

Santiago, nueve de agosto de dos mil veintidós.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, por sentencia de dos de mayo de dos mil veintidós, en los antecedentes RUC 2.100.734.863-8, RIT 18-2022, condenó a John Eduard Castrillón Flores, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a veinte unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en grado de consumado, perpetrado el día 12 de agosto de 2021, en la comuna de Osorno, sin costas.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado recurrió de nulidad, arbitrio que fue conocido en la audiencia pública de veinte de julio pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura de la sentencia para el día de hoy, como consta en el acta respectiva.

**Considerando:**

**Primero:** Que, el recurso de nulidad se cimenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, denunciando que tanto en el desarrollo del procedimiento, como en el pronunciamiento de la sentencia, se han infringido garantías fundamentales, aseguradas por nuestra Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 3 inciso 6, N° 4 y N° 7 y artículo 85 del Código Procesal Penal, al no existir un indicio fundado, objetivo y suficiente que permitiera el control de identidad del acusado por parte de los



funcionarios policiales, los que obraron fuera de los presupuestos establecidos en el artículo 85 antes referido.

Explica que su defendido fue sometido a un control de identidad que condujo a su detención, motivado únicamente por la circunstancia de encontrarse sentado en la motocicleta, detenido y que al momento de sacar su permiso para conducir desde su bolsillo derecho del pantalón, cayó una bolsa de nylon transparente con una sustancia blanca, lo que no constituye, a juicio de la defensa, un indicio, esto es, una presunción de que la persona en cuestión había cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.

Solicita se acoja el recurso de nulidad, 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, excluyéndose de su conocimiento toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

**Segundo:** Que, en subsidio de la causal anterior, invoca nuevamente la prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al haberse rechazado la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, infringieron el debido proceso, particularmente la presunción de inocencia de su defendido, como garantía integrante del mismo.

Asegura que los sentenciadores invirtieron la carga de la prueba, al señalar que es deber del “interesado” comprobar que no tiene condenas en su país, no obstante que en el caso se acompañó documento Certificado emanado del Ministerio de Defensa Colombiano el cual señala que John Castrillón Flores, no



aparece en los registros de antecedentes penales y/o anotaciones y órdenes de captura de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol.

**Tercero:** Que, como segunda causal subsidiaria de nulidad, la defensa alega la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del mismo código, por haberse infringido el principio de la razón suficiente, por ausencia de fundamentación, al momento que se afirma en la sentencia que no es efectivo que el Ministerio Público deba justificar condenas pretéritas del sentenciado, para rechazar la atenuante de irreprochable conducta anterior.

Solicita se anule la sentencia y el juicio oral, determinando el estado en que debe quedar el proceso, ordenando la remisión de estos antecedentes a un Tribunal no Inhabilitado para que se efectúe un nuevo juicio oral.

**Cuarto:** Que, como tercer motivo subsidiario de nulidad, se alega la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal, en relación con el artículo 43 y 1° de la Ley 20.000.

Denuncia que el informe regulado en el artículo 43 de la Ley N° 20.000, no estableció la pureza o concentración de la droga, sino únicamente la presencia del estupefaciente, resultando imposible determinar si ella tiene o no idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública.

Si la ausencia de pureza de la sustancia vegetal impide considerar a la misma como de aquellas previstas en el artículo 1° de la ley 20.000, no se podría predicar a su respecto que constituyen el objeto material prohibido por el legislador, por lo que se ha aplicado en forma errónea el artículo 1° del Código



Penal, por lo que, al no existir delito respecto a la sustancia vegetal incautada, nunca se debió condenar a mi representado por los 329,13 gramos de cannabis sativa.

Solicita se anule la sentencia recurrida, y se dicte sentencia de reemplazo que condene al acusado John Castrillón Flores a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, previsto y sancionado en el artículo 4° de la Ley 20.000, y demás accesorias legales que corresponda, por la posesión de 92 gramos de cocaína, concediéndole la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena conforme artículo 4° de la Ley 18.216, modificada por la Ley 20.603.

**Quinto:** Que, por último, en subsidio de todas las causales de nulidad antes alegadas, se denuncia la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 11 N° 6 Código Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho a los hechos que el tribunal ha tenido por acreditados, yerro que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la que se sustenta en haber desestimado la petición de la defensa de reconocer la aludida minorante no obstante haberse establecido como hecho de la causa que no registra anotaciones prontuariales pretéritas en Chile como en su país, explicando el subsecuente efecto del error de derecho en la determinación de la pena impuesta.

Solicita, se declare la nulidad de la sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo que acoja la circunstancia atenuante prevista en el artículo 11 número 6 del Código Penal y, sumada a la ya reconocida atenuante del numeral 9 del mismo artículo y Código, se rebaje la pena, imponiéndose la de tres



años y un día de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes, concediendo pena sustitutiva ya sea la contenida en el artículo 15 o 34 de la ley 18.216, modificada por la ley 20.603.

**Sexto:** Que, la sentencia impugnada, en su motivo quinto, tuvo por acreditado que: *“El 12 de Agosto del 2021, alrededor de las 22:00 horas, John Eduard Castrillón Flores fue controlado en calle Errázuriz frente al n°1571 de Osorno, en circunstancias que se encontraba como conductor de la moto, patente FBY 55, siendo sorprendido portando en el bolsillo de su pantalón tres bolsitas con clorhidrato de cocaína, en el habitáculo de la moto una bolsa con 95,39 gr de una sustancia compuesta por cocaína y lidocaína y una bolsa con 329,13 gramos de cannabis; sustancias que eran transportadas por el agente para ser entregadas a un tercero. Igualmente fueron encontrados en poder del imputado \$334.970 en dinero en efectivo y dos teléfonos celulares”.*

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.

**Séptimo:** Que, en lo concerniente a la infracción denunciada en el motivo principal 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.

**Octavo:** 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.

**Noveno:** Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario su análisis a efectos de poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa.

**Décimo:** Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se



encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (entre otras, SCS N°s 7.178-2017, de 13 de abril de 2017; 9.167-2017, de 27 de abril de 2017; 20.286-2018, de 01 de octubre de 2018; 28.126-2018, de 13 de diciembre de 2018; 13.881-2019, de 25 de julio de 2019; y, 2.895-2020, de 4 de marzo de 2020).

Es así como el artículo 83 del citado cuerpo normativo establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales, permitiendo su gestión autónoma para prestar auxilio a la víctima (letra a); practicar la detención en casos de flagrancia conforme a la ley (letra b); resguardar el sitio del suceso con el objeto de facilitar la intervención de personal experto de la policía, impedir la alteración o eliminación de rastros o vestigios del hecho, etcétera, (letra c); identificar testigos y consignar las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar



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

**Undécimo:** 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.

**Duodécimo:** 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, intermediación y bilateralidad de la audiencia, que rigen la incorporación y valoración de la prueba en este sistema procesal penal.

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 Tercero:** Que, resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, en su motivo quinto, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en haber sido sorprendido el acusado transportando la sustancia ilícita incautada, al interior de la motocicleta en que se encontraba y en los bolsillos de su pantalón. Dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización vehicular por parte de funcionarios policiales, de acuerdo al mérito de los antecedentes, oportunidad en que el fiscalizado les refirió no contar con licencia de conducir, sino sólo un permiso internacional, el que al extraerlo de su bolsillo derecho del pantalón, cayó una bolsa transparente con una sustancia blanca en su interior, momento en el cual el control vehicular mutó a un control de identidad del artículo 85 del código adjetivo, según lo declararon en juicio los funcionarios policiales Fabián Valdez Muñoz y Juan Espinoza Norambuena, quienes declararon -según se lee en el motivo séptimo de la sentencia recurrida- que pudieron ver el envoltorio con una sustancia blanca en su interior, que cayó cuando Castrillón Flores sacaba de su bolsillo el permiso de conducir internacional que refirió tener, lo que les impresionó como droga. Ambos funcionarios policiales indicaron que esto ocurrió cuando practicaban un control vehicular, circunstancia que les permitió posteriormente realizar un control investigativo, encontrando en la maleta de la motocicleta las sustancias ilícitas con el peso indicado, envasada de manera rudimentaria.



**Décimo Cuarto:** 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 —por cuanto una bolsa de nylon con una sustancia blanca en su interior que cae de uno de los bolsillos no sería un indicio suficiente—, 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.

**Décimo Quinto:** Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe señalar que, conforme expusieron de manera conteste los dos agentes policiales que participaron del procedimiento llevado a cabo el día 12 de agosto de 2021, fiscalizaron el vehículo en que estaba sentado el acusado, a las afueras de una sucursal de Chile Express y en el momento en que se le pidió el permiso de circulación y los papeles de la motocicleta, éste refirió no contar con el primero, sino con un permiso internacional para conducir, disponiéndose a sacarlo de su bolsillo derecho, momentos en que de él se cayó una bolsa de nylon transparente contenedora de una sustancia blanca, oportunidad en que la fiscalización vehicular dio paso a un control de identidad investigativo dado el indicio que apreciaron.

De lo anteriormente expuesto se colige que es perfectamente legítimo el haber efectuado un control vehicular, pues es la propia Ley 18.290 la que permite a los funcionarios policiales el control de los vehículos que circulan, usan o transitan en la vía pública. Es en ese control vehicular, cuando 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 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, vieron cuando del bolsillo derecho del pantalón, al hasta ese momento fiscalizado, se le calló una bolsa de nylon transparente contenedora de una sustancia blanca, lo que a ambos funcionarios policiales les impresionó como droga, circunstancia que permitió que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que se trasladaba por el acusado una sustancia prohibida.

**Décimo Sexto:** Que, por lo demás, las características del envoltorio, sus dimensiones y apariencia, además de apreciarse en su interior una sustancia y su cantidad, son elementos objetivos 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 acreditado en virtud de lo declarado por los funcionarios policiales.

**Décimo Séptimo:** 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 también 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 primer motivo de nulidad deducido en estos autos.

**Décimo Octavo:** Que en cuanto al primer motivo subsidiario de nulidad alegado por la defensa, también se hace consistir en la causal prevista en el artículo 373 a) del Código Procesal Penal, pero fundado en haberse infringido la garantía del debido proceso, particularmente la presunción de inocencia, al haberse desestimado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, invirtiendo para ello la carga de la prueba, al exigir a la defensa acreditar que no tiene condenas en el país de origen, no obstante haberse acompañado un documento que acredita que su defendido no registra antecedentes penales en Colombia. Sobre el particular, baste señalar para el rechazo de este motivo de nulidad, que los cuestionamientos planteados en el arbitrio en examen dice relación con un motivo de nulidad diverso al aquí planteado, como es la infracción de las reglas de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicamente afianzados, circunstancia que lleva a desestimar la causal de nulidad en examen.



**Décimo Noveno:** Que, a continuación, se invocó como segundo motivo subsidiario de nulidad, la causal prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo de normas, al haberse desestimado la circunstancia minorante de responsabilidad, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, infringiendo el principio de la razón suficiente por ausencia de fundamentación, al afirmar en la sentencia que debe ser acreditado por la defensa que su representado no tiene antecedentes penales pretéritos.

Sobre el particular, esta Corte ya ha sostenido 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 la justificación 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.

**Vigésimo:** Que, al mismo tiempo, la fijación de los hechos y circunstancias que se tuvieren por probadas, favorables o desfavorables al acusado, 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 por los cuales se dieren por probados los hechos y circunstancias atinentes a la litis.

**Vigésimo Primero:** 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, respecto de los hechos objetivos integrantes de la circunstancia atenuante penal alegada por la defensa, decidiendo su rechazar.

De esta manera, a diferencia de lo denunciado en el recurso, el tribunal sí se hace cargo de analizar toda la prueba rendida en el juicio a este respecto, en su fundamento décimo primero, señalando que *“... en la especie no concurre la minorante del artículo 11 n°6 del Código Penal, pues no fue allegado ningún dato o antecedente que demostrara que el encartado es poseedor de una irreprochable conducta anterior, circunstancia que no se puede presumir de la sola falta de acreditación de anotaciones penales anteriores. No es efectivo que sea de cargo del persecutor demostrar algún reproche anterior para que la circunstancia en*



*comento no concurra y que en el caso que así no ocurra la buena conducta se haya de presumir; es el interesado en establecerla quien debe fundar tal calidad del proceder pretérito del encartado aportando algún antecedente que así lo demuestre, teniendo en cuenta además, que se trata de un sujeto que, según los antecedentes aportados, llevaba varios años viviendo de forma irregular en Chile, lo que hace aún menos relevante o sustancial la información relativa únicamente a la conducta penal en su país de origen”.*

Así, no se observan que la sentencia carezca de contenido fáctico respecto de la ausencia de antecedentes penales pretéritos del encartado, tanto en su país de origen como en Chile, desde que, los jueces del Tribunal Oral de Osorno, al abocarse a analizar la atenuante de irreprochable conducta anterior, concluyen que la sola ausencia de reproches penales, no es suficiente para reconocer la morigeración de la sanción penal, agregando *“máxime si el encartado ha vivido en forma irregular en Chile”*, estimando que la defensa debía aportar otros antecedentes que demostraran, además, la falta de reproche en la conducta anterior de Castrillón Flores.

**Vigésimo Segundo:** Que, a mayor abundamiento, es forzoso recordar que en este recurso no ha sido dada a esta Corte la facultad de realizar una nueva ponderación de los elementos de prueba vertidos en el juicio oral, puesto que ello atenta contra el principio de inmediación y supera los límites de la nulidad. Por el contrario, las argumentaciones del impugnante se dirigen en este sentido, a cuestionar la valoración de la prueba producida por la defensa durante el juicio, mediante el análisis parcial de ella, sin atacar —como supone la causal de nulidad en examen— el razonamiento del fallo que plasma el análisis global de la prueba



rendida, en cuanto éste debe ajustarse a las reglas de la sana crítica, respetando las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicamente afianzados.

Por ello, la circunstancia de no compartir el recurrente las conclusiones del tribunal en cuanto a la valoración de la prueba producida, no supone automáticamente su impugnación por esta vía, desde que no se ha denunciado y demostrado la infracción a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, extremo que tampoco concurre pues quedó demostrado que las pruebas fueron consideradas y valoradas, sin contradecir estos parámetros, lo que permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegó el veredicto e impide configurar que el vicio denunciado, como constitutivo de invalidación absoluta, que contempla el artículo 374, letra e) del Código Procesal Penal, de manera que, el recurso propuesto por esta causal será rechazado.

**Vigésimo Tercero:** Que respecto de la cuarto motivo subsidiario alegado, fundado en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, como se dijo, los hechos reproducidos precedentemente fueron calificados como constitutivos 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, para lo cual se tuvo presente las pericias químicas referidas en el motivo 7° del fallo, las que son categóricas en el sentido que las muestras examinadas correspondían a sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, descritas en el artículo 1° del Reglamento de la Ley 20.000, esto es, cannabis sativa o marihuana, como se concluye en el mismo basamento, al comprobarse la presencia de cannabinoles.





**Vigésimo Cuarto:** Que la pureza de la sustancia traficada no es una exigencia del tipo penal del artículo 3° de la Ley N° 20.000.

Al efecto, se debe tener presente que la propia Ley N° 20.000, en su artículo 63, ha establecido que será un reglamento el que señale las sustancias a que se refiere el artículo 1° del referido cuerpo legal, dictándose el D.S. N° 867 del año 2008, que reemplazó al D.S. N° 565 del año 1995, encontrándose la cannabis, en sus estados de resina, sumidades floridas o con frutos, o extractos y tinturas, contemplada en el actual artículo 1° del citado Reglamento.

De esta manera, la presencia de los principios activos de la sustancia de rigor es suficiente para calificarla como aquella que constituye el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, cuestión que ocurrió en este caso al detectarse en las muestras periciadas, según ya se explicitó, la presencia de aquellos principios activos propios de dicha sustancia.

**Vigésimo Quinto:** Que, a mayor abundamiento, al incautarse 329,13 gramos brutos de cannabis sativa, además de más de 95 gramos de cocaína y lidocaína, sustancias que dada su aptitud de ser dosificada y distribuida a numerosos consumidores finales, revela la inequívoca presencia del peligro concreto para la salud pública, objeto jurídico de protección amparado por la Ley N° 20.000 (SCS N° 23245-2019 de 30 de septiembre de 2019).

En este estado de las cosas, el objeto material del delito de tráfico de estupefacientes ha sido demostrado en el caso en comento, motivo por el cual no han errado los sentenciadores al establecer que los hechos descritos satisfacen la figura típica del artículo 3° de la Ley N° 20.000.



**Vigésimo Sexto:** Que, por todas las razones expuestas, la cuarta causal subsidiaria del arbitrio de nulidad deducido también será desestimada.

**Vigésimo Séptimo:** Que, finalmente, se ha denunciado la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al haberse infringido el artículo 11 N° 6 del Código Penal, al haberse desestimado la referida circunstancia atenuante, a pesar que el tribunal tuvo por cierto que el encartado no registra en Chile como en su país de origen, antecedentes penales pretéritos.

En el análisis de esta circunstancia, los jueces para desechar la concurrencia de esta atenuante señalaron en el párrafo tercero del basamento undécimo del fallo que el solo hecho de no registrar reproches penales con anterioridad, no era suficiente para reconocer la morigerante, desde que se trata de un extranjero que se encuentra en el país desde hace años, de forma irregular, circunstancias que imponen a la defensa acreditar otros antecedentes que lo hagan merecedor de la atenuante que alega.

**Vigésimo Octavo:** Que las razones esgrimidas por el tribunal para descartar esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, después de aceptados los hechos que la constituyen, esto es, la falta de anotaciones prontuariales pretéritas en Chile como en su país de origen, resultan contrarias a derecho y por lo tanto, representan efectivamente el yerro denunciado.

La norma en estudio señala que constituye una circunstancia atenuante “*Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable*”. Si bien la disposición contempla un adjetivo que debe ser interpretado y valorado por el tribunal, cual es la expresión “*irreprochable*”, ella no supone la imposición de exigencias adicionales como lo sostienen los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.



En primer término, el tribunal rechazó la modificatoria de responsabilidad en estudio porque el sentenciado es un ciudadano extranjero que se encuentra en Chile desde hace años en forma irregular, circunstancia que no constituye un elemento de la atenuante, al contrario, la condición de migrante constituye una categoría sospechosa cuya utilización como criterio diferenciador de una decisión jurisdiccional puede importar un motivo de discriminación secundaria, que solo está permitida en la medida que se acredite que ella resulta legítima, objetiva, razonable y proporcional, nada de lo cual fue justificado por los sentenciadores de mérito, por lo que se incurre en error de derecho al excluir la concurrencia de la atenuante alegada, por esa circunstancia.

Luego, los jueces consideran que la defensa debía demostrar otras circunstancias, adicionales a reproches penales anteriores del encartado. Sin embargo, tal exigencia de demostrar “*otras circunstancias*” que no han sido especificadas, no están en la disposición en examen y constituye un evidente error de derecho del tribunal, puesto que el hecho objetivo que debió ser analizado por éste era la existencia de anotaciones prontuariales pretéritas del imputado, tanto en Chile como en el país de origen, como se descartó, sin que fuera relevante para su establecimiento cualquier otra consideración de orden privado.

**Vigésimo Noveno:** Que, además, doctrinariamente, vale la pena tener en cuenta que la irreprochabilidad de la conducta que exige la minorante en examen, ha sido entendida en dos aspectos. Uno negativo, que dice relación con que el sujeto no haya sido condenado penalmente en el pasado, antes de la comisión del delito; otro positivo, que haya tenido un comportamiento ético-social adecuado con sus semejantes. De este modo, no se considera, de consiguiente, su moral



personal, pues la vida privada queda al margen de esta valoración, siempre que no trascienda y afecte a los demás. (Garrido, Mario, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Ed. Jurídica, segunda edición, 2010, páginas 195 a 196).

**Trigésimo:** Que de la forma antes señalada, aparece que los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal incurrieron efectivamente en error de derecho al desestimar la atenuante de irreprochable conducta anterior, habiendo manifestado argumentos del todo equívocos y contrarios a derecho para descartarla.

Lo anterior importa un grave perjuicio para el sentenciado, desde que esta atenuante, unida a aquéllas reconocidas por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, esto es, la 11 N° 9, colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, sin que concurren circunstancias agravantes de responsabilidad, coloca a éste en la situación que contempla el inciso 3° el artículo 68 del Código Penal, esto es, tener en su favor dos atenuantes sin que le afecte ninguna agravante, y con ello al juzgador imponer la pena asignada al delito rebajada en uno, dos o tres grados al mínimo de lo señalado por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias.

**Trigésimo Primero:** Que la situación antes descrita, consistente en haberse aplicado erróneamente la norma legal que permite configurar una atenuante de responsabilidad penal a favor del acusado, constituye la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, alegada por el recurrente, lo que es suficiente para acoger el recurso y declarar la nulidad de la sentencia condenatoria, en atención a lo que dispone el artículo 385 del Código Procesal Penal, desde que, como se razonó precedentemente, ésta no se



refiere a formalidades del juicio ni a los hechos ni circunstancias que se hubieren dado por probados en el juicio, pues el no reconocimiento de la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal obedece, como se dijo, a un error de derecho, cometido al esgrimir fundamentos jurídicos equivocados y con ellos desechar la pretensión del imputado, colocándola en situación desmejorada para la aplicación de la pena.

**Trigésimo Segundo:** Que, precisamente, es en esta parte donde adquiere vital importancia la exigencia básica establecida para que proceda la nulidad, esto es, que el vicio, consistente en una aplicación errónea del derecho, haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

En efecto, cabe dejar en claro que, en el presente caso, la aplicación de la pena se rige por el artículo 68 del Código Penal y si bien, atendidas las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, el juez está facultado para recorrer la sanción en los términos que cada inciso señala, es lo cierto que ello sólo se hará cuando se haya establecido o no su concurrencia. La facultad de rebajar la pena, la podrá ejercer sólo si las condiciones establecidas en el proceso le permiten tal opción, lo que equivale a decir que si, como sucede aquí, se le ha reconocido dos atenuantes, el margen de su facultad está solo en determinar si rebaja uno, dos o tres grados la pena al mínimo señalado en la ley. Cabe advertir que la determinación previa de si concurren o no tal o tales atenuantes que han sido alegadas, no es una mera facultad del tribunal el aceptarlas, sino que constituye un deber el pronunciarse sobre ellas, decisión que ha de fundarse legalmente y en que, por cierto, se puede incurrir en errores de derecho, lo que evidentemente es revisable por esta vía.



De este modo, para la situación en estudio, y habiéndose reconocido por este tribunal la concurrencia de dos atenuantes, sin que exista agravante alguna, son estos jueces, que al dictar la sentencia de reemplazo y dando aplicación al citado artículo 68 del Código Penal, los únicos que pueden rebajar la pena en los términos ya expresados, estimándose que procede disminuir la sanción en un grado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letras a) y b), 374 letra e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se declara:**

**I.- Que se rechaza la causal principal, primera, segunda, tercera y cuarta subsidiaria de invalidación,** contenida en el recurso de nulidad promovido por el abogado defensor público Juan Antonio Martínez Vidal, en representación del sentenciado John Eduard Castrillón Flores, contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, en los antecedentes RUC 2.100.734.863-8, RIT 18-2022, de fecha dos de mayo de dos mil veintidós, que lo condenó a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a veinte unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de un delito de tráfico ilícito de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en grado de consumado, perpetrado el día 12 de agosto de 2021, en la comuna de Osorno, sin costas.

**II.- Se acoge la causal quinta subsidiaria del recurso de nulidad** deducido por la defensa del condenado John Eduard Castrillón Flores, impetrado



en contra de la misma sentencia, en aquella parte que rechazó la atenuante de responsabilidad de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, en cuya virtud lo condena a la pena antes señalada, y se procederá a dictar a continuación, sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Rol 14.451-2022

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., Sra. María Teresa Letelier R. y los Abogados Integrantes Sra. Pía Tavolari G. y Sr. Ricardo Abuauad. No firma la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.





CNBFXXJXXVT



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

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.



CNBFXXJXXVT