

Santiago, diecisiete de enero de dos mil veintitrés.

VISTOS:

El Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veinticinco de septiembre de dos mil veintiuno, rectificadora el veintiocho de septiembre siguiente, en los antecedentes RUC 2.000.468.264-6, RIT 118-2021, condenó a Kevin Ignacio Cartes Vargas, a la pena de quinientos cuarenta y un (541) días de presidio menor en su grado medio; y a Diego Ignacio Martínez Beltrán, Leonardo Ignacio Navia Álvarez y Germán Ignacio Sepúlveda Rojas, a la pena de sesenta y un (61) días de presidio menor en su grado mínimo, en calidad de autores de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, en grado de desarrollo consumado, perpetrado el día 10 de mayo de 2020, en la comuna de La Florida.

Se los condenó, además, a las penas accesorias legales correspondientes y al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a un tercio de unidad tributaria mensual, sustituyéndose la pena corporal impuesta por la de reclusión parcial nocturna.

En contra de dicho fallo, las defensas de los sentenciados recurrieron de nulidad, arbitrios que fueron conocidos en la audiencia pública de veintiocho de diciembre 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 deducido por la defensa de Leonardo Navia Álvarez se cimenta en la **causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, en relación con el artículo 385 del Código Procesal Penal, por haberse infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados



internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, toda vez que los funcionarios policiales actuaron fuera de la ley, al proceder al allanamiento del vehículo, sin existir la flagrancia a que se refiere el artículo 130 del Código Procesal Penal, sino solo haber percibido olor a marihuana.

Discute también la pena sustitutiva aplicada a su defendido, sosteniendo que se ha infringido el artículo 4 de la Ley 18.216, pues atendida la extensión de la pena corporal impuesta y que no registra anotaciones prontuariales pretéritas, el Tribunal debió otorgarle la remisión condicional, empero le impuso la reclusión nocturna domiciliaria.

Por lo anterior, solicita se acoja el recurso, se anule la sentencia y en su reemplazo se dicte una que absuelva a su representado por las razones antes mencionadas. En subsidio, solicita se anule la sentencia en su parte conclusiva y se la reemplace por otra que, en cuanto a la forma de cumplimiento, disponga la remisión condicional de la pena.

SEGUNDO: Que, por su parte, el recurso de nulidad deducido por la defensa de los sentenciados Cortes Vargas, Martínez Beltrán y Sepúlveda Rojas, en forma principal, también se sustenta en la causal descrita en el **artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, en relación a lo preceptuado en los artículos 19 número 3, 6 y 7, todos de la Constitución Política de la República, artículos 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y artículos 83, 85 y 295 del Código Procesal Penal, denunciando como vulnerada la garantía al Debido Proceso.

Explica que la prueba habría sido obtenida con infracción de garantías fundamentales ya que emana de un control de identidad y posterior registro del vehículo donde viajaban, sin ajustarse a lo previsto en el artículo 85 del Código



Procesal Penal, por cuanto de las declaraciones de los tres funcionarios policiales que participaron en el procedimiento, se desprende que el único indicio que existió para proceder a la revisión del vehículo fue el supuesto olor a marihuana que habrían emanado desde su interior, pudiendo descartarse cualquier otro indicio, toda vez que los funcionarios policiales son contestes en señalar que interactuaron con el vehículo por transitar sin sus placas patentes, por lo que, de conformidad a lo previsto en el artículo 200 N° 5 de la ley 18.290, al conductor del automóvil le fue cursada una infracción y nunca se formalizó por otro delito.

Agrega que se puede descartar el indicio de una posible infracción al artículo 318 del Código Penal debido a que dos de los testigos mencionaron que no se les detuvo por dicho delito, siendo sólo uno de los carabineros quien lo refiere, pudiendo desecharse la posibilidad de que hubiesen visto la droga desde afuera del vehículo durante la fiscalización, toda vez que todos los carabineros fueron contestes en señalar que la droga estaba dentro de una bolsa debajo del asiento del piloto y dentro de un bolso en el asiento trasero y que fue encontrada una vez que habían hecho bajar a los imputados del vehículo y habían procedido a registrarlo, por lo que el único indicio posible de esgrimir es el olor a marihuana, restando determinar si resulta suficiente para habilitar el posterior registro del vehículo.

Alega que el supuesto olor a marihuana no tendría la fuerza, objetividad y ostensibilidad necesaria para proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que se trata de una afirmación subjetiva e imposible de verificar, sin que sea suficiente para cumplir con el estándar que refiere la norma antes aludida, al no tratarse de una conducta determinada, concreta y objetiva que se comunicara con la comisión de un



delito, pues no se observó por parte de los funcionarios ninguna actividad de carácter ilícita como podría haber sido acciones o movimientos típicos de venta de drogas, como tampoco otra actividad indicativa de un crimen, simple delito o falta, sino la sola percepción olfativa de los carabineros.

Estima que el Tribunal erró al señalar que una de las bolsas contenedoras de la droga estaba a la vista, pues de las declaraciones consignadas en la sentencia, jamás se hizo referencia a que hubiese una bolsa con marihuana a la vista de los carabineros, estando todos contestes en decir que estaba debajo de un asiento y dentro de un bolso, que sólo la encontraron cuando registraron el automóvil, después de hacer bajar a sus ocupantes.

Solicita se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, se retrotraigan los autos al estado de realización de un nuevo juicio oral, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba de cargo, en atención a que toda ella se origina por un procedimiento ilegal de registro de vehículo.

TERCERO: Que, en forma subsidiaria, la defensa de Cortes Vargas, Martínez Beltrán y Sepúlveda Rojas invoca la causal prevista en el artículo en **el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal**, ya que la sentencia recurrida no habría dado cumplimiento al artículo 342, letra c), en relación al artículo 297 del mismo cuerpo normativo, en particular su inciso 2º, al no hacerse cargo de toda la prueba rendida y de las alegaciones de la defensa, no exponiendo las razones de por qué desechó las tesis de descargo, omitiendo una cabal fundamentación para emitir un veredicto condenatorio e infringiendo el principio lógico de razón suficiente.

Funda sus asertos en que existiría duda razonable respecto de que la marihuana encontrada estuviese destinada a ser comercializada, siendo plausible que estuviese dispuesta para el consumo personal y próximo en el



tiempo de los acusados, ya que todos los funcionarios policiales que participaron en el procedimiento que devino en el hallazgo de la droga fueron contestes en señalar que la droga estaba a granel, es decir no estaba dosificada, no se encontraron papelillos, pesas u otros elementos indiciarios típicos del tráfico de estupefacientes.

Respecto del dinero encontrado, a Kevin Cartes Vargas sólo se le incautaron 15 mil pesos, mientras que al acusado Leonardo Navia le incautaron 16 mil pesos, cantidad de dinero que razonablemente cualquier persona puede tener en su poder.

Estima que ello debe vincularse con las declaraciones de los acusados, quienes en todo momento refirieron que habían comprado la marihuana para abastecerse durante la cuarentena, para satisfacer sus necesidades de consumo personal, versión que califica de plausible y concordante con la ausencia de elementos indicativos de una actividad de tráfico, aspecto que no fue analizado por los sentenciadores, como tampoco explicaron por qué desestimaban que la droga estuviese dispuesta para el consumo de los acusados y qué razones daban para estimar que estaba dispuesta para su venta, pues se hace cargo de la prueba y configuración del delito en el considerando noveno.

Asegura que la sentencia se limita a explicar que los relatos de los policías son consistentes y verosímiles, sin explicar qué les hizo decidir que la droga estaba destinada a ser comercializada, sin siquiera hacerse cargo de las declaraciones de los acusados, por lo que la fundamentación es insuficiente en los términos del artículo 297 del Código Procesal Penal, puesto que no permite reconstruir el camino lógico seguido por los juzgadores para arribar a la conclusión condenatoria, sin que baste decir que carabineros encontraron dos



bolsas de marihuana a granel, sin referirse a otros elementos más allá de la cantidad de droga, pues ello no significa necesaria e inequívocamente que ésta estaba destinada a ser vendida.

Solicita se declare la nulidad del juicio y de la sentencia, debiendo determinarse el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal a quo, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, ante jueces no inhabilitados.

CUARTO: Que, la sentencia impugnada, en su motivo séptimo, tuvo por acreditado que: *“Que el 10 de mayo de 2020, alrededor de las 13:30 horas, personal de Carabineros de Chile, que patrullaba por la comuna de la Florida, fiscaliza al vehículo Station Wagon, que no portaba sus placas patentes, pero sí su documentación al día, en la intersección de Santa Cecilia esquina San Pedro, comuna de La Florida, sorprendiendo a los ocupantes del móvil, los acusados Diego Ignacio Martínez Beltrán, Kevin Ignacio Cartes Vargas, Leonardo Ignacio Navia Álvarez y German Ignacio Sepúlveda Rojas, transportando y portando para la venta, al interior del vehículo, 1 bolsa de nylon contenedora de cannabis sativa que arrojó un peso de 121 gramos y otra bolsa de nylon con cannabis sativa con un peso de 106 gramos, procediendo a la detención de todos los acusados. Asimismo, se procedió a incautarles cuatro celulares y dinero en efectivo.”*

Lo anterior fue calificado por los sentenciadores como constitutivo del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, descrito y sancionado en el artículo 4° de la Ley 20.000.

QUINTO: Que, no obstante las deficiencias formales que se observan en el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado Navia Álvarez, éste será analizado conjuntamente con el interpuesto en favor con los demás



encartados, desde que en todos ellos se denuncia la infracción de garantías fundamentales (debido proceso) por parte del personal de carabineros, quienes habrían actuado fuera de los márgenes establecidos en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

SEXTO: Que, sobre el particular, 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.

SÉPTIMO: 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.



OCTAVO: 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.

NOVENO: 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.

DÉCIMO: 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.

UNDÉCIMO: 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.

De hacerlo, quebrantaría 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.



DUODÉCIMO: Que, resulta relevante para ello señalar que la sentencia impugnada, como ya se expresó *ut supra*, en su motivo séptimo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron por establecidos, consistentes en haber sido los acusados sorprendidos transportando dos bolsas contenedoras de 121 y 106 gramos de cannabis sativa, respectivamente, al interior del automóvil en el que se trasladaban.

Dicho hallazgo fue precedido de una fiscalización por parte de funcionarios policiales fundado en que el vehículo circulaba sin sus placas patentes, de acuerdo al mérito de los antecedentes, oportunidad en la cual el personal policial percibió un fuerte olor a marihuana. Como consecuencia de ello, el control vehicular mutó a un control de identidad del artículo 85 del código adjetivo, según lo declararon en juicio los funcionarios policiales Antúnez Contreras, Leiva Maldonado y Cancino Railen, quienes precisaron que pudieron percibir un fuerte olor a marihuana luego que se bajaran los vidrios del vehículo; y que esto fue luego de decidir practicar el control vehicular al conductor del automóvil por circular en un vehículo sin sus placas patentes, circunstancias que les permitió posteriormente advertir que en su interior habían dos bolsos, uno debajo del asiento del conductor y otra en los asientos posteriores, en los que había sumidades floridas con el peso indicado, a granel.

DÉCIMO TERCERO: Que en la especie, las defensas de los encartados han 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 —por cuanto el olor a marihuana 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 CUARTO: Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe señalar que, conforme expusieron de manera conteste los tres agentes policiales, participaron del procedimiento llevado a cabo el día 10 de mayo de 2020, en un servicio focalizado, preventivo y de control por la pandemia.

Fiscalizaron al vehículo en que se desplazaban los acusados porque circulaba en la vía pública sin sus placas patentes, y en el momento en que se les pidió bajar los vidrios para solicitar la documentación del vehículo, 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 y la circunstancia de trasladarse en un vehículo sin sus placas patentes.

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 por la vía pública. Es en ese control vehicular, que aparecen indicios que permiten llevar a cabo un control de identidad a sus ocupantes, facultad autónoma amparada por el artículo 85 del Código Procesal Penal, que faculta a los funcionarios policiales a proceder al registro de las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona cuya identidad se controla, cuando según las circunstancias se estimare que se ha cometido un crimen, simple delito o falta o se dispusiere a su comisión, entre otras hipótesis, toda vez que, como ya se señaló circunstanciadamente en el fundamento que antecede, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales, percibieron un fuerte olor a marihuana que provenía del interior del automóvil, al momento en que sus pasajeros bajaron sus vidrios, móvil que transitaba sin sus placas patentes (indicio idóneo de un posible delito de receptación), lo que permitió



que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que se trasladaba por los acusados una sustancia prohibida.

DÉCIMO QUINTO: 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 acreditado en virtud de lo declarado 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.

DÉCIMO SEXTO: 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.



Lo anteriormente expuesto, lleva necesariamente a desestimar este aspecto de los arbitrios de nulidad deducidos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que el recurso de nulidad deducido en favor del sentenciado Navia Álvarez, denuncia, además, la infracción al artículo 4 de la Ley 18.216, yerro que es más propio del motivo de nulidad previsto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, causal que no ha sido invocada en el recurso, amén que no se ha indicado cómo este error de derecho se ha producido, sin que sea suficiente para su configuración, la circunstancia que el recurrente no comparta lo decidido por los sentenciadores, de manera que también este aspecto del recurso será desechado.

DÉCIMO OCTAVO: Que, finalmente, las defensas de los sentenciados Cortés Vargas, Martínez Beltrán y Sepúlveda Rojas denuncian el motivo de nulidad previsto en el artículo **en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal**, en relación a lo previsto en los artículos 342, letra c) y 297 del mismo cuerpo normativo, desde que la sentencia no habría analizado toda la prueba rendida, como tampoco expresó las razones por las que desestimó las tesis de descargo e infringió el principio lógico de razón suficiente, por resultar plausible que la sustancia ilícita estuviese dispuesta para el consumo personal y próximo en el tiempo, desde que fue encontrada a granel, sin que existiera ningún otro elemento que diera cuenta que estaba destinada a su dosificación o comercialización.

DÉCIMO NOVENO: Que, sobre el particular, en el fundamento undécimo de la sentencia, el tribunal concluyó: *“Que el hecho establecido en el motivo séptimo, permite determinar que se ha establecido el Delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 4º de la Ley 20.000; toda vez*



que se estableció que en el automóvil en que circulaban los acusados se encontraba la cantidad de droga señalada en la acusación, estableciéndose, además, que éstos la portaban para su comercialización, hecho ocurrido en la comuna de la Florida el día 10 de mayo de 2020.

En efecto, la actividad desplegada por los imputados encuadra en la figura establecida en el artículo 4° en relación con el artículo 1° de la ley 20.000, que sanciona con las penas establecidas en la primera disposición a quienes trafiquen bajo cualquier título, sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, dentro de las cuales se encuentra la cannabis sativa, y dicha conducta, al estar vinculada a un delito de peligro para la salud pública, se manifiesta o configura no sólo cuando la droga se vende o se transfiere efectivamente, sino, también, desde que ésta se encuentra en poder de un sujeto en un contexto que revele inequívocamente que estaba destinada al tráfico; situaciones ambas ocurridas en este caso”.

VIGÉSIMO: Que, en consideración al hecho que se ha tenido por acreditado y lo expresado por los jueces del tribunal oral, no cabe más que desestimar las omisiones que se denuncian, desde que las mismas no han ocurrido.

En efecto, habiendo sido sorprendidos los acusados transportando y portando sustancia ilícita al interior del vehículo donde se trasladaban, distribuidas a granel, en dos bolsos, en las cantidades que fueron acreditadas (121 y 106 gramos), son elementos que no permiten racionalmente suponer que la aludida sustancia está destinada al uso o consumo personal y próximo en el tiempo como fue concluido por los jueces del fondo, máxime si no fue



acreditado por la defensa que los sentenciados Cortés Vargas, Martínez Beltrán y Sepúlveda Rojas sean consumidores habituales de droga.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en consecuencia, no concurriendo los motivos de nulidad alegados, los recursos serán desestimados.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra a), 374 e), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechazan** los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los sentenciados Kevin Ignacio Cartes Vargas, Diego Ignacio Martínez Beltrán, Leonardo Ignacio Navia Álvarez y Germán Ignacio Sepúlveda Rojas, contra la sentencia de veinticinco de septiembre de dos mil veintiuno, rectificada el veintiocho de septiembre siguiente, dictada por el Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago y el juicio oral que le antecedió en la causa RUC 2.000.468.264-6, RUC 118-2021, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Se previene que el Ministro señor Brito concurre a la decisión de rechazar el recurso de nulidad interpuesto, teniendo además y especialmente presente lo siguiente:

1°. Que el recurrente de nulidad alega igualmente vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, lo que obliga también a pronunciarse sobre este acápite.

2°. Que, a partir de lo establecido en la letra b) de la disposición constitucional mencionada, la verificación de la infracción denunciada pasa por determinar si las restricciones a la libertad personal cometidas por la actuación de los agentes policiales (primeramente por la retención para fines del control vehicular y luego la detención para fines de identificación que terminó en una



por flagrancia) se encuadraron o no “*en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*”.

Para ello no solo deben considerarse las provisiones legales del artículo 85 del Código Procesal Penal, sino también las del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en nuestro país también posee –a lo menos– rango normativo de Ley, por el carácter de Tratado Internacional ratificado por Chile y vigente que detenta.

3°. Que, en ese sentido, de acuerdo a la interpretación que de esta última norma ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de las facultades interpretativas que le otorga el artículo 62 de la Convención citada, en la sentencia del caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, de fecha 1 de septiembre de 2020, “*la Corte recuerda que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado*” (consid. 64).

De manera que para considerar la validez constitucional de las restricciones al derecho fundamental a la libertad personal realizadas por los agentes policiales en los hechos denunciados se requiere no solo que éstas se hayan realizado amparadas por una legalidad formal, sino además con una interdicción sustancial de arbitrariedad. Esto, desde luego, obliga a evaluar la actuación de los policías bajo parámetros objetivos de legalidad pero también de racionalidad y proporcionalidad.

4°. Que, así entendido, en la especie se deben distinguir dos actuaciones policiales distintas, pero íntimamente ligadas. De un lado, la detención o retención momentánea para efectos de realizar el control vehicular y, de otro, la actuación policial que posibilitó mutar el control vehicular a un



control de identidad, porque fue en el contexto de este último que se realizó el registro vehicular que posibilitó el descubrimiento de la droga y la consecuente detención por flagrancia.

Sobre el primer asunto, la legalidad del control vehicular realizado por los funcionarios policiales se encuentra amparada por lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 18.290 (Ley de Tránsito) y el artículo 200 N° 5 de la misma ley, en cuanto el fiscalizado fue sorprendido incurriendo en una infracción grave al transitar en la vía pública en un vehículo sin placas patentes. Por su parte, por cuanto no es un hecho controvertido que se trató de una fiscalización rutinaria y aleatoria, tampoco es posible formular reproches de proporcionalidad ni racionalidad al actuar policial.

Ahora bien, respecto al segundo asunto, la legalidad de la percepción del olor a marihuana realizada por los funcionarios se encuentra en la habilitación que el artículo 85 del Código Procesal Penal les confiere para estimar, según las circunstancias, la existencia de algún indicio de comisión o intento de comisión de un crimen, simple delito o falta, o de que el controlado se dispusiere a cometerlo.

Finalmente, en este tipo de asuntos, en opinión de este Ministro, 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.

5°. Que, así y en el caso en estudio, respecto a la oportunidad, 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 ventana de su automóvil y, con esa acción, dejar escapar el olor que los



policías percibieron. Y respecto a la competencia técnica del agente, si bien en términos genéricos esta 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 N° 18.961, en la especie, es posible tener por acreditada reforzadamente esta circunstancia, toda vez que la percepción del olor a marihuana fue apreciada por dos funcionarios presentes en el control, lo que sin duda alguna disipa cualquier posibilidad de arbitrariedad en la estimación del indicio que posibilitó finalmente el registro vehicular y la respectiva detención por flagrancia.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Regístrese y devuélvase.

Rol 78.953-2021

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Jorge Dahm O., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y los Abogados Integrantes Sr. Eduardo Morales R., y Sra. Pía Tavorari G. No firma el Ministro Sr. Dahm y el Abogado Integrante Sr. Morales, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.





KXYGDLKXSH

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

