Santiago, nueve de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de once de octubre de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 2.001.030.933-7, RIT 248-2021, condenó a Juan Guillermo Reyes Pérez, como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, consumado, perpetrado en Quilpué el día 8 de octubre del año 2020, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de diez unidades tributarias mensuales, a las accesorias legales de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y costas. Se le sustituyó la pena privativa de libertad por la de libertad vigilada intensiva.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado recurrió de nulidad, arbitrio que fue conocido en la audiencia pública de veintidós de agosto pasado, oportunidad en la cual se incorporó la prueba ofrecida por la defensa, 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 se cimenta en la causal de nulidad prevista en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, explicando que los funcionarios policiales tenían la decisión y determinación de registrar al imputado y el automóvil antes de sentir el olor a marihuana, esto es, desde el momento en que observaron un vehículo que les habría llamado la atención debido a que se encontraba estacionado en un lugar oscuro, cercano a casas en ambos costados.

Esta decisión deliberada por parte de los funcionarios policiales resulta discriminadora y da cabida a prejuicios y suposiciones policiales, que en algunas ocasiones pueden obtener buenos resultados, pero la mera sospecha, prejuicios y

JCTMXBXEXLH

las suposiciones están vedadas por el Código Procesal Penal para restringir la libertad, mediante el artículo 85 del mismo cuerpo legal. Agrega que, asimismo, la decisión de los funcionarios policiales de practicar un control de identidad, fundado en una percepción subjetiva, como lo es el fuerte olor a marihuana que percibieron al acercarse al automóvil, desemboca en una arbitrariedad contraria al mandato constitucional de la igualdad ante la Ley, el debido proceso y la libertad ambulatoria, consagradas en nuestra Carta Fundamental y en los tratados internacionales ratificados por Chile

Por lo anterior, solicita anular la sentencia y el juicio oral que la precede, solicitando se retrotraigan los autos al estado de realización de un nuevo juicio oral excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos policiales quienes efectuaron el control de identidad que da origen a la presente causa y las demás evidencias e indicios encontrados en el mismo, además de excluir toda la prueba documental, pericial y material por guardar relación con los elementos del delito que fueron incautados con infracción de garantías constitucionales.

Segundo: Que, al inicio de la audiencia, la defensa incorporó la prueba, previamente ofrecida y aceptada por esta Corte.

Tercero: Que, la sentencia impugnada, en su motivo noveno, tuvo por acreditado que, *"el día 8 de octubre del año 2020, alrededor de las 22:50 horas, el acusado Juan Reyes Pérez, se encontraba a bordo del automóvil P.P.U LGTZ25, estacionado en la calle Paulo Ramírez N° 099 de Quilpué, y en el asiento trasero transportaba una mochila en cuyo interior mantenía un recipiente de plástico que contenía nueve envoltorios de papel aluza transparente con 85.5 gramos netos de Cannabis y otros cuatro envoltorios de papel blanco que contenían 3.9 gramos netos de la misma sustancia. Además, portaba $74.000, en billetes de distinta denominación".*

JCTMXBXEXLH

Lo anterior fue calificado por los sentenciadores como constitutivo del delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en artículo 4° de la Ley N° 20.000, bajo la modalidad de trasporte.

Ahora, en relación a los puntos abordados en el recurso de nulidad, el fallo señaló en la motivación decimotercera que, "…*la defensa cuestionó el control de identidad y registro que devino en el hallazgo de la droga en el automóvil que conducía el acusado. Sostuvo, en resumen, que el agente policial actuó sin indicio suficiente y objetivo de que el acusado hubiese cometido un crimen, simple delito o falta.*

Sin embargo, el Tribunal desestima dicha alegación en tanto la diligencia cuestionada, se efectuó, conforme explicó el Carabinero cuestionado, en completa armonía con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Tal como relató el policía, en un primer momento llamó su atención que el automóvil en cuestión estaba estacionado en una zona oscura, cercano a viviendas y que un sujeto estaba apoyado en la ventanilla del copiloto. Relató cómo fue que al aproximarse al automóvil, el sujeto se percató de la presencia policial y se fue raudamente a una vivienda, dejando solo al conductor en el interior del automóvil. Explicó cómo al pedir a éste último que bajara la ventanilla para que le exhibiera la documentación de rutina, cédula y papales del automóvil, sintió el olor característico de la marihuana, indicio que lo estimó como suficiente de la comisión de un crimen o simple delito y procedió a la revisión corporal del acusado y registro del automóvil y equipaje, la mochila que estaba dispuesta en el asiento posterior.

El artículo 85 del Código Procesal Penal no exige flagrancia, simplemente un indicio que atendida las circunstancias del caso pueda llevar a estimar al agente policial que la persona a fiscalizar pueda haber cometido o intentado

JCTMXBXEXLH

cometer un crimen, simple delito o falta. Este es el caso, el indicio era claro y univoco, y fue corroborado por el posterior hallazgo de Cannabis, sustancia de la cual emana un olor característico que puede ser percibido por cualquier sujeto medio, sobre todo por un agente policial que a diario se ve expuesto a ese tipo drogas. El hecho que el policía llevase puesta la mascarilla que se usa por motivo de la pandemia y que la sustancia estuviese en el interior de la mochila, en un recipiente y en contenedores de aluza, no es barrera a la expansión del olor de ese tipo de droga".

Cuarto: Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, el artículo 19, N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas.

Quinto: Que, en otro orden de consideraciones, en cuanto a las facultades autónomas de actuación que la ley le entrega al personal policial, así como lo referido al respeto del debido proceso y la intimidad, esta Corte Suprema ha señalado reiteradamente que la negativa a admitir prueba ilícita tiene como

JCTMXBXEXLH

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 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.

Séptimo: Que como se ha dicho en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (entre otras, SCS Nºs 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

JCTMXBXEXLH

las declaraciones que ellos presten voluntariamente, tratándose de los casos de las letras b) y c) citadas (letra d); recibir las denuncias del público (letra e) y efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

A su vez, los artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal, regulan el procedimiento de control de identidad, estableciendo la facultad de los funcionarios policiales para solicitar la identificación de cualquier persona sin orden previa de los fiscales, en los casos fundados en que estimen que exista algún indicio de que se hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; en el caso que la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad; facultando para el registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 —que describe lo que debe entenderse por situación de flagrancia— así como de quienes, al momento del cotejo, registren orden de aprehensión pendiente.

Octavo: Que las disposiciones recién expuestas tratan, entonces, de conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos con los derechos y garantías de los ciudadanos, estableciéndose en forma general la actuación subordinada de los entes encargados de la ejecución material de las órdenes de indagación y aseguramiento de evidencias y sujetos de investigación al órgano establecido por ley de la referida tarea, los que a su vez actúan conforme a un

JCTMXBXEXLH

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, como ya se expresó *ut supra*, en su motivo noveno, consignó los

JCTMXBXEXLH

presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en haber sorprendido al acusado guardando y transportando recipiente de plástico que contenía nueve envoltorios de papel aluza transparente con 85.5 gramos netos de cannabis y otros cuatro envoltorios de papel blanco que contenían 3.9 gramos netos de la misma sustancia, al interior del automóvil que conducía. Dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización por parte de funcionarios policiales, de acuerdo al mérito de los antecedentes, oportunidad en la cual el 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.

Undécimo: Que en la especie, la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicarse un control de identidad a su representado sin que existiera indicio para ello, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implica 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 señalar que, conforme expusieron de manera categórica el agente policial que participó del procedimiento llevado a cabo el día 8 de octubre de 2020, fiscalizaron al acusado que se encontraba estacionado, con un sujeto posado en la ventanilla o vidrio de la puerta del copiloto, el cual ingresó rápidamente a un domicilio en los momentos en que los funcionarios policiales se aproximaban. Al momento de controlar al conductor del vehículo, el conductor bajó el vidrio y es en ese momento que sintieron un fuerte olor a marihuana, oportunidad en que la fiscalización vehicular dio paso a un control de identidad investigativo dado el indicio olfativo descrito.

JCTMXBXEXLH

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 se encuentran en la vía pública. En ese control vehicular aparece el indicio que permite llevar a cabo un control de identidad a su ocupante, 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 del vehículo a cargo 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, percibiendo al momento en que el conductor baja su vidrio, 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.

Decimotercero: 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 no solo por los funcionarios policiales, sino que por el propio acusado y la testigo Camila Acevedo.

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;

JCTMXBXEXLH

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.

Decimocuarto: Que, de este modo, y como reiteradamente se ha dicho, más allá de expresar si esta Corte comparte o no la apreciación de los policías de que la situación de autos ameritaba controlar la identidad del imputado, lo relevante y capital aquí es que el fallo, 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.

Lo anteriormente expuesto, lleva necesariamente a desestimar el arbitrio deducido en estos autos.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado Juan Guillermo Reyes Pérez, contra la sentencia de once de octubre de dos mil veintiuno, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar y el juicio oral que le antecedió en la causa RUC 2.001.030.933-7, RUC 248-2021, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Llanos, quienes estuvieron por acoger el recurso por la causal invocada, y en consecuencia anular el juicio oral y la sentencia, disponiéndose la realización de un nuevo juicio ante tribunal inhabilitado, teniendo para ello presente:

JCTMXBXEXLH

1.- Que, el recurrente de nulidad ha alegado una vulneración de tres derechos fundamentales: a la igualdad y no discriminación arbitraria, al debido proceso y a la libertad personal, consagrados respectivamente en los artículos 19 N°s 2, 3 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que obliga a pronunciarse sobre todos ellos;

2.- Que, de los fundamentos de la alegación del recurrente se desprende claramente que lo común a los tres derechos invocados es la ausencia de motivación racional y objetiva en la actuación del policía al controlar y detener al condenado y registrar su vehículo. Tal carencia habría provocado una discriminación arbitraria en contra del condenado, una restricción igualmente arbitraria de su derecho a la libertad personal, lo que habría conducido a una condena impuesta a través de un procedimiento viciado, que no respetó su derecho a uno justo y racional.

3.- Que, para analizar el mérito de tales argumentaciones se debe tener presente la motivación decimotercera del fallo impugnado, detallada en el considerando tercero del acuerdo de mayoría. De éste se desprenden tres conclusiones lógicas:

La primera, que el policía realizó en primer término un control vehicular que durante su realización mutó a un control de identidad; y que a partir de este último procedió al registro vehicular que derivó en la pesquisa de la droga y en la consecuente detención por flagrancia.

La segunda, que para fundar el control vehicular el tribunal tuvo por acreditadas las siguientes circunstancias: a) Que el policía estimó que el control vehicular se encontraba habilitado por el artículo 85 del Código Procesal Penal; b) Que para arribar a aquella estimación el policía tuvo en consideración: i) “que el automóvil en cuestión estaba estacionado en una zona oscura, cercano a

JCTMXBXEXLH

viviendas”; y, ii) “que un sujeto estaba apoyado en la ventanilla del copiloto.(…y) que al aproximarse al automóvil, el sujeto se percató de la presencia policial y se fue raudamente a una vivienda, dejando solo al conductor en el interior del automóvil”.

Y la tercera, que para fundar el control de identidad que habilitó el registro vehicular y posterior detención, el tribunal tuvo por acreditada la siguiente circunstancia: que el policía “al pedir a éste último [esto es, al condenado] que bajara la ventanilla para que le exhibiera la documentación de rutina, cédula y papales del automóvil, sintió el olor característico de la marihuana”.

4.- Que, en este caso, debe descartarse que el control vehicular haya habilitado por sí solo el control de identidad posterior, por cuanto la sentencia impugnada que tuvo por habilitados ambos controles, no da cuenta de que el policía haya estimado la concurrencia de una infracción del tránsito, requisito que parcialmente ha considerado esta Corte para fundar un posterior control de identidad, por cuanto copulativamente ha exigido también que la mentada infracción administrativa vaya además acompañada de otros elementos indiciarios (CS, Rol Nº 40.045-17; la misma idea en Rol N° 43.676- 17, Rol N° 18.654-18 y Rol N° 31.242-18).

De manera que, no habiéndose acreditado una infracción previa a las normas del tránsito, como paso previo para determinar la validez jurídica del actuar de la policía debe precisarse si el control vehicular que no derivó en ninguna infracción administrativa, fue legítimo o no.

5.- Que, un examen de esta clase no puede reducirse a uno de simple legalidad, porque la legalidad por sí sola no acredita racionalidad en el uso de las facultades que la norma entrega a los agentes del Estado. Y en tanto los preceptos constitucionales que se estiman vulnerados exigen que las restricciones

JCTMXBXEXLH

que la ley permite no se realicen arbitrariamente, el examen de racionalidad se torna insoslayable en esta sede, en que el control que se solicita es -precisamente- de constitucionalidad y no simple legalidad.

Por lo demás esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que, en lo referente a la validez de la actuación autónoma de las policías, el examen posterior que ejecuta el órgano jurisdiccional busca —precisamente— descartar la arbitrariedad, abuso o sesgo en el actuar de estos agentes (entre otras, SCS, N°s 4.271-2019; 2.877-2019; 5.404-2019; 21.095-2019; 21.143-2019; 20.890-2019; 21.147-2019; 25.202-2019; 25.005-2019; 26.906-2019; 29.021-2019).

6.- Que, de este modo, si bien es cierto que la Ley 18.290 (de Tránsito) permite a los funcionarios policiales realizar un control de los vehículos que se encuentran en la vía pública, no puede desconocerse que los policías, en tanto agentes de la Administración del Estado, realizan actuaciones administrativas —en oposición a las jurisdiccionales——que, a su vez y en cuanto tales, requieren de una motivación racional como garantía de interdicción de cualquier posible arbitrariedad en la persecución punitiva del Estado en contra de una persona.

Lo cierto es que, en el asunto en análisis, la motivación entregada por los agentes para fundar el control vehicular se reduce a dos circunstancias concretas: a) que el automóvil en cuestión estaba estacionado en una zona oscura y cercano a viviendas y b) que un sujeto apoyado en la ventanilla del automóvil —distinto del conductor fiscalizado—, al advertir la presencia policial “se fue raudamente a una vivienda, dejando solo al conductor en el interior del automóvil”.

La primera circunstancia, esto es, que el vehículo a fiscalizar se encontraba estacionado en una zona oscura, cercano a viviendas, no puede considerarse bajo ningún respecto un antecedente que racionalmente permita fundar un control de la normativa de Tránsito, salvo que se sostuviera que el vehículo se encontraba mal

JCTMXBXEXLH

estacionado, lo que no fue recogido en modo alguno en la sentencia que tuvo por habilitada la fiscalización de esta clase. Esto es así, porque la sola circunstancia de encontrarse un vehículo estacionado en una zona oscura es una circunstancia absolutamente neutra, que así expresada no permite inferir racionalmente que el conductor esté presto a cometer un delito o que lo haya cometido.

La segunda circunstancia, esto es, que un segundo sujeto, distinto del fiscalizado, se haya alejado de los policías ante su proximidad, tampoco puede considerarse un antecedente racional para motivar un control vehicular (ni tampoco un control de identidad), no solo porque el control no se dirigía contra él, sino además porque, como también ha sostenido esta Corte, el mero alejamiento de los policías no constituye un indicio de alguna actividad delictiva, en tanto "puede ser una acción natural y esperable de la población en general ante la presencia policial, la que puede tener múltiples motivaciones, desde la mera intención de no interactuar con carabineros, hasta la evasión de un conflicto menor (no portar cédula de identidad o circular en la vía pública con bebidas alcohólicas, a modo de ejemplo)" (entre otras, SCS, Nº 15.472-2017; y, razonando de modo similar, Nºs 7.983-2018; 28.218-2018. En lo atingente al ocultamiento ante la presencia policial, N°s 18.323-2016; 7.513-2018).

7.- Que, si bien confirmar la arbitrariedad del control vehicular realizado por los policías debiese ser suficiente consideración para decretar su invalidez y la del consecuente control de identidad que en él se fundó, resulta necesario a fin de analizar completamente las alegaciones del recurso, pronunciarse igualmente sobre el indicio estimado por los policías para realizar el control de identidad y posterior registro vehicular y detención del condenado.

8.- Que en relación a la percepción del "olor a marihuana" realizada por los policías a partir de la circunstancia de que el condenado bajó la ventanilla del

JCTMXBXEXLH

vehículo fiscalizado por los policías, si bien la habilitación legal del ejercicio de esa facultad autónoma de la policía se encuentra en el artículo 85 del Código Procesal Penal, al igual que en el análisis precedente, la sola habilitación legal nada dice del ejercicio no arbitrario de la facultad autónoma contenida en la norma. Es por ello que, tal como he señalado en ocasiones anteriores, en opinión de este Ministro disidente, "la proporcionalidad y la racionalidad de la actuación de los agentes, debe determinarse caso a caso de acuerdo –a lo menos– a dos circunstancias relevantes: la oportunidad de la detección y la competencia técnica del agente detector" (entre otras, SCS N° 13.814-2022).

9.- Que, así y en el caso en estudio, respecto a la oportunidad de la detección, de los hechos asentados es claro que las circunstancias que habilitaron la percepción del olor están dadas por el control vehicular que obligó al condenado a bajar la ventanilla de su automóvil y, con esa acción, dejar escapar el olor que el policía percibió. Y en tanto, se ha podido arribar a la convicción que el control vehicular careció de motivación racional, no puede considerarse que su realización haya sido en modo alguna oportuna.

Ahora bien, respecto a la competencia técnica del agente, si bien en términos genéricos está se podría asumir del carácter técnico que detenta la Institución a la que pertenecen los funcionarios detectores (de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 18.961), en la especie, no se encuentra acreditado que el funcionario tuviera alguna experiencia en la fiscalización de drogas que le permitiera identificar un aroma que una persona común y corriente no podría determinar con facilidad; la percepción del olor tampoco ha podido ser confirmada por otro agente, lo que podría haber revestido de alguna objetividad la estimación policial; y, por lo demás, la sentencia impugnada tuvo por acreditado, en su motivación decimotercera, que al momento de la percepción del olor el

JCTMXBXEXLH

agente detector llevaba “puesta la mascarilla que se usa por motivo de la pandemia”, agregando que la sustancia que emitía el olor estaba “en el interior de la mochila, en un recipiente y en contenedores de aluza”, circunstancias que en conjunto tiñen de subjetividad la percepción policial del olor, sin dar cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio objetivo y verosímil de que la persona fiscalizada hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; o de que se dispusiere a cometerlo, en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, en tanto se encuentra traslapada por una mascarilla y por los envases cerrados que contenían la droga al interior del vehículo, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito. Todo lo cual, en definitiva, no permite disipar el sesgo de arbitrariedad que refleja la estimación indiciaria realizada por el policía.

10.- Que, a partir de lo que se viene razonando, es posible concluir que todas las circunstancias descritas precedentemente, que la sentencia impugnada ha tenido como suficientes para validar la actuación policial, ni observadas de modo aislado, ni en conjunto, permiten a este disidente arribar a la convicción de que se realizaron bajo parámetros de racionalidad. Y en tanto, como ya se ha señalado, la mera legalidad no es suficiente, la actuación del agente policial debe estimarse necesariamente como arbitraria y en consecuencia ilegítima, lo que permite tener por acreditada la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

N° 90.951-2021.

JCTMXBXEXLH

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y la Abogada Integrante Sra. Pía Tavolari G. No firman los Ministros Sres. Valderrama y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso y en comisión de servicios, respectivamente.

HAROLDO OSVALDO BRITO CRUZ
MINISTRO
Fecha: 09/09/2022 12:59:45

LEOPOLDO ANDRES LLANOS SAGRISTA
MINISTRO
Fecha: 09/09/2022 12:59:46

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA
ABOGADO INTEGRANTE
Fecha: 09/09/2022 12:59:46

JCTMXBXEXLH

En Santiago, a nueve de septiembre 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.

JCTMXBXEXLH