

Santiago, veintisiete de mayo de dos mil veinte.

**VISTOS:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de veinticinco de febrero de dos mil veinte, en los antecedentes RIT N° 36-2020, RUC N° 1900552438-8, condenó al acusado **Roñal Sebastián García Castro** a sufrir la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y multa de tres (3) unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico ilícito de droga, en grado de consumado, previsto en el artículo 3 en relación al artículo 1 de la Ley N° 20.000, perpetrado el día 23 de mayo de 2019, en la comuna de Huara.

La sentencia dispuso el cumplimiento efectivo de la pena corporal impuesta al acusado García Castro.

En contra de dicho fallo, la defensa del sentenciado dedujo recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública de siete de mayo último, 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 interpuesto se sustenta, únicamente, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, en relación con lo preceptuado en los artículos 5°, inciso 2°, 6°, 7° y 19 numeral 3° de la Constitución



Política de República y 85 del Código Procesal Penal, en cuanto se ha denunciado como vulnerada la garantía del debido proceso.

Se expone en el arbitrio que, en el caso de autos, el indicio que motivó la fiscalización del encartado, correspondió a un presunto olor a marihuana que habría percibido el funcionario aprehensor Ramiro Ahumada cuando pasó frente a dos personas que estaban en un paradero, en circunstancias que aquél se dirigía a fiscalizar a un camión. Dicho agente policial *-que no declaró en estrados-* al supuestamente percibir dicho presunto olor a marihuana, le consulta a los sujetos que estaban en el paradero si estaban fumando y frente a la respuesta negativa de éstos, los llevó a la una garita cercana para someterlos a una revisión de sus vestimentas.

Refiere el impugnante que esta Corte Suprema ha sentado doctrina en cuanto a que *"el olor a marihuana"* no es un indicio que reúna las condiciones de ser objetivo y verificable, sino que es algo meramente subjetivo y propio del funcionario policial (Fallos roles N°s 21.413-2014 y 2222-2019).

Argumenta que las otras circunstancias que refiere la sentencia en el considerando décimo tercero y que según ésta validarían el control de identidad, como lo son el lugar de la fiscalización (poblado de Huara), la hora (13.10 horas), la ruta en que se encontraban los fiscalizados (aquella que conecta Iquique con Arica y que además da hacia una ruta internacional), no son atendibles, desde que implicaría que el personal policial estaría facultado para efectuar un control de identidad a todas las personas que vivan en ese lugar y que estén a la espera de un bus para dirigirse a cualquier otra localidad de la zona, afectándose



consecuencialmente con ello, de manera indiscriminada, los derechos de libertad e intimidad de todos aquellos que transitaran en dicho sector.

Finaliza solicitando que se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, disponiéndose que el procedimiento se retrotraiga hasta el estado procesal de realizarse una nueva audiencia de juicio oral, ante un tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

**SEGUNDO:** Que el tribunal de la instancia, en el motivo décimo de la sentencia impugnada, tuvo por establecido el siguiente hecho:

*“El día 23 de mayo de 2019, siendo las 13:10 horas aproximadamente, en la ruta 5 a la altura del km. 1839, comuna de Huara, Roñal García Castro fue sorprendido transportando, a fin de traficar, un paquete enhuinchado al interior de la mochila que llevaba, contenedor de 494,4 gramos netos de marihuana”.*

**TERCERO:** Que es menester señalar que en el considerando noveno del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión, la declaración del funcionario policial Manuel Moreno Guerrero, quien dio cuenta de manera pormenorizada del procedimiento en que intervino y que culminó con la detención del acusado.

En base a tal atestado, los sentenciadores de la instancia concluyeron, en el motivo décimo tercero, que el control de identidad practicado al recurrente –*que luego mutó en su detención*- no constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Para fundar tal aserto, argumentaron en el antes referido fundamento que:



*“(...) que no ha existido vulneración alguna en el actuar policial, por cuanto al fuerte olor a marihuana detectado por el policía que pasó por el lado del encartado, se une el horario y el hecho de ser la ruta donde ocurrieron los hechos comúnmente utilizada para el tráfico de drogas, existiendo así indicios bastantes y suficientes para controlar la identidad de justiciable.*

*En efecto, el funcionario policial convocado, explicó que la garita de control se encuentra emplazada en la intersección entre la Ruta 5 Norte y la Ruta 15 CH, ésta última, que conecta directamente con la zona fronteriza de Colchane, lugar de ingreso habitual desde Bolivia a Chile por los denominados pasos no habilitados, que facilita la comisión de delitos de tráfico de drogas, contrabando de cigarrillos y la entrada ilegal al país, contexto en el cual se había dispuesto la presencia de funcionarios especializados de OS7 en el lugar.*

*Del modo expuesto, el lugar de los hechos, en medio del desierto y en la intersección de las rutas mencionadas, resulta de total relevancia al momento de analizar la alegación de la defensa pues, con las temperaturas reinantes luego del medio día, efectivamente no es común que las personas elijan ese horario para esperar locomoción en el lugar que, como se dijo, y conforme a las máximas de la experiencia derivadas de múltiples juicios conocidos por estos jueces, resulta ser uno de los pasos más frecuente de las personas que ingresan drogas desde Bolivia hacia Chile.*

*A lo anterior se suma entonces la circunstancia descrita claramente por el testigo, esto es, que el efectivo que pasó por el costado del fiscalizado percibió un fuerte y característico olor a marihuana, aseveración completamente creíble desde*



*que se trata de un funcionario especializado en perseguir delitos contemplados en la ley 20.000 (...)" (sic).*

**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 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 proceder a 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 (*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*).

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



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

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

**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



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, en su motivo noveno, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que el día 23 de mayo de 2019, alrededor de las 13:10 horas, en la ruta 5 Norte, a la altura del kilómetro 1839, en la comuna de Huara, tres funcionarios policiales efectuaban controles vehiculares en el lugar y, cuando uno de ellos va a fiscalizar a un camión, pasa junto a dos personas *-un hombre y una mujer-*, ambos de tez morena y contextura gruesa, que estaban en un paradero, percibiendo un fuerte olor a marihuana, por lo que les preguntó si habían consumido dicha droga, a lo que estos respondieron que no, siendo entonces llevados a la garita de Carabineros que está a unos metros, lugar en el cual se revisó la mochila que llevaba el hombre *-el acusado de autos-*, la cual estaba cerrada, encontrando en su interior, dentro de una funda de extintor, un paquete enhuinchado contenedor de una sustancia vegetal a la cual se le hizo la prueba de campo, dando coloración positiva a la presencia de THC, por lo que se detuvo al encartado, quien admitió portar la mochila, añadiendo que la droga se la había encontrado.

**UNDÉCIMO:** Que una vez sentado lo anterior, conviene tener presente que en la especie la defensa del encartado ha cuestionado el actuar de los funcionarios policiales, toda vez que estima que al practicar éstos un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello *-toda vez que el “olor a marihuana” no es un indicio que reúna las condiciones de ser objetivo y verificable, sino que es algo meramente subjetivo y propio del funcionario policial-*, procedieron de manera autónoma en un caso no previsto por la ley, lo que



implicara 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 este contexto, según asienta el fallo en estudio, el indicio que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del bolso que portaba, consistió en la percepción de un “*olor a marihuana*” por parte de uno de los funcionarios policiales. 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 el acusado y su acompañante intentaban o se disponían a cometer un delito, sino sólo de la impresión o interpretación que hace un policía de su percepción olfativa que, huelga señalar, podría responder a múltiples justificaciones o razones diversas a la comisión de un ilícito. En este orden de ideas, el indicio requerido por el artículo 85 del Código Procesal Penal debe poseer la fuerza y coherencia necesaria para sustituir a la pluralidad de indicios exigidos con anterioridad, por la ley.

Por lo anterior es que, en parecer de esta Corte, el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales en el caso de marras se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya citada, por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente y dado que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial. Como ya lo ha resuelto esta Corte, el solo hecho de percibir olor a marihuana no satisface la exigencia de un signo ostensible del tráfico de drogas (*Sentencias Corte Suprema*



*Roles N° 21.413-14, de 22 de septiembre de 2014, y N° 2.222-19, de fecha 28 de febrero de 2019).*

Por lo demás, es preciso señalar que las restantes circunstancias argumentadas por los juzgadores del grado como indiciarias de la comisión de un delito, a saber, la hora del control, la ruta en que se encontraban el acusado y su acompañante, y la especialización del funcionario que habría percibido el olor a marihuana, carecen de toda relevancia por cuanto dicen relación con simples conjeturas que no encuentran sustento en las máximas de la experiencia, por lo que mal pueden ser consideradas como constitutivas de un indicio, entendido éste como una conducta determinada y concreta que se comunica con la comisión del hecho punible, de aquellos que habilitan para efectuar un control de identidad en los términos del artículo 85 del Código Procesal Penal.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, conforme lo antes expuesto, la conclusión a la que arribaron los juzgadores de la instancia, no resulta aceptable para este tribunal, ya que se ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque *“sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo*



*verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”.* (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947).

Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el *“juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”*.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, por otra parte, de los hechos asentados tampoco se advierte ninguna de las restantes hipótesis que contempla el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no existen elementos distintos de aquellos que habrían apreciado los aprehensores, que habilitaran para efectuar un control de identidad, lo que impide considerar la concurrencia de alguna de esas figuras en el caso de autos.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, además, las consideraciones previas permiten concluir que no resulta posible siquiera sostener una hipótesis de aquellas contempladas en el artículo 130 del Código Procesal Penal que habilite el personal



policial para practicar el registro realizado habida cuenta del tenor de lo declarado en el juicio, de manera que ante la ausencia de indicios cualquier medida restrictiva de derechos del imputado ha debido ser autorizada por el juez competente, previa comunicación de lo obrado al encargado de dirigir las pesquisas para el examen de mérito pertinente, otorgando debida satisfacción al imperativo consagrado en la Constitución Política de la República y la ley de perseguir los delitos y de resguardar los derechos de los ciudadanos

**DÉCIMO SEXTO:** Que, en consecuencia, por no haber constatado indicio de la comisión de un delito ni haberse verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquel se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto del acusado resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio.

En este sentido, aunque los jueces de la instancia hayan afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos



antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se acoge** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en favor de **Roñal Sebastián García Castro** y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veinticinco de febrero de dos mil veinte y el juicio oral que le antecedió en el proceso RIT N° 36-2020, RUC N° 1900552438-8, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público.

**Se previene que el Ministro Sr. Valderrama** concurre al acogimiento del recurso de nulidad, teniendo únicamente presente para ello que de la sola lectura de los hechos que se dieron por establecidos soberanamente en la sentencia, aparece de manifiesto que el actuar de los funcionarios aprehensores no se ajustó



a derecho, toda vez que éstos no constataron indicio alguno que permitiera controlar la identidad del acusado, infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que lleva necesariamente a acoger la alegación de ilegalidad formulada por la recurrente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm y de la prevención, su autor.

**Rol N° 30.159-2020**

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y Leopoldo Llanos S. No firma el Ministro Sr. Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.



En Santiago, a veintisiete de mayo de dos mil veinte, 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.



KWXCPSKHBZ