado (apagado) además de la bolsa de nylon en el habitáculo de la palanca de cambios, que en su interior contenía una sustancia de color verdoso, similar a la marihuana, la que podía apreciarse a simple vista. Cabe considerar que de las imágenes exhibidas, fue posible observar que se trataba de una simple bolsa plástica, abierta, lo que de acuerdo a las máximas de la experiencia, expele olor a marihuana, fácilmente apreciable por el olfato humano...*

*... En un sentido similar, lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema, con fecha 11 de junio de 2015, en la causa Rol N° 5841-2015...*



*... De este modo entonces, entiende el tribunal que nos encontramos frente a una actuación policial que se enmarca dentro de las hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal, por cuanto los funcionarios policiales realizaron su gestión, en atención a los indicios derivados de la observación del vehículo en que los acusados se trasladaban, mientras efectuaban un patrullaje; que, a raíz de la fiscalización realizada por los carabineros, derivada de una infracción de tránsito, esto es conducir con una luz trasera que no funciona, al requerir el funcionario fiscalizador la documentación del vehículo, se percata del olor a marihuana y luego ve una bolsa que contenía una yerba similar a esa sustancia, todos antecedentes necesarios para presumir fundadamente que los sujetos llevaban al interior del automóvil una sustancia prohibida por la ley N° 20.000, esto es precisamente la hipótesis de que la persona hubiera cometido el delito. Entendemos que, en la especie, los antecedentes fundados que poseían los funcionarios policiales hacían necesario el control de identidad, para verificar si al interior del vehículo se transportaba una sustancia de las características indicadas.*

*Entendemos entonces, que los antecedentes expuestos permitieron a carabineros, controlar a los ocupantes del vehículo, por ende los hallazgos derivados de esta actuación policial, constituyen prueba lícita de la comisión del delito imputado, al no haber los funcionarios policiales conculcado la garantía constitucional del debido proceso y libertad ambulatoria, alegados por la defensa del acusado.*

*Así las cosas, la coherencia de todos los medios probatorios, su armonía en tiempo, circunstancias, datos científicos, su variada composición y origen como prueba testimonial, pericial, documental y material, todos los cuales se ratifican unos con otros, son los que en definitiva le otorgan el grado*



*de credibilidad suficiente para sobrepasar el estándar de convicción mínimo exigido por la normativa procesal penal vigente y permiten formar convicción en estos sentenciadores respecto de los hechos que se describen en el motivo siguiente...”.*

Por su parte, el fundamento decimoséptimo estableció que, *“...el delito de tráfico ilícito de drogas se encuentra sancionado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de 40 a 400 Unidades Tributarias Mensuales, tomando en consideración que a ambos acusados no les benefician atenuantes ni le perjudican agravantes, conforme al artículo 68 del Código Penal, el tribunal podrá recorrer la pena en toda su extensión. Ahora bien, conforme al artículo 69, estiman estas sentenciadoras, que un quantum de 12 años, es condigno con los hechos por los que se les ha condenado. En efecto, debemos considerar que el delito de tráfico de estupefacientes, es un delito de peligro, que se materializa en el riesgo que las sustancias contenidas en la ley 20.000 sean puestas a disposición de las personas, por el importante daño que produce a la salud pública, como se indica de manera clara en los informes incorporados por el Ministerio Público al respecto. En el caso de marra, se incautaron más de 18 kilos de cocaína de alta pureza —86%— sustancia que, de acuerdo a las máximas de la experiencia, es adulterada y abultada con otras sustancias, por lo que la cantidad de dosis que pueden obtenerse de ésta es muy alta, más de 100.000 dosis, lo que implica poner a disposición de la sociedad, una gran cantidad de sustancia, altamente peligrosa para la salud, por lo que no es posible imponer a los condenados, una pena inferior a la indicada...”.*

**Quinto:** Que, en lo concerniente a la infracción denunciada a título principal en ambos recursos 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 de los acusados, como denunciaron sus defensas.



**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 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.

**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 los recursos, 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 las nulidades propuestas, 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 de la causal principal de los recursos, 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 décimo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en haber sorprendido a los acusados, transportando un primer envoltorio con marihuana y, en el portamaletas, paquetes con un total de 18 kilos 809 gramos de una sustancia que arrojó la presencia de cocaína. Dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización por parte de funcionarios policiales, de acuerdo



al mérito de los antecedentes, oportunidad en la cual 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 estiman 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 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 expusieron de manera conteste los agentes policiales que participaron del procedimiento llevado a cabo el 26 de febrero de 2021, en horas de la madrugada, fiscalizaron —en la Ruta 5— a un vehículo que circulaba con un foco trasero en mal estado. Al momento de solicitar la documentación al conductor del mismo, sintieron un fuerte olor a marihuana, advirtiendo que en el interior del móvil había una bolsa contenedora de una sustancia vegetal, similar al alcaloide señalado, momento en el cual proceden a controlar la identidad de los ocupantes, registrando el vehículo, encontrando en el portamaletas una bolsa contenedora de paquetes de clorhidrato de cocaína.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo el haber efectuado un control vehicular, pues la Ley 18.290 permite a los funcionarios policiales el control de los vehículos que circulan por la vía pública. En ese control vehicular aparece el indicio que permite llevar a cabo un control de identidad a sus ocupantes, facultad autónoma amparada por el artículo 85



del Código Procesal Penal, por medio de la que se permite a los funcionarios policiales proceder al registro de las vestimentas, equipaje y vehículo de las personas 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, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales 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 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 por los funcionarios policiales.

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 de los imputados,



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, razón por la cual se desestimarán las causales principales contenidas en los arbitrios en estudio.

**Decimosexto:** Que, incumbe analizar la causal subsidiaria contenida en el recurso de nulidad deducido por la defensa de Arqueros Meneses, que se sustenta en la conculcación del debido proceso, en su vertiente de la legalidad de los actos del procedimiento.

Para resolver dicho reproche conviene tener presente que el artículo 41 de la Ley 20.000 señala que, *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, las sustancias y especies a que se refieren los artículos 1º, 2º, 5º y 8º y, en su caso, las materias primas empleadas en su elaboración, que sean incautadas en conformidad a la ley, deberán ser entregadas dentro de las veinticuatro horas siguientes al Servicio de Salud que corresponda [...]”*.

Por su parte, el artículo 42 dispone que, *“Los funcionarios responsables del retardo en el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el artículo anterior serán sancionados con una multa a beneficio fiscal equivalente al cinco por ciento de su remuneración imponible mensual, por cada día de atraso, sin que pueda exceder del total de dicha remuneración”*.

**Decimoséptimo:** Que del texto previamente transcrito, resulta palmario que el legislador sólo ha establecido en forma expresa, como sanción para el incumplimiento por parte de la policía de lo dispuesto en el citado artículo 41, la imposición de una multa a beneficio fiscal al funcionario infractor, sin que el



retardo en la entrega de las sustancias estupefacientes decomisadas constituya un vicio procesal que genere por sí solo la falta de validez de dicha evidencia, ni de las pruebas que puedan derivar de la misma, pues tal infracción no acarrea necesariamente el quebrantamiento de la cadena de custodia, entendida ésta como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones.

**Decimoctavo:** Que, en efecto, la sola circunstancia que la droga haya sido remitida por la policía al Instituto de Salud Pública fuera del plazo que prevé el mentado artículo 41, no genera como consecuencia necesaria una falta de certeza sobre la calidad de dicha evidencia ni sobre las conclusiones arribadas a su respecto, por cuanto dicha irregularidad en el traspaso no revela indefectiblemente alguna alteración, sustitución o contaminación de la misma.

Al respecto, conviene tener presente que la cadena de custodia, considerada en los sistemas penales de corte acusatorio, como una de las garantías particulares que integran la noción del debido proceso, tiene como finalidad asegurar al juzgador que la evidencia física que se le presenta en el juicio, sea la misma que se recolectó en el sitio del suceso, es decir, que no ha sido alterada, cambiada o destruida, para con ello darle un sentido de veracidad, no sólo a la prueba, sino a la forma en que se recolectó y procesó la misma. De igual modo, si bien nuestro Código Procesal Penal no regula de manera sistemática la forma y procedimiento de la cadena de custodia del material probatorio, ésta se desprende de los artículos 181 y 188 del citado cuerpo legal, que imponen al Ministerio Público la obligación de consignar y



asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo, como la de conservar las especies recogidas durante la investigación, de modo de evitar que se alteren de cualquier forma y garantizar su debida preservación e integridad.

De este modo, si bien la cadena de custodia de los indicios materiales encuentra su fundamento en el debido proceso, para que se genere alguna duda sobre la certeza y seguridad de este procedimiento de control, no basta el mero retardo en el traspaso de la droga, que regula el artículo 41 de la Ley 20.000, sino que se requiere generar algún cuestionamiento directo que afecte la identidad e integridad de la evidencia, asunto que no ha ocurrido en la especie, pues la alegación de la defensa en torno a la manipulación de la sustancia incautada resulta ser meramente hipotética y eventual, sin que se haya planteado alguna duda consistente de que haya sido alterada o sustituida, manteniéndose, entonces, indemne.

**Decimonoveno:** Que, de acuerdo a lo anterior, si bien en este caso se ha constatado un retraso en el proceso de traspaso de las sustancias incautadas, relativa al plazo, que en todo caso resulta explicable por la circunstancia que dicha incautación fue efectuada un día viernes y que el Servicio de Salud no funciona el fin de semana, ésta no genera como consecuencia la exclusión de esa evidencia o la ausencia de su valor probatorio ni de las pericias derivadas, pues aquella no produce forzosamente la falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma. (SCS Rol N° 3657-10 de 23 de agosto de 2010).

Por lo demás y tal como lo señalan los autores Horvitz y López, *“la problemática antes tratada ha de ser distinguida de aquella referida al control sobre la licitud de la prueba, esto es, sobre la falta de observancia de los*



*derechos constitucionales del afectado en la obtención de la evidencia”* (Horvitz L. y López M., Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.184).

En efecto, en este caso —conforme se razonó precedentemente— no existe cuestionamiento en torno al hecho que la sustancia estupefaciente fue incautada de manera lícita por parte de la policía, en el procedimiento realizado por los funcionarios de Carabineros de Chile el día 26 de febrero de 2021, de modo tal que bajo ningún pretexto era ni es aplicable la norma del artículo 276 inciso tercero del Código del ramo, pues ésta disposición legal sólo permite excluir en la audiencia de preparación del juicio oral las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, situación que, como se dijo, no ocurrió en este proceso.

**Vigésimo:** Que, asimismo, la conclusión que el simple incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Drogas, no genera una infracción a la cadena de custodia ni la consecuente infracción al debido proceso, resulta coherente con lo sostenido por el profesor Hernández, en cuanto a que: *“la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción puede vincularse de modo tal con una garantía fundamental que puede conceptualizarse como una afectación a la misma”* (Hernández, H. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004, N° 2).

**Vigesimoprimer:** Que, conforme a lo razonado, tanto la entrega tardía de la sustancia incautada por parte de la policía, como la incorporación de las



pruebas derivadas de la misma en la audiencia de juicio oral en particular, la pericia química y su posterior valoración por los jueces del Tribunal de Juicio Oral, no generan una infracción al derecho al debido proceso, ni menos sustancial, sino sólo el incumplimiento de una norma legal, cuya inobservancia se encuentra reprimida expresamente por el legislador con una sanción extraprocesal dirigida al funcionario infractor, en virtud de lo cual no se configura la denuncia efectuada por el defensor, en su segundo segmento de la causal invocada en este recurso de nulidad.

**Vigesimosegundo:** Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Corte ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS Roles N° 2.866-2013 de 17 de junio de 2013, 4.909-2013 de 17 de septiembre de 2013; 21.408-14 de 8 de septiembre 2014; 28.109- 18, de 4 de febrero de 2019 y 21-2019, de dieciocho de febrero de dos mil diecinueve), situación que no se ha advertido en la especie, razones todas por las que la causal en estudio no podrá prosperar.

**Vigesimotercero:** Que, en lo que respecta a la primera causal subsidiaria propuesta por la defensa de Solimano Menares sustentado en el



hecho que existió la infracción al artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al 342, letra c) del mismo cuerpo legal, por cuanto el fallo infringe el principio de la razón suficiente, debe estarse a lo concluido por los sentenciadores en la motivación novena, en la cual, a través de los diversos elementos de convicción que precisa va acreditando la participación del acusado en los hechos atribuidos, superando el estándar de duda razonable para desvirtuar su presunción de inocencia.

**Vigesimocuarto:** Que, esta Corte ya ha señalado que toda sentencia criminal debe razonar y exponer los fundamentos en que se apoya, justificar la decisión adoptada, fijar los hechos y establecer el derecho aplicable. El cumplimiento de la obligación de motivación de la decisión significa elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos hechos como probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos en la litis, con las garantías inherentes al juicio oral. Tal deber apunta no sólo a permitir la comprensión de la decisión, sino además a garantizar la actuación racional en el terreno de la determinación de las premisas fácticas del fallo.

La satisfacción de esta carga posibilita la fiscalización de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores mediante el ejercicio de los recursos procesales. Si el tribunal explica las razones de su resolución es posible controlar si efectivamente la actividad judicial se ha desarrollado dentro de los parámetros de la lógica-racional y la legalidad o si, por el contrario, es el resultado de la arbitrariedad. Por ello, en nuestro ordenamiento jurídico las decisiones judiciales no deben resultar de meros actos de voluntad o ser fruto de simples impresiones de los jueces, sino que deben ser el corolario de la estimación racional de las probanzas, exteriorizada como una explicación igualmente racional sobre las razones de la decisión de una determinada



manera —y no de otra—, explicación que deberá ser comprensible por cualquier tercero, mediante el uso de la razón.

**Vigesimoquinto:** Que, al mismo tiempo, la fijación de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables a los acusados, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297 ya citado. Atendiendo a esta norma, el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, únicos o plurales, por los cuales se dieren por probados los hechos y circunstancias atinentes a la litis.

**Vigesimosexto:** Que, tal exigencia de fundamentación ha sido debidamente satisfecha por la sentencia que se revisa. En efecto, el fallo extrae conclusiones del análisis de la prueba, como resultado de un proceso valorativo de cada uno de los elementos de convicción rendidos, tanto respecto de los hechos objetivos integrantes del tipo penal atribuido como de la conducta desplegada por la acusada.

En las condiciones expresadas no puede catalogarse como carente de lógica y comprensión el fallo impugnado, como demanda el artículo 342 del Código Procesal Penal, desde que la sentencia entrega los basamentos que conducen a la decisión alcanzada respecto del delito pesquisado, fundado en el análisis singular y conjunto de las probanzas producidas, lo cual surge de la lectura de los considerandos del fallo. Tales consideraciones conducen a una conclusión unívoca, como expresa la sentencia, cuya inteligencia se justifica en virtud de los argumentos explicitados en ella y que no han sido desvirtuados por el recurso, por lo que solo resta concluir que la impugnación formulada por la defensa da cuenta de una mera discrepancia con la conclusión de condena de su defendida, juicio que el tribunal sustentó suficientemente como se



advierte de los motivos transcritos *ut supra*, por lo que la imputación relativa a una presunta falencia en la ponderación de los elementos de convicción no será admitida. En tal sentido no existiendo afectación a los principios de la lógica, la causal invocada por la defensa de Solimano Menares será desechada.

**Vigesimoséptimo:** Que, en lo que guarda relación con la última de las causales subsidiarias contenidas en el arbitrio recursivo de Solimano Menares, bastaría para desechar dicha causal —asilada en artículo 373, letra b) del código adjetivo— el tenor del petitorio de la misma, en tanto se solicita la invalidación, tanto de la sentencia como del juicio oral, en circunstancias que el reparo del articulista se centra en la determinación de la pena, al haberse atendido a la extensión del mal causado para su regulación. Bajo dicha premisa, lo natural hubiese sido que lo pedido con ocasión de la causal en estudio se centrara únicamente en la invalidación de la sentencia y la consecuente dictación de la sentencia de reemplazo, la cual siguiese la línea argumentativa de la defensa al momento de determinar el quantum punitivo, situación que no se ha verificado.

A mayor abundamiento, tampoco se advierte el yerro atribuido por la recurrente, careciendo el mismo de sustento pues, la determinación del mal causado —para los efectos de regular la pena— es un concepto del todo subjetivo, que debe ser apreciado de acuerdo a las circunstancias de cada caso por los sentenciadores del fondo de manera soberana, escapando tal regulación de los parámetros objetivos pretendidos por la recurrente. En el caso de marras, el mal causal fue ponderado por los sentenciadores en atención a la gran cantidad y pureza droga incautada, lo cual llevó a concluir el



grave peligro para la salud que su circulación hubiese ocasionado, de forma tal que el recurso será rechazado.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo establecido en los artículos 372, 373 letras a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechazan** los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los acusados Guillermo Alfonso Arqueros Meneses, y Nelson Alfonso Solimano Menares, en contra de la sentencia condenatoria de trece de febrero de dos mil veintitrés, pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, en la causa RUC 2.100.186.812-5 y RIT 48-2022, y contra el juicio oral que le antecedió, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

**Nº 26.338-2023.**

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavolari G. No firman el Ministro Sr. Brito y la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con licencia médica y con feriado legal, respectivamente.





FQSBXEXXVT

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

