

Santiago, diez de septiembre de dos mil veintiuno.

Vistos:

El Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, por sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno, en los antecedentes RUC 1.900.593.965-0, RIT 234-2020, condenó a Marco Barrera Sanhueza, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, a una pena pecuniaria de multa de un tercio de unidad tributaria mensual y accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, por su responsabilidad en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de una pequeña cantidad de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, en grado consumado, sorprendido el día 3 de junio de 2019, en la comuna de Renca. Se le sustituyó la pena privativa de libertad por la de libertad vigilada intensiva.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el que se conoció en la audiencia pública de veintitrés de agosto del presente año, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Considerando:

Primero: Que, el recurso de nulidad se cimenta en la causal contemplada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, en relación con los artículo 19, numerales 2, inciso 1º; 3, inciso 5º; artículo 19, N° 7, letras b) y c), todos de la Carta Fundamental.

Se denuncia, por parte del articulista, que los sentenciadores del fondo procedieron a valorar positivamente toda la prueba rendida por el Ministerio Público, la cual, en concepto de la defensa adolecía de ilicitud en su obtención, lo que constituye una infracción a las garantías que detalla pues, los funcionarios policiales fueron contestes en señalar que su actuar, amparado en el artículo 85 del



Código Procesal Penal, obedeció al hecho que, en un patrullaje preventivo, observaron desde una distancia de seis metros, a dos sujetos sentados uno frente al otro, uno de los cuales fumaba un cigarrillo artesanal, mientras que el otro — identificado como el acusado— se encontraba con una bolsa de color rojo con blanco. Expusieron que, al observar lo anterior, descendieron rápidamente del dispositivo policial, encontrando en el lugar un fuerte olor a marihuana, oportunidad en la cual, la otra persona que acompañaba al acusado arrojó un cigarrillo al suelo.

Arguye que, el indicio para amparar el actuar de los funcionarios policiales debe ser claro y preciso, el cual debe ser verificable por los propios sentidos, pero nada de lo anterior ocurrió en el caso de marras en relación al imputado, quien no se encontraba fumando ningún tipo de cigarrillo y que, según los funcionarios policiales, al acercarse a ellos, sintieron un fuerte olor a marihuana, observando que fue el otro sujeto, identificado como Jonathan Espinoza Rojas, quien arrojó al piso un cigarrillo artesanal.

Por lo anterior pide, anular la sentencia y el juicio oral, retrotrayendo los autos al estado de realización de un nuevo juicio oral excluyéndose la prueba de cargo que detalla.

Segundo: Que, al inicio de la audiencia respectiva, el articulista incorporó la prueba ofrecida con ocasión del arbitrio de marras y admitida, previamente, por esta Corte, consistente en fragmentos de los registros de audio de la audiencia de juicio oral.

Tercero: Que, resulta menester señalar que en el considerando duodécimo del fallo impugnado, los juzgadores del grado tuvieron presente para adoptar su decisión que, *“en el caso sub lite existieron una serie de indicios que se dieron en un contexto que permitió proceder a controlar la identidad de los dos sujetos fiscalizados y que finalmente terminaron detenidos, indicios que se estimaron*



objetivos y apreciados ex ante en su conjunto, en primer lugar en una plaza advirtieron a una escasa distancia la presencia de dos sujetos, sentados frente a frente, casi rodilla con rodilla, uno de los cuales fumaba un cigarro artesanal el que al ver que la policía se dirigía hacia ellos lo arrojó al suelo, llegando finalmente a donde éstos se encontraban, percibieron un fuerte olor a marihuana, procediendo a fiscalizarlos y con ello revisar la bolsa que mantenía el acusado, que no se encontraba cerrada, encontrando en su interior dos bultos de papel de diario con una sustancia vegetal que resultó ser marihuana. Por lo tanto, desde ese punto de vista entendemos que, no estando viciada dicha diligencia o esa actividad policial, el registro posterior que derivó en una detención por flagrancia al haber sido el acusado sorprendido portando los elementos que se le sindicaban, no constituye prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, toda vez que se ajustan a nuestra normativa contenida en los artículos 83, 85 y 130 del Código Procesal Penal”.

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 Carta Fundamental y que consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y al efecto, su 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 (entre otras SCS Roles N°s 28.126-2018, de 13 de diciembre de 2018; y, 13.881-2019, 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 décimo, consignó los presupuestos de hecho que se tuvieron como establecidos, consistentes en que, *“el día 3 de junio de 2019 alrededor de las 18:50 horas, Marco Antonio Barrera Sanhueza fue sorprendido por personal de Carabineros, en la intersección de las calles Puyuhuapi con Bucalemu, en la comuna de Renca, teniendo, portando y transportando dos contenedores de papel de diario con cannabis sativa en su interior, los que pesaron 138 gramos y 400 milígramos.*

La droga incautada no estaba destinada a la atención de un tratamiento médico ni a su uso o consumo personal, exclusivo o próximo en el tiempo”.

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 practicaron éstos un control de identidad al acusado sin que existiera indicio para ello. Primero, debido a que el acusado no se encontraba fumando cigarrillo alguno. Tampoco los funcionarios policiales podían establecer, *a priori*, lo que se encontraba al interior de la especie que el acusado mantenía en sus manos y, además, la sola percepción de un olor a marihuana carece de un antecedente objetivo que le permita dar sustento e implica una afectación a las garantías fundamentales que detalla, obteniéndose la evidencia al margen de las normas constitucionales y legales que detalla.

Duodécimo: Que, en este contexto, según asienta el fallo en estudio, los indicios que habrían considerado los policías para controlar la identidad del acusado y efectuar el posterior registro del bolso que portaba, consistió primero en advertir que su acompañante fumaba un cigarrillo artesanal, lo que motivo la



decisión de controlarlos y, una vez en el lugar, percibieron un “olor a 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 el acusado y su acompañante intentaban o se disponían a cometer un delito, sino solo de la impresión o interpretación que hacen los policías 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 (entre otras, SCS N°s 21.413-2014, de 22 de septiembre de 2014; y, 2.222-2019, 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 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.

Decimotercero: 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, Tomás, “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, p. 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”*.

Decimocuarto: 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.

Decimoquinto: 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.

Decimosexto: 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.

Decimoséptimo: 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 Marco Barrera Sanhueza y en consecuencia, **se invalidan** la



sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1.900.593.965-0, RIT 234-2020, del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 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.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Llanos.

Nº 25.336-2021.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., Leopoldo Llanos S., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Abuaud D. No firman los Ministros Sres. Brito y Dahm, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y en comisión de servicios, respectivamente.



En Santiago, a diez de septiembre de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

