

Santiago, treinta de septiembre de dos mil veintidós.

**Vistos:**

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, en causa rit N° 130-2022 y ruc N° 2100577555-5, por sentencia de ocho de julio de dos mil veintidós, se condenó a **FELIPE RAFAEL PEÑALOZA ARAN**, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas o Sustancias Estupefacientes o Psicotrópicas, previsto y sancionado en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000, ilícito que fue cometido el día 19 de junio de 2021, en la comuna de Copiapó.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el día 2 de septiembre pasado.

**Y considerando:**

1°) Que el recurso se funda, de manera principal, en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por infracción a la garantía del debido proceso, consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, toda vez que no se presentan los requisitos del artículo 85 del Código Procesal Penal para realizar un control de identidad y consiguiente registro del vehículo del acusado y, además, ese registro debió ejecutarse por funcionarios del OS7 de Carabineros y no por los policías que lo llevaron a cabo, los que por ende actuaron de manera autónoma sin amparo legal.



Solicita anular la sentencia y el juicio oral, y disponer la exclusión de la totalidad de la prueba de cargo.

**2°)** Que, en subsidio de la anterior, se postula la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo código, por señalarse en los antecedentes de la investigación que la sustancia incautada -cannabis sativa- es de color beige y haber justificado tal error los sentenciadores en su fallo.

Pide que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia, y se disponga la realización de un nuevo juicio oral.

**3°)** Que la sentencia recurrida tuvo por demostrados los siguientes hechos:

*“Que el día 19 de junio de 2021, aproximadamente a las 17:45 horas, en el sector de ruta CH-31 a la altura del kilómetro 13, sector Paipote, comuna de Copiapó, Carabineros fiscalizó al taxi colectivo placa patente FLZH-57, el que era conducido por Eduardo Valderrama Naranjo en compañía de Felipe Peñaloza Aran, sorprendiendo a ambos acusados trasladando en el sector del porta maletas una bolsa de nylon de color naranja, contenedora de 974,3 gramos de marihuana, droga que previamente habían adquirido con fines de tráfico”.*

Estos hechos fueron calificados como delito de Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes o Sicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 3°, en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000.

**4°)** Que sobre los reclamos que fundan ahora la causal principal del recurso de nulidad, la sentencia en estudio los desestimó por las siguientes consideraciones:



*“a diferencia de lo que se ha sostenido por la señora Defensora, en el presente caso se probó en forma clara e indubitada que el hallazgo de la droga no se produce a consecuencia de olor de la misma, sino que, por el contrario, fue producto de una fiscalización policial conforme a la Ley de Tránsito, en donde los funciones policiales de Carabineros de Chile se encontraron casual y directamente con el contenedor de la droga al solicitar al chofer del vehículo que les mostrara la rueda de repuesto y el botiquín de emergencia.*

*En ese orden de ideas, se acreditó en juicio que la droga se encontraba en el maletero, bajo una tabla de madera que se utilizaba como cubre piso, pero sobre el neumático de repuesto, a simple vista si se levantaba dicho cubre piso.*

*Por lo anterior, la existencia del olor de la droga es solo es un indicio más a tener en consideración para los efectos de estar en presencia de un delito, pues en el presente caso, lo que evidentemente prima y resulta un elemento incontrarrestable para la teoría del caso de la Defensa, es que la droga quedó a la vista, pudiendo ser observada directamente por los funcionarios policiales, siendo ello un indicio más que suficiente para proceder a la detención de los imputados, y en consecuencia, en caso alguno se podría considerar que estamos en presencia de una vulneración de garantías fundamentales, por lo que esta alegación no puede prosperar.*

*En segundo término, la Defensa aduce que hay diversos fallos de la Excelentísima Corte Suprema en que se señala que el olor a marihuana no es un indicio objetivo, sino que más bien subjetivo, el cual variaría de una persona a otra. En ese sentido, no teniendo más prueba que acreditar, que solamente el olor, se requiere de un veredicto absolutorio, tomando en consideración los siguientes aspectos.*



*Sobre este punto, se debe señalar que efectivamente esta argumentación de la señora Defensora resulta correcta, pues efectivamente nuestro Máximo Tribunal en el último tiempo ha sostenido una jurisprudencia en los términos que ella indica.*

*Sin embargo, tal como se analizó previamente, dicha postura nada tiene que ver con el caso que nos convoca, pues ha resultado acreditado en juicio que el maletero del vehículo en que se trasladaba el imputado no se abre porque los funcionarios policiales hayan advertido un olor a droga, sino que, por el contrario, solo se le requirió que mostrara la rueda de repuesto y el botiquín de emergencia, elementos que no necesariamente en todos los vehículos están en el maletero, por lo que si se abrió el maletero fue para cumplir con los requerimientos de la fiscalización de tránsito que se estaba practicando.*

*Acto seguido, una vez que se abre el maletero, si bien al levantar el cubre piso emana un olor a droga, dicha circunstancia, tal como se dijo, solo viene a ser un indicio más al efecto, pues la droga quedó a vista y paciencia de todas las personas que se encontraban allí en ese momento, lo cual hace que esta situación se torne absolutamente distinta a la que se trata en la jurisprudencia del Excelentísimo Tribunal, por cuanto el olor de la droga no es el elemento subjetivo determinante que lleva al hallazgo de la droga y a la consecuencial detención de los imputados, sino que ello se produce por haber visto en forma directa e inmediata el contenedor de la droga, todo lo cual, lleva a que la presente argumentación carezca de sustancialidad suficiente.”*



5°) Que sobre los reclamos que sustentan la causal principal del recurso de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en lo que concierne primero a la ausencia de indicio para realizar un control de identidad, al no ser suficiente el aroma a marihuana para ese fin, cabe aclarar que como el mismo fallo impugnado se encarga de destacar, los agentes policiales no abren el maletero por advertir un olor a marihuana, sino porque solicitaron al conductor la exhibición de la rueda de repuesto del vehículo y del botiquín de emergencia, sin que se cuestionara las facultades de los policías para efectuar tal requerimiento como parte de un control vehicular originado a raíz de la circulación con luces apagadas y, es en ese contexto, en el que *“la droga quedó a vista y paciencia de todas las personas que se encontraban allí en ese momento”*.

6°) Que, de esa manera, desde que el hallazgo de la droga no se realiza en el marco de un control de identidad, sino casualmente en la ejecución de un control vehicular, no resulta posible tachar de ilegal la actuación policial por los motivos esgrimidos por el recurrente.

7°) Que en lo referido al cuestionamiento por el levantamiento e incautación de la droga por los mismos policías que llevan a cabo el control vehicular y no por una unidad especializada de Carabineros, el recurrente no ha explicado la sustancialidad de esa supuesta ilegalidad, sin señalar cómo ello impidió o dificultó de algún modo el ejercicio de los derechos del imputado, motivo suficiente para desestimar también esta queja.



8°) Que en lo concerniente a la causal subsidiaria de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del mismo código, cabe apuntar que en el considerando 16° del fallo impugnado, se exponen de manera fundada, clara, coherente y ordenada, cumpliendo las exigencias de los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal, las razones por las que se califica de una simple confusión de parte del agente policial el señalar en el acta que la sustancia incautada -marihuana- es de color beige, añadiendo que *“no existe en autos ningún antecedente que pudiera hacer presumir que la sustancia incautada al imputado no sea la misma respecto a la cual se le practicó la prueba de campo, y luego, posteriormente, se le practicara la pericia respectiva, por lo que en función de ello, no existe duda que, más allá de este error policial en cuanto a una cualidad accidental o accesorio de la droga, no existe duda que estamos en presencia de la misma sustancia que se le incautó al imputado Peñaloza Aran, la cual, conforme a la pericia efectuada, corresponde a cannabis sativa”*.

9°) Que de ese modo, se advierte entonces que el recurso en estudio sólo propone una distinta valoración de la prueba rendida de la que efectuaron los sentenciadores, meras diferencias que no constituyen por sí la causal principal invocada, lo que conduce a su rechazo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra a) y 374 letra e) del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de **FELIPE RAFAEL PEÑALOZA ARAN** contra la sentencia de ocho de julio de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, en causa rit N° 130-2022 y ruc N° 2100577555-5, y el juicio oral que le antecedió, los que, por ende, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.



Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Tavorari.

Rol N° 40.783-22.

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



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

