

Santiago, treinta y uno de agosto de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En causa RUC N°2100536773-2, RIT N° 481-2022 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de diecisiete de octubre de dos mil veintidós, se condenó al acusado [REDACTED] como autor del delito consumado de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas o sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 4, en relación con el artículo 1 de la Ley N° 20.000, perpetrado el día 4 de junio de 2021, en la comuna de Quilpué, a sufrir una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, al pago de una multa de cuatro Unidades Tributarias Mensuales, a las accesorias legales pertinentes más el comiso de la droga y dinero, sin costas.

La sanción corporal le fue sustituida por la pena de libertad vigilada por el mismo término.

En contra de esa decisión, la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el once del mes en curso, disponiéndose *-luego de la vista-* la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

CONSIDERANDO:

1º) Que el recurso de nulidad deducido en autos por la defensa del encartado Sanabria Contreras, se funda únicamente en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con lo preceptuado en los artículos 19 N°s 3 inciso 6°, y 7 de la Constitución Política de la República de Chile y en los artículos 85, 129 y 130 del Código Procesal Penal, en cuanto



el impugnante estima vulnerados sus derechos al debido proceso y a la libertad ambulatoria.

Indica que su derecho a la libertad ambulatoria y de libre tránsito se vio vulnerada, desde el momento en que la policía utiliza la figura del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, sin un indicio que le permitiera hacerlo, ya que lo justifica por el fuerte olor a consumo de marihuana en el interior del vehículo en el que su representado viajaba como pasajero, quien, mientras se controlaba al conductor, habría arrojado al piso una bolsa, y que al ser consultado por los funcionarios policiales, señaló que se trataba de marihuana para su consumo personal, siendo detenido sin mediar lectura de derechos y sin verificarse de manera previa si esa sustancia correspondía a marihuana.

Refiere que en la especie, el olor a consumo de marihuana advertido por los aprehensores en el interior del automóvil sometido a control vehicular, constituye una apreciación meramente subjetiva -y en este caso- carente de corroboración, pues no se encontró nada que diera cuenta del supuesto consumo, a lo que se suma que su representado fue detenido en base a su sola declaración, sin previa advertencia de sus derechos, y sin verificarse que la sustancia que contenía la bolsa correspondía a marihuana, cuyo análisis se realizó mucho después en la unidad policial a la que fueron trasladados los tres ocupantes del automóvil.

Agrega que, en su oportunidad, se alegó la ilegalidad de la detención, y que en la audiencia de preparación de juicio oral solicitó la exclusión de la prueba de cargo, lo que fue rechazado, decisión que incidentó para los efectos de preparar este recurso, alegaciones que se renovaron durante el juicio oral por todos los encausados, siendo dos de ellos absueltos, y su representado



condenado sólo como autor del delito que contempla el artículo 4 de la ley 20.000, al desestimarse la alegación de consumo personal.

Al concluir, pide que se declare nulo el juicio y la sentencia, y se ordene realizar uno nuevo ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura de juicio la prueba de cargo del Ministerio Público obtenida con vulneración de Garantías Constitucionales;

2º) Que el hecho que se ha tenido por establecido por los sentenciadores del grado, en el motivo noveno de la sentencia que se impugna, es el siguiente:

“El día 04 de junio del año 2021, aproximadamente a las 17:15 horas, funcionarios de carabineros efectuaron una fiscalización vehicular en la intersección de calles El Alba esquina calle Moana en la comuna de Quilpué, procediendo a fiscalizar el automóvil marca Toyota, modelo Yaris color negro, P.P.U ZX9196, y, habiendo percibido un fuerte olor con apariencia a marihuana, controlaron a sus tres ocupantes, encontrando en poder de [REDACTED] una bolsa, en cuyo interior se contenía ciento uno coma dos (101,2) gramos netos de cannabis sativa, sin contar con la autorización pertinente, encontrándose una pesa digital y la suma total de \$30.000.- en dinero en efectivo”;

3º) Que es menester resaltar que en el fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración de los dos funcionarios policiales que participaron del procedimiento, quienes dieron cuenta de manera pormenorizada de las acciones que cada uno desarrolló al momento de proceder al control del vehículo en el que se desplazaba el sentenciado -y en lo que interesa- lo asegurado por el sargento primero Castillo Pimienta, en cuanto observó el momento preciso en que Sanabria se



desprendía de la droga arrojándola al piso del automóvil, escena que su compañero de patrulla, el carabinero Jara Ramos corroboró en estrados, funcionario que, además, al registrar sus vestimentas, encontró en su poder la suma de treinta mil pesos y una pesa gramera (sic), especie que el acusado Sanabria señaló utilizaba para verificar el peso de la droga que adquiriría para su consumo, especie que reconoció al serle exhibida durante el juicio, sin perjuicio que, en esta parte, los dichos de los aprehensores se vieron corroborados mediante la prueba gráfica y documental incorporada por el persecutor.

En base a tales atestados, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el motivo décimo, que la actuación de los aprehensores no conculcó las garantías fundamentales denunciadas por la defensa de Sanabria Contreras.

Para fundar tal aserto, expresaron que:

“2.- En cuanto a la conducta desplegada por el sujeto activo [REDACTED] [REDACTED] consistió en el porte de droga, la que concretamente fue determinada con el testimonio de los ya referidos funcionarios policiales, el cual impresionó a estos magistrados como creíble, al describir los hechos de forma detallada, dando razón de sus dichos al corresponder aquellos a aspectos que dicen relación con el procedimiento policial en el que intervinieron. Así, con claridad y sin incurrir en contradicciones relevantes, respondieron claramente las preguntas efectuadas, sin que durante el juicio surgieran antecedentes que hiciera dudar al tribunal respecto de su verosimilitud.

Estos policías, como partícipes en el procedimiento policial respectivo señalaron, de manera conteste en sus circunstancias esenciales que, en el contexto de un control vehicular, y mientras requerían al conductor del móvil, a



quien identificaron como el acusado [REDACTED] la documentación pertinente, pudieron percatarse de un fuerte olor a consumo de marihuana que provenía desde el interior del móvil y, en razón de lo anterior, efectuaron un control de identidad investigativo de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal a todos los ocupantes del móvil y, mientras el sargento Castillo Pimienta se encontraba verificando los antecedentes de los encartados Sanabria y Bernal, pudo apreciar que el primero de los mencionados arrojó desde sus vestimentas una bolsa al piso de goma del automóvil y que, espontáneamente, este enjuiciado indicó que correspondía a marihuana para su consumo, la que finalmente resultó ser cannabis sativa a la práctica de la respectiva pericia consistente en el informe de estupefacientes.

Así las cosas, el testigo [REDACTED] pudo observar cuando el acusado [REDACTED], a quien había pedido su documentación de identificación, arrojó la sustancia en cuestión que se encontraba dentro de sus pertenencias personales hacia el suelo de goma del vehículo, una vez iniciado el control investigativo. Dicha circunstancia fue corroborada por los dichos de su colega acompañante de patrulla, Jara Ramos y, al posterior registro de sus vestimentas, se halló en su poder la suma de treinta mil pesos en efectivo (cantidad de dinero que se encuentra debidamente depositado, según consta del respectivo comprobante incorporado como prueba documental de cargo); además, había una pesa gramera que el encartado, al declarar, reconoció que le pertenecía, agregando que lo hacía para verificar el peso de la droga que adquiriría para su consumo, afirmando que, en este caso, no la usó, sin explicar los motivos, especie que fue exhibida como evidencia material en el juicio, siendo reconocida como aquella que fuera incautada en su oportunidad.



Mal podría estimarse, como lo alega la defensa del acusado Bastián Sanabria, que aquello indicado por este enjuiciado en cuanto a ser la sustancia de su pertenencia y corresponder a droga para su consumo, haya significado una declaración de su parte y que la misma no habría cumplido con los requisitos legales, principalmente, la información de derechos previa, toda vez que correspondió sólo a una conversación espontánea que se dio entre este encartado y personal policial al momento de registrar el móvil y su posterior aprehensión, sin que en caso alguno se corresponda con una declaración del artículo 91 del Código adjetivo del ramo. Sostener lo contrario implicaría llegar al absurdo de sostener que cualquier conversación, por más nimia o escueta que sea, supone necesariamente una declaración del imputado.

En relación con este punto, cabe hacer presente que un aspecto de este presupuesto fáctico ha sido cuestionado por la defensa, toda vez que, a su entender, no concurriría un indicio suficiente que hubiese facultado la práctica del control de identidad. Al efecto, corresponde aclarar que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, para que las policías puedan efectuar un control de identidad, como diligencia autónoma, se requiere de la existencia de algún indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta. Este indicio ha de fundarse en aspectos objetivos y no en meras suposiciones o creencias. Así, ha sostenido la E. Corte Suprema, en causa ROL 335-2021: “Que, la norma supone que la habilitación policial ha de fundarse en elementos objetivos que permitan el control de identidad y las actuaciones que le son propias, es decir, no se trata de una mera subjetividad o intencionalidad que crea ver el policía, validando de esa forma cualquier elemento como indicio, por ejemplo, antecedentes policiales, estilo de vestimenta, rango etario, sector social, sino



que lo exigible es la presencia de circunstancias objetivas y comprobables que den sustento y seriedad a la intervención policial.

En la especie, el hecho que habilitó este control de identidad consistió precisamente en haber emanado desde el interior del móvil donde fueron hallados los encartados un fuerte olor a consumo de marihuana, que es fácilmente susceptible de ser detectado por los policías, por su experiencia en la materia, tal como lo indicaron los dos testigos de cargo que dieron inicio al procedimiento policial respectivo, no existiendo antecedentes para poner en duda su credibilidad, sin que haya sido desvirtuado su testimonio y, en razón de ello, mientras estaban controlando la identidad de sus ocupantes, el policía Patricio Castillo Pimienta pudo apreciar que uno de los encartados, quien ocupaba el puesto de copiloto en el vehículo arrojó una bolsa con una sustancia que finalmente resultó ser cannabis sativa, como se explicó en lo que antecede.

Así las cosas, se trató de una conducta que, analizada objetivamente, se encuentra exenta de apreciaciones personales, cumpliéndose con los requisitos para ser considerada como un indicio en los términos del referido artículo 85 del código adjetivo. Al efecto, la E. Corte Suprema, en causa Rol N° 8.856-18, de 3 de julio de 2018, ha dicho que: “lo relevante es que el fallo da por cierta una circunstancia objetiva que admite calificarse como 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 dicho indicio para llevar a cabo el control de identidad.

Por consiguiente, el cuestionado indicio reunió el señalado carácter objetivo, objetividad que apunte a excluir consideraciones arbitrarias, que



obedezcan a una mera sospecha, sin que ello implique excluir necesariamente a aquellos aspectos que no puedan ser percibidos por la vista, mas sí por otros sentidos, como en este caso, el olfato. En efecto, el aroma que los funcionarios policiales, atendida su experticia, pudieron distinguir fácilmente que correspondía a un consumo previo de marihuana, indicio que pudo corroborarse con el hallazgo de la sustancia que fue arrojada por el acusado Sanabria Contreras.

De esta manera, no sólo existió un aroma a marihuana, sino que además el hallazgo de ésta y un reconocimiento de su porte por el acusado Bastián Sanabria, concurriendo así otra circunstancia indicadora del delito en cuestión. Y, tal como lo ha resuelto el Máximo Tribunal en causa Rol N° 26.171-18, de presentarse otras coyunturas indicadoras del tráfico de drogas, amén del hedor o aroma referido, se ha afirmado la validez del control de identidad.

No obsta a concluir lo anterior la falta de hallazgo de vestigios del consumo de marihuana, pudiendo haberse deshecho de los mismos, siendo suficiente por sí misma la existencia del olor al consumo de dicha sustancia proscrita, sumado al efectivo hallazgo de la sustancia, la que fue arrojada desde las pertenencias de uno de los encartados y, luego, éste admitió que el pertenecía, añadiendo que su porte estaba orientado a un consumo personal. La exigencia de determinados medios de prueba implica desoír el mandato del artículo 295 del Código Procesal Penal, norma que establece el principio de la libertad probatoria en esta materia, pudiendo los hechos ser probados por cualquier medio producido e incorporado de conformidad a la ley.

Así las cosas, sólo resta colegir que el control de identidad y el consecuente registro de vestimentas y vehicular se ajustó a derecho, de



manera que la prueba obtenida de dicha diligencia policial ha de ser valorada positivamente, desechándose esta alegación de la defensa”;

4º) Que, en lo concerniente a la infracción denunciada por el recurso de nulidad en análisis, cabe indicar que el debido proceso es un derecho asegurado por la Constitución Política de la República y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y, al efecto, el artículo 19 N° 3, inciso sexto, confiere al legislador la misión de definir las garantías de un procedimiento racional y justo. Sobre los presupuestos básicos que tal garantía supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen, a lo menos, un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile que están en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas;

5º) 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;



6°) Que en relación a las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, resulta necesario proceder a su análisis a efectos de determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado, como denunció su defensa;

7°) Que, como se ha señalado en ocasiones anteriores por esta Corte, el Código Procesal Penal regula a lo largo de su normativa las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (*Sentencias Corte Suprema Roles N° 7178-17, de 13 de abril de 2017; N° 9167-17, de 27 de abril de 2017; N° 20286-18, de 01 de octubre de 2018; N° 28.126-18, de 13 de diciembre de 2018 y N° 13.881-19, de 25 de julio de 2019; N° 2.895-20, de 04 de marzo de dos mil veinte*).

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



dispusieren otros cuerpos legales (letra f). Sólo en las condiciones que establece la letra c) recién citada, el legislador autoriza a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y de Carabineros de Chile a efectuar diligencias autónomas de investigación.

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

8°) 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;

9°) 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;

10°) Que resulta relevante para ello señalar, que la sentencia impugnada consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos,



consistentes en que el día 4 de junio del 2021, aproximadamente a las 17.15 horas, en la intersección de las calles El Alba con Moana, en la comuna de Quilpué, los funcionarios policiales, quienes se encontraban de servicio efectuando controles vehiculares de rutina, fiscalizaron a un automóvil de color negro, marca Toyota, modelo Yaris, que era conducido por un sujeto de sexo masculino, en el que se transportaban, además, su copiloto del mismo sexo, y en el asiento trasero, una persona de sexo femenino.

Al solicitarle la documentación respectiva al chofer e interactuar con éste, percibieron que desde el interior del vehículo emanaba un olor característico a marihuana, por lo que les realizaron un control investigativo de identidad a los ocupantes, advirtiéndolo uno de los policías que el copiloto -a saber el encausado Sanabria Contreras- extrajo desde sus vestimentas una bolsa que dejó caer en el piso del móvil, y que al ser consultado por esa acción, manifestó que se trataba de marihuana para su consumo personal, sujeto que, a su registro, se le encontró la suma de 30 mil pesos y una balanza, que según él, portaba para verificar el peso de la droga que compraba para consumir, sustancia que se verificó mediante la respectiva prueba de campo, correspondía a cannabis sativa, con un peso neto de 101,2 gramos;

11°) Que en la especie, la defensa del recurrente ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicarse un control de identidad a su representado sin que existiera indicio para ello, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que implicaría que todas las pruebas derivadas de tales diligencias son ilícitas, y por ende, debieron ser valoradas negativamente por los juzgadores de la instancia;



12°) Que, en lo que interesa al recurso de nulidad en análisis, en primer lugar cabe recordar que el artículo 4 de la Ley N° 18.290, autoriza a Carabineros para supervigilar el cumplimiento de las disposiciones que dicha ley establece. De esta forma, resulta claro que Carabineros se encuentra facultado para requerir la documentación de un móvil en el marco de un control de tránsito en la vía pública.

Por lo demás, es necesario señalar que no existe controversia en autos respecto de que uno de los ocupantes del móvil –específicamente el copiloto– extrajo desde sus vestimentas un bulto que resultó ser una bolsa que contenía 101,2 gramos neto de cannabis sativa, dinero y una balanza, especies que éste mismo, al ser sorprendido por uno de los aprehensores, manifestó espontáneamente que la droga era para su consumo personal, justificando según lo dicho antes, la tenencia de la pesa, por lo que el actuar policial se encontraba amparado en lo preceptuado en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

De lo anteriormente expuesto, se colige que es perfectamente legítimo que haya efectuado un control vehicular al automóvil en el que se encontraba el encartado, y que éste luego derivara en un control de identidad amparado por el artículo 85 del Código Procesal Penal -en el cual se faculta a los funcionarios policiales a proceder al registro de las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona cuya identidad se controla, cuando según las circunstancias se estimare que se ha cometido un crimen, simple delito o falta o se dispusiere a su comisión, entre otras hipótesis-, toda vez que, como ya se señaló circunstanciadamente en el fundamento que antecede, fue con ocasión de dicha actividad fiscalizadora que los funcionarios policiales, luego de realizar diversas diligencias autónomas –a las que por cierto se encuentran facultados



por ley-, tales como solicitar al conductor tanto su licencia para conducir como la documentación del móvil, al abrir éste la ventana del automóvil en el que se encontraba, percibieron un fuerte olor a marihuana que provenía de su interior, lo que permitió que estuvieran en condiciones de presumir fundadamente que en dicho vehículo se transportaba alguna sustancia prohibida.

De lo expuesto, resulta evidente que el “*olor a marihuana*” no fue el único indicio que tuvieron en vista los agentes policiales para presumir que el imputado estaba cometiendo un delito o que se aprestaban a ejecutarlo, desde el momento en que uno de los aprehensores observó de manera directa cuando el sujeto que viajaba en el asiento del copiloto extrajo desde sus vestimentas un bulto que dejó caer en el piso, especie que resultó ser una bolsa con cannabis sativa que el tribunal del grado estimó como pequeña cantidad;

13°) Que, por lo demás, y al contrario de lo argüido por el recurso, el hedor de una sustancia estupefaciente es un elemento objetivo, tanto como cualquier otro rasgo definitorio e individualizador de un objeto que puede ser probado en juicio por cualquier medio de prueba pertinente, conforme a la libertad probatoria que consagra el artículo 295 del Código Procesal Penal y, por consiguiente, puede formar parte de las circunstancias objetivas que constituyen un indicio habilitante para el control de identidad de una persona.

Así, por lo demás, lo ha resuelto esta Corte en los pronunciamientos Rol N° 26.171-2018, de 5 de diciembre de 2018; Rol N° 25-2019 de 12 de diciembre de 2019 y; Rol N° 135.995-2020 de 02 de febrero de 2021, al declarar que el “*fuerte olor a marihuana*” percibido por los policías junto a otras circunstancias, puede constituir un cúmulo de ellas que, fundadamente, den



lugar a un indicio de que el imputado había cometido un delito o se aprestaba a cometerlo;

14°) 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 ocupantes del vehículo, lo relevante y capital aquí, es que el fallo da por ciertas 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 de nulidad en análisis.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letra a) y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa del sentenciado Bastián Ignacio Sanabria Contreras, en contra la sentencia de diecisiete de octubre de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar y del juicio oral que le antecedió, en el proceso RIT 481-2022, RUC 2100536773-2, los que por consiguiente, no son nulos.

Acordada la decisión con el voto en contra del Ministro Señor Llanos, quien fue de la opinión de acoger el presente recurso, y en consecuencia, anular el fallo impugnado y el juicio oral que fue su antecedente, ordenando la realización de un nuevo juicio ante miembros no inhabilitados, con prescindencia de la prueba de cargo, teniendo para ello presente los siguientes fundamentos:



1°) Que, según asienta el fallo en estudio, el antecedente que habrían considerado los funcionarios de carabineros para controlar la identidad de los ocupantes del vehículo -entre ellos, el acusado Sanabria Contreras-, consistió en que ambos percibieron un “*fuerte olor a consumo de marihuana*”.

Desde luego, esta mera afirmación, dado su carácter eminentemente subjetivo, no da cuenta de ningún elemento objetivo del cual pueda desprenderse algún indicio de que en el interior del móvil, y específicamente el acusado, intentaba o se disponía a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hicieron los policías de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito;

2°) Que por lo anterior, a juicio de este disidente, el elemento indiciario en cuestión (“olor a marihuana”), y en virtud del cual se inició la diligencia, se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos del artículo 85 del Código antes citado, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad, dado que afecta garantías constitucionales, entre otras, el derecho a la intimidad, debe necesariamente basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial;

3°) Que, como ya lo ha resuelto esta Corte, el sólo hecho de percibir olor a una sustancia estupefaciente, no satisface la exigencia de un signo ostensible del tráfico de drogas (*Entre otros, SCS Rol 21.413-2014, de 22 de septiembre de 2014; Rol N° 2.222-19, de fecha 28 de febrero de 2019 y Rol N° 30.159-2020, de 27 de mayo de 2020*);

4°) Que, por otro lado, debe considerarse que como reiteradamente ha expresado este tribunal en numerosos fallos, el indicio que habilita a las



policías para iniciar un procedimiento de control de identidad debe presentarse “*ex ante*” a su inicio.

En el caso presente, se argumenta por los sentenciadores de la instancia que, además del “olor a marihuana” -que estimaron como suficiente indicio para proceder en conformidad al Art.85 del Código Procesal Penal-, también concurrió como tal el hecho, percibido los aprehensores, que uno de los ocupantes del vehículo arrojó al piso, durante el procedimiento, una bolsa conteniendo cannabis sativa. Pero esta última circunstancia ocurrió cuando el control de identidad ya se había iniciado, esto es, “*ex post*”, y por lo tanto, no reviste la aptitud para ser considerado como indicio que habilite tal procedimiento, toda vez que su hallazgo aconteció durante el desarrollo del mismo, cuando en virtud de otro supuesto indicio –que a juicio de este disidente no era tal- los policías procedieron a realizar la diligencia de revisión o registro del vehículo motorizado en cuestión.

De lo que se desprende que, por una parte, no existía un hecho o circunstancia objetiva para que los policías efectuaran autónomamente la diligencia; y por otra, que una vez iniciada sin tener facultades para ello ante la ausencia de un indicio objetivo, cualquier otra circunstancia o hecho acaecido durante su desarrollo no puede considerarse como aquel, del momento que acaece con posterioridad;

5°) Que lo anteriormente dicho se desprende de los propios razonamientos del fallo que se impugna, en cuanto se expresa: “*En la especie, el hecho que habilitó este control de identidad consistió precisamente en haber emanado desde el interior del móvil donde fueron hallados los encartados un fuerte olor a consumo de marihuana... y, en razón de ello, **mientras estaban controlando la identidad de sus ocupantes, el policía Patricio Castillo***”



Pimienta pudo apreciar que uno de los encartados, quien ocupaba el puesto de copiloto en el vehículo arrojó una bolsa con una sustancia que finalmente resultó ser cannabis sativa...; agregando que: “En efecto, el aroma que los funcionarios policiales, atendida su experticia, pudieron distinguir fácilmente que correspondía a un consumo previo de marihuana, **indicio que pudo corroborarse con el hallazgo de la sustancia que fue arrojada por el acusado Sanabria Contreras.**”

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Rol N° 136.084-2022.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., la Ministra Suplente Sra. Eliana Quezada M., y los Abogados Integrantes Sr. Diego Munita L., y Sra. Pía Tavolari G. No firma el Ministro Sr. Llanos y el Abogado Integrante Sr. Munita, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.



En Santiago, a treinta y uno de agosto de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

