

## 5. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### TRÁFICO DE DROGAS

I. DEBIDO PROCESO. DECISIÓN JURISDICCIONAL REQUIERE UN PROCESO PREVIO ASEGURADO POR REGLAS FORMALES QUE GARANTICEN UN RACIONAL Y JUSTO PROCEDIMIENTO E INVESTIGACIÓN. II. POLICÍA TIENE CIERTO NIVEL DE AUTONOMÍA PARA DESARROLLAR ACTUACIONES QUE TIENDAN AL ÉXITO DE LA INVESTIGACIÓN. III. ATENUANTE DE COLABORACIÓN SUSTANCIAL AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS. FINES TENIDOS EN CUENTA POR EL LEGISLADOR PARA SU ADMISIÓN.

### HECHOS

*Tribunal Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y delito de porte ilegal de armas de fuego. Defensa de condenados recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad penal deducido, con voto de prevención.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *8010-2015, de 3 de agosto de 2015*

PARTES: *“Ministerio Público con Álvaro Pavez Quiñones y otros”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Hugo Dolmestch U., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., y Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A.*

### DOCTRINA

- I. *En lo concerniente a la infracción al debido proceso, cabe indicar que esta Corte Suprema condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que esté asegurado por reglas formales que garanticen un racional y justo procedimiento e investigación. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos protegidos 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 3º 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” (considerando 5º de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. Es preciso señalar que esta Corte Suprema ha sostenido que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a 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 encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal). Así, entonces, efectivamente el artículo 83 del mismo texto legal establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para, en lo pertinente, “resguardar el sitio del suceso”, consagrando a continuación una serie de atribuciones con que se dota al personal policial con miras a cumplir con tal fin, indicando que “personal experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren haber sido utilizados como medio de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o de los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia” (considerando 9º de la sentencia de la Corte Suprema).
- III. De acuerdo con el artículo 11 N° 9 del Código Penal, se atenúa la pena a quien “ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, aludiendo a conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse interrumpido su ejecución por causas independientes de

*su voluntad. Según lo señala don Enrique Cury, haciendo un tratamiento conjunto del instituto con la atenuante contemplada en el numeral 8° de la misma disposición, “básicamente se fundan en consideraciones utilitarias: la ley otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aun después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia. Sin embargo, tras ellas yace asimismo, aunque de manera secundaria, la idea de que quien se comporta en esta forma expresa un cierto arrepentimiento –cuya demostración, por cierto, no se exige en la ley– o, cuando menos, algún propósito de colaborar con el derecho, del cual se sigue un indicio de que la ejecución del acto típico no fue un producto enteramente libre de voluntad”. De esta manera, la norma en comento premia la “colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos”, que puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el sujeto u otras personas, situación de suyo diversa de lo demostrado en autos, ya que de acuerdo al examen de los antecedentes el atestado que se invoca ni siquiera fue relevante para los sentenciadores del grado para establecer la participación del recurrente, la que se consideró suficientemente justificada por su detención con las armas en su poder en situación de flagrancia, sino que sólo sirvió para excluir la de los restantes acusados, deposición que ha sido calificada por el tribunal –en el ejercicio de sus facultades privativas– como revestida del objetivo de liberarles de responsabilidad, lo que no resulta compatible con los fines tenidos en cuenta por el legislador para su admisión, como es “paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia” (considerando 14° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/4358/2015*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 11 N° 9 del Código Penal; 80 y 83 del Código Procesal Penal.*

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 3 DE AGOSTO DE 2015  
DE LA CORTE SUPREMA, ROL N° 8010-2015

ERNESTO VÁSQUEZ BARRIGA  
*Universidad de Chile*

1.- El fallo en comento sin duda nos da cuenta de una mirada que está en una temática mayor, la vinculación de “Proceso penal y Rol Policial”. El estado en general, a través de sus exámenes jurisdiccionales, es celoso de la conducta de los funcionarios policiales y ha sido el legislador –cuestión que hoy también

está en plena actualidad— el que a su vez receloso de los fallos de la judicatura, quien ha buscado fortalecer, desde la mirada del ejecutivo, el rol y facultades de los agentes policiales. Sin duda para los abogados, la sola mención al concepto de debido proceso, como idea que subyace a la postura judicial en estos casos, parece legitimar cualquier resolución que adopte en el interés de legitimar la acción punitiva estatal.

La lectura nos lleva a presentarnos en la disyuntiva sobre ponderación, respecto de actuaciones autónomas de policías, por una parte, y resguardo de garantías fundamentales, por la otra. Resulta en el caso de marras interesante desarrollar el criterio que funda las actuaciones autónomas de las policías, en cuanto a su extensión, recurriendo a una lógica de ponderación para valorarlas y plantear si el efecto razonable a la luz de nuestra estructura normativa es o no la nulidad.

En la especie, el considerando sexto del fallo señala: “...Debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable”. Nos parece que el criterio debería ser comparar la gravedad de la infracción con la entidad de los valores (en general de virtud probatoria, de eficiencia de persecución o prevención) que a través de la infracción se logran sacar adelante.

En otro plano existen dos visiones —aunque un mismo final jurídico procesal— frente a aceptar o no que el funcionario policial pudiese efectuar acciones de mayor entidad que impliquen recepto de una cosa incautada en conformidad a derecho, acciones como pericias, sin orden o instrucción de un fiscal por una parte y por la otra, sin autorización judicial.

El asunto entonces se traduce en dos posturas, las que reconocen tales facultades de acción del personal policial, pero previa instrucción del investigador penal (Fiscal) y quien estima que necesariamente debe —afectándose en un nuevo plano derechos y garantías fundamentales (al efectuar la pericia)— una autorización judicial. Aunque en definitiva, el asunto se zanja en cuanto a la nulidad por otra vía, este punto levantado da dos caminos diversos y que el voto de mayoría parece acotar el camino de actuación policial siempre bajo la guía del ente persecutor, el de minoría en su visión —creemos— extrema el asunto, pues si ya hubiere habido por ejemplo una orden del Fiscal para efectuar la averiguación del hecho punible y averiguación del ilícito penal, entonces pierde algo de sentido “burocratizar la actuación policial y de investigación” *so pretexto* de exigir un amparo jurisdiccional a una actuación respecto de un plano secundario, entendiéndose que el origen del objeto llegado a la esfera y resguardo de la especie al ámbito del investigador policial está legitimado, la discusión obviamente decae si no la hay. Aunque el punto insistimos se define en lo global y está acotada la discusión, lo relevante pudiese ser saber cuál es la manera de establecer en el plano jurídico y jurisdiccional nacional más precisamente, el límite de las actuaciones policiales en el ámbito del esclarecimiento de un ilícito cuando un objeto ya está de manera legítima en la esfera de trabajo del personal policial.

Quizás existe un plano que se echa de menos en la discusión, estos es, entender que el fundamento de la autorización judicial es la afectación de derecho y más allá de ciertas formalidades menores no se nota un fundamento asentado en dicha directriz.

2.- Respecto de la colaboración sustancial, sería interesante analizar los criterios interpretativos que en general se emplean en la judicatura (los que sabemos que usan los Tribunales Orales en Lo Penal) para resolver si concurre o no la atenuante en comento y con qué intensidad se reconoce aquella.

En el fallo, se hace referencia a una definición del Profesor Enrique Cury, sobre el art. 11 N° 9 del texto penal sustantivo; aquel como sabemos y luego de actualizar su mirada sobre el sistema penal actual, sostiene que claramente es razonable concebir la colaboración como una idea producida no tan solo en la etapa de investigación (que parece natural puesto que es en ella donde debe haber aportes o no para clarificar el hecho ilícito) y asentar la idea que en la etapa de juicio oral también en plausible sostener que si la postura declamada en juicio por un acusado, permite al tribunal clarificar aquellos, entonces pudiere abrirse la puerta para recibir aquel una manifestación de la misericordia estatal.

En este tema de aplicación de la minorante al reconocer la colaboración y en virtud de las facultades de tasar la prueba y de valorar el mérito de la misma, ha quedado muy entregado al devenir de la discusión y resolución de los diversos tribunales, con criterio de ponderación diversos y en ello han existido tantas visiones como audiencias, para algunos incluso por la misma actuación solo de reconocimiento de una participación o el mero hecho de renunciar al derecho a guardar silencio parecería ser suficiente para configurarla y a partir de ello ha sido mérito suficiente para que sea muy calificada esta minorante.

En el caso en comento, se da una postura a nuestro juicio razonable, en cuanto no sólo se valora el hecho de dejar de lado de parte del acusado del derecho a guardar silencio y no basta entonces una mera exposición parcial o antojadiza de hechos, si con ellos no va unido consecencialmente una aporte a la labor jurisdiccional de clarificar la imputación penal y exponer razonadamente su decisión. Así entonces, si se entrega tal colaboración no sólo se requiere ser entregada en sede judicial (en el juicio en el caso) sino que aquella debe ser de tal magnitud que permita clarificar los hechos, pero además desde la mirada del juzgador ha de servir para llegar a la convicción necesaria para condenar, de lo contrario no ha de ser valorada en su mérito.

Sin embargo, dada la lectura efectuada, queda materia para la reflexión ulterior, a saber, dable es sostener, que expone en los términos del fallo una idea fuerza, “paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia” que sí requieren un aspecto subjetivo –de colaboración– pero no de arrepentimiento.

En este punto, vale destacar que en el fallo no se distinguen los planos (objetivo y subjetivo) que alguna parte de la judicatura y la doctrina, le dan como elementos

necesarios de esta figura minorante y colaborativa y creemos que sería de gran utilidad que la jurisprudencia pudiese resolver dudas que surgen en esta materia, esto es, ¿siempre debe tener alguna utilidad decisiva la colaboración? (aunque subjetivamente sea enorme) y al revés. De ser así, ¿no debería siempre hacerse el análisis de los dos planos? Preguntas que se dejan abiertas para ser analizadas por el lector.

La unificación de la jurisprudencia no solo da luces a una comunidad jurídica y a la comunidad en general, sino que da cuenta de una labor otrora entregada a la Excelentísima Corte Suprema y hoy casi abandonada asilándose en la figura del “efecto relativo de los fallos y resoluciones judiciales”.

#### CORTE SUPREMA:

Santiago, tres de agosto de dos mil quince.

#### VISTOS:

En estos antecedentes RUC 1410029302-2, RIT 270-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de cinco de junio del año en curso, que está agregada de fojas 1 a 39 de estos antecedentes, se absolvió a Ernesto Ledesma Aguilar, Álvaro Pávez Quiñones y Guocai Xie Palma de la imputación que se les formulara como autores de los delitos de tenencia ilegal de armas de fuego y tenencia de armas prohibidas, supuestamente cometido el día 11 de septiembre de 2014; se condenó a Ernesto Ledesma Aguilar, Álvaro Pávez Quiñones y a Evelyn Patricia Aguilar Ríos, como autores de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes sorprendido en dicha jurisdicción el 11 de septiembre de 2014 a sufrir cada uno la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y multa a beneficio fiscal ascendente a cuarenta unidades tributarias mensuales, más las accesorias legales, declarando que, en atención a la extensión de la pena, si los senten-

ciados no pagaren la multa impuesta, no procederá a su respecto el apremio establecido en el artículo 49 inciso 4° del Código Penal. La misma sentencia condena además a Franci Alberto Sting Zúñiga Álamos como autor del delito de porte ilegal de armas de fuego previsto en el artículo 11 en relación al artículo 2 de la Ley N° 17.798 y como autor del delito de porte de armas de fuego prohibidas previsto en el artículo 14 en relación al artículo 3 de la misma ley a la pena única de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales, ordenando que, atendida la extensión de las penas privativas de libertad impuestas, ellas sean cumplidas en forma efectiva, abonando a cada sentenciado el tiempo que se encuentran privados de su libertad por esta causa, así como el comiso de los vehículos, especies y dineros incautados.

Contra este dictamen, la defensa de los acusados Pavez Quiñones y Zúñiga Álamos dedujeron sendos recursos de nulidad, invocando el primero la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal y el segundo, en carácter de principal y subsidiaria, la hipótesis contemplada en la letra b) del mismo

artículo 373 del Código Procesal Penal por las razones que expone, los que fueron declarados admisibles y se ordenó pasar estos antecedentes al señor Presidente para que fijase audiencia con el objeto de conocer los recursos interpuestos.

A fojas 70 corre acta levantada con ocasión de la celebración de la audiencia de la vista, fijándose fecha de lectura de sentencia para el día de hoy.

**CONSIDERANDO:**

*Primero:* Que en su recurso la defensa de Pavez Quiñones alega la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, esto es, que durante el desarrollo del procedimiento se vulneraron garantías constitucionales de los imputados, en particular las previstas en los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, en relación con el derecho a un debido proceso, el respeto a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Señala que la causal que se invoca guarda relación con el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal, porque el 11 de septiembre se detuvo a su representado en el marco de una investigación de tráfico de estupefacientes, incautándose entre otras cosas unos celulares, a los que casi tres meses de realizada la detención se practicó una pericia informática forense, en la que sin orden previa se revisaron los equipos, procediendo a un análisis y procesamiento de la información encontrada en el dispositivo. Esto se reclamó en cada una de las instancias, pese a lo cual se

valoró finalmente la prueba obtenida, que es ilícita.

Indica que si bien la policía tiene facultades autónomas en las que puede actuar sin orden previa del Ministerio Público, ellas están restringidas y acotadas a lo que prescribe la ley, por lo que aunque para resguardar el sitio del suceso debe recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos que hubieren servido para la comisión del delito, ello es diferente a revisar su contenido, porque excede a la sola finalidad de mantener la indemnidad de la evidencia. Esto debe ser relacionado con lo prescrito en el artículo 9 del Código Procesal Penal que impone la necesidad de autorización judicial previa para toda actuación que prive, restrinja o perturbe al imputado o un tercero del ejercicio de derechos que la Constitución asegura, resguardo que en la especie no se adoptó porque ni la fiscal ni la perito del Ministerio Público solicitaron al tribunal orden alguna para llevar a efecto las diligencias intrusivas referidas, vulnerando el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Termina sosteniendo que esta conducta ha provocado perjuicio a su parte, ya que se le ha condenado fundado en prueba ilícitamente obtenida, al haberlo sido con infracción de garantías constitucionales, por lo que solicita acoger el recurso, invalidar la sentencia y el juicio oral que le precedió, reponiendo la causa al estado de preparación del juicio oral para que el Juez de Garantía excluya la prueba del Ministerio Público obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, esto es, la pericial con-

sistente en la declaración de la perito de Labocar y la testimonial de dos policías que declararon en juicio a propósito del informe efectuado por la antes citada perito, ordenando un nuevo juicio oral.

*Segundo:* Que asimismo, la defensa del sentenciado Zúñiga Álamos dedujo en forma principal y subsidiaria, por distintos motivos, la hipótesis de nulidad consagrada en la letra b) de la misma norma.

Como fundamento principal de tal motivo de invalidación, indica que ésta se produce por no haber acogido la atenuante de responsabilidad penal de colaboración sustancial del imputado al esclarecimiento de los hechos, consagrada en el artículo 11 N° 9 de Código Penal, ya que su representado renunció al derecho a guardar silencio, reconociendo la autoría en los hechos imputados, dio detalles como la forma de adquirir las, el uso dado anteriormente, el que le iba a dar el 11 de septiembre, día de su detención. Por esto, sostiene, se configura la atenuante invocada, pese a lo cual la sentencia la descarta en el considerando 15°, aunque reconoce en su motivo 13° que la prueba de cargo fue insuficiente para establecer que sobre las armas incautadas existía una posesión conjunta por parte de los acusados, existiendo solo la versión de Zúñiga al respecto sobre el lugar de almacenamiento – su domicilio– y que las sacó del escondite para trasladarlas a la casa de un amigo en Iquique.

Al describir la influencia que el vicio acusado ha tenido en lo dispositivo de la sentencia, expone que de esta manera se ha impedido que el tribunal hiciera

la rebaja de grado de la pena, la que podría haber quedado en 61 días de presidio menor en su grado mínimo, por el porte ilegal de arma de fuego y 541 días por el porte de arma de fuego prohibida, penas inferiores a la aplicada en concreto, por lo que solicita revocar la sentencia recurrida, dictando la correspondiente de reemplazo, indicando que se le reconoce la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal y, conforme lo dispuesto en el artículo 68 inciso 2° en relación al “artículo 391” del mismo código, declarar que se condena a Franci Zúñiga Álamos una pena en el rango de presidio menor en su grado mínimo y presidio menor en su grado medio.

*Tercero:* Que, en forma subsidiaria del capítulo reseñado en el fundamento que precede, la misma defensa invoca la causal referida, esto es, errónea aplicación del derecho en cuanto a la determinación de la pena, pues aun cuando cree que todo ocurrió en un mismo hecho, en virtud de la teoría de la unidad natural de la acción y si bien se dan las circunstancias para aplicar el concurso ideal, “se debe aplicar el concurso ideal, al ser más beneficioso para el imputado” (sic).

Asimismo, hace presente que los hechos ocurrieron el 11 de septiembre de 2014, fecha anterior a la modificación de la Ley de Control de Armas que aumenta las penas de dichos delitos y previa también a la modificación de la pena del homicidio, lo que es relevante de mencionar porque siempre se ha de tomar este delito como eje central. Si el delito es más grave, se asignará una pena más alta. Si no, lo contrario. Así la pena



impuesta a su representado es la que correspondía al piso de la pena del homicidio simple y no se puede sancionar con la misma pena del homicidio a un delito de peligro, conforme las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Por ello y aun siguiendo este razonamiento, no es posible aplicar el concurso ideal, porque se concluye con la misma pena que el homicidio simple, de manera que “lo más prudente es aplicar el concurso ideal” (sic).

Termina solicitando acoger el recurso, y en la sentencia de reemplazo que se dicte se realice una nueva y correcta determinación de la pena, atendido lo dispuesto en el artículo 68 inciso 2° del Código Penal, condenando a su representado a una pena de presidio menor en su grado mínimo por el porte ilegal de arma de fuego y de presidio menor en su grado medio por el delito de porte de arma prohibida. En subsidio, aplicar el concurso ideal por ser más beneficioso.

*Cuarto:* Que, como se advierte, el primer recurso deducido por Álvaro Pavez denuncia la configuración de hipótesis de nulidad fundada en el agravio a la garantía constitucional del debido proceso, en sus aristas de respeto de la legalidad del procedimiento y derecho a una decisión fundada en prueba obtenida en un procedimiento legalmente tramitado.

*Quinto:* Que, en lo concerniente a la infracción al debido proceso, cabe indicar que esta Corte condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de

un proceso previo que esté asegurado por reglas formales que garanticen un racional y justo procedimiento e investigación. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos protegidos 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”.

*Sexto:* Que, sin embargo, esta Corte también ha resuelto uniformemente que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, que entrase, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Asimismo, se ha dicho que la infracción producida a los intereses del interviniente debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso, por cuanto la nulidad que se pretende, en tanto constituye una sanción legal, supone un acto viciado y una desviación de las formas de trascendencia sobre las garantías esenciales de una parte en el juicio, en términos que se atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento (SCS 2866-2013, 4909-2013, 21408-2014, 1323-2015, entre otras).

*Séptimo:* Que, al efecto, resulta necesario tener en consideración que, conforme aparece del tenor del recurso y de la sentencia atacada, se impugna el ingreso a juicio de un antecedente que, sumado a otros elementos del proceso, permitieron el asentamiento de la participación del recurrente en el tráfico de sustancias estupefacientes

por el cual se le ha condenado, situación que desde ya y en un primer examen priva de sustento a la impugnación, por cuanto el referido elemento de prueba no fue el único que contribuyó a la formación de convicción en un sentido determinado por parte del tribunal. Por ello, aun cuando la aceptación de la prueba pericial impugnada –y de la que de ella deriva– lo haya sido fuera de los casos establecidos en la ley, su ingreso a los elementos que el tribunal debió valorar para la decisión de lo debatido careció de la capacidad específica que le atribuye la defensa como antecedente sobre el cual descansarían la convicción de condena del recurrente, conforme concluyeron los sentenciadores en uso de sus facultades privativas, según se lee del motivo 10° de la sentencia atacada al analizar la pluralidad de elementos de cargo, a los que se suma su propia declaración judicial, reconociendo tanto la tenencia de la droga incautada como su intención de comercializarla entre sus contactos personales, lo que impide que tal eventual yerro tenga la trascendencia y entidad que es indispensable para admitir la configuración de la causal de nulidad alegada.

*Octavo:* Que no obstante que lo razonado en el motivo que precede es suficiente para desestimar la hipótesis de nulidad sustentada en la infracción de garantías constitucionales, atendido que se denuncia como fundamento de ella la admisión de prueba fuera de los casos que establece la ley, en circunstancias que la oportunidad del Ministerio Público había concluido, esta Corte se hará cargo de ella.

*Noveno:* Que, al respecto, es preciso señalar que esta Corte Suprema ha sostenido en los pronunciamientos SCS Rol N° 4653-13, de 16 de septiembre de 2013, SCS Rol N° 11767-13, de 30 de diciembre de 2013, SCS 23.683-2014, de 22 de octubre de 2014 y SCS 29.375-2014 de 8 de enero del año en curso, entre otros, que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a 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 encuentre sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80 del Código Procesal Penal). Así, entonces, efectivamente el artículo 83 del mismo texto legal establece expresamente el marco regulatorio de la actuación policial sin orden previa o instrucción particular de los fiscales permitiendo su gestión autónoma para, en lo pertinente, “resguardar el sitio del suceso”, consagrando a continuación una serie de atribuciones con que se dota al personal policial con miras a cumplir con tal fin, indicando que “personal experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren haber sido utilizados como medio de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización com-

pleta del o de los funcionarios policiales que lleven a cabo esta diligencia”.

*Décimo:* Que, sin embargo, la diligencia probatoria impugnada no es de aquellas que la norma antes transcrita autoriza a realizar excepcionalmente, sino que ella, por su naturaleza y complejidad, corresponde a las susceptibles de ser dispuestas por el representante del Ministerio Público a cargo de la investigación de que se trata, esto es, el Fiscal de la causa, quien se encuentra facultado por el artículo 180 del Código Procesal Penal para encomendar a las policías las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, sin necesidad de solicitar autorización al juez de garantía, entre las que se encuentra la posibilidad de solicitar la práctica de informes periciales a los miembros de los organismos técnicos que le prestan auxilio o a terceros expertos en una ciencia, arte u oficio, conforme lo autorizan los artículos 321 y 314 del Código Procesal Penal.

Así, entonces, encontrándose la investigación bajo la dirección de un fiscal determinado —sujeta además a control jurisdiccional toda vez que previo a la detención del recurrente se habían dispuesto medidas de carácter intrusivo como interceptaciones telefónicas a otro imputado— la orden del encargado de la dirección de la indagación a los entes técnicos de las policías que le auxiliaban aparece como dispuesta dentro del ámbito de facultades que la ley le confiere, toda vez que los objetos periciados fueron incautados por personal policial que actuaba bajo las instrucciones del

fiscal de la causa en una hipótesis de flagrancia, y puestas a su disposición de conformidad a la ley, lo que no ha sido controvertido.

De esta manera, las especies incautadas y periciadas se encontraban todas bajo la tutela del fiscal del caso, encargado de custodiar su integridad al punto que la solicitud de terceros para su análisis debe ser planteada al referido personero o al juez de garantía competente, conforme lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, por lo que aquél, en ejercicio de las facultades generales de investigación que le otorga el ordenamiento jurídico se encontraba facultado para disponer su estudio por personal especializado, como se hizo. Por lo demás, no escapa a la atención de este tribunal que el objeto de dicho análisis no guardó relación con el contenido de las comunicaciones registradas, como lo enfatizara la perito declarante cuando manifestó que no accedió al contenido de la mensajería instantánea ni a los correos que se encontraban en los dispositivos analizados, ya que para ello requería de autorización judicial, aserto que da cuenta del respeto de los derechos del acusado por parte del persecutor y sus auxiliares.

*Undécimo:* Que entonces cabe concluir que la infracción a las garantías constitucionales invocadas no se subsume en los hechos que expone el recurrente, pues de los fundamentos del recurso no se divisa en el procedimiento ni en la actuación del tribunal maniobra o resolución que vulnere las normas legales que orientan el proceder de la policía, del persecutor o sus auxiliares,

como tampoco las garantías y derechos que el artículo 19° N° 3 de la Constitución Política reconoce y garantiza al imputado ni aquellos derechos que consagran los numerales 3°, 4° y 5° del mismo artículo 19, por lo que los jueces del tribunal oral no incurrieron en vicio alguno al aceptar con carácter de lícita la prueba de cargo consistente en la pericial cuestionada ni los testimonios que de ella derivaron y que fueron aportados al juicio por el Ministerio Público, de manera que el recurso en estudio será desestimado.

*Duodécimo:* Que en relación a la causal principal invocada por la defensa de Franci Zúñiga Álamos referida a la omisión de reconocer en favor de su defendido la minorante de responsabilidad penal consagrada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, pese a que su renuncia al derecho que le asistía a guardar silencio significó el esclarecimiento de los hechos referidos a los ilícitos de porte de armas de fuego indagados.

*Decimotercero:* Que al respecto, resulta necesario apuntar que el fundamento 13° del fallo en estudio, después de hacerse cargo de las defensas del recurrente referidas a la unidad natural de acción, señaló en su párrafo tercero que “En este sentido, la prueba de cargo fue insuficiente para establecer que sobre las armas halladas la tarde del 11 de septiembre de 2014 en poder de Zúñiga, existía una posesión conjunta por parte de los coacusados y al respecto sólo existió la versión de éste al señalar que las almacenaba en su domicilio y que las sacó de su escondite para trasladarlas a la casa de un amigo en Iquique”.

Sin embargo, después de dicha afirmación, la misma sentencia señala que aunque existen antecedentes referidos a la vinculación de los restantes acusados con las armas y su uso potencial en ajustes de cuentas con un tercero, ellos son insuficientes para condenarlos por el porte ilegal de armas pesquizado, por lo que se les absolvió de la referida acusación.

A su turno, el motivo 15°, al analizar la minorante en comento invocada por la defensa del recurrente, la desestimó señalando que sus declaraciones no ofrecieron antecedentes relevantes y precisos para determinar su intervención en los ilícitos al haber sido sorprendido en forma flagrante portando las armas, con el importante detalle que fueron hechas para liberar de responsabilidad a sus compañeros.

*Decimocuarto:* Que para resolver lo pedido, debe tenerse en particular consideración que de acuerdo con el N° 9 del artículo 11 del Código Penal, se atenúa la pena a quien “ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”, aludiendo a conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse interrumpido su ejecución por causas independientes de su voluntad. Según lo señala don Enrique Cury, haciendo un tratamiento conjunto del instituto con la atenuante contemplada en el numeral 8° de la misma disposición, “básicamente se fundan en consideraciones utilitarias: la ley otorga un tratamiento más benévolo al autor, con el objeto de estimularlo, aun después de perpetrado el hecho punible, a paliar sus consecuen-

cias o a facilitar la tarea de hacer justicia. Sin embargo, tras ellas yace asimismo, aunque de manera secundaria, la idea de que quien se comporta en esta forma expresa un cierto arrepentimiento –cuya demostración, por cierto, no se exige en la ley– o, cuando menos, algún propósito de colaborar con el derecho, del cual se sigue un indicio de que la ejecución del acto típico no fue un producto enteramente libre de voluntad”.

De esta manera, la norma en comento premia la “colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos”, que puede estar dirigida tanto al “esclarecimiento” del hecho punible propiamente tal, como a la intervención que en él ha tenido el sujeto u otras personas, situación de suyo diversa de lo demostrado en autos, ya que de acuerdo al examen de los antecedentes el atestado que se invoca ni siquiera fue relevante para los sentenciadores del grado para establecer la participación del recurrente, la que se consideró suficientemente justificada por su detención con las armas en su poder en situación de flagrancia, sino que sólo sirvió para excluir la de los restantes acusados, deposición que ha sido calificada por el tribunal – en el ejercicio de sus facultades privativas– como revestida del objetivo de liberarles de responsabilidad, lo que no resulta compatible con los fines tenidos en cuenta por el legislador para su admisión, como es “paliar sus consecuencias o a facilitar la tarea de hacer justicia”.

*Decimoquinto:* Que de acuerdo a lo expresado, no se configura en la especie el yerro jurídico denunciado.

*Decimosexto:* Que, por último, tampoco podrá prosperar la hipótesis de nulidad deducida en subsidio de la que precede, ya que su planteamiento ha sido desprolijo y confuso en grado sumo al sostener en reiteradas ocasiones tanto en el cuerpo de su escrito, como en lo petitorio, que la determinación de la pena conforme las reglas del concurso ideal es errada, por ser perjudicial, de manera que se impone la determinación de la sanción conforme las reglas del concurso ideal, ya que su aceptación supondría un subsidio a los términos del recurso para la comprensión de la claridad de lo formulado, que no es admisible.

Por lo demás, aun cuando se aceptara que el planteamiento del recurso gira en torno a la procedencia de aplicar el artículo 74 del Código Penal en la solución del caso de autos, éste ha sido efectuado en términos tales que carece de la asertividad que la causal en comento requiere, toda vez que ella se sustenta en una errónea aplicación del derecho respecto de las consideraciones tenidas en vista por los jueces del fondo para calificar un hecho como delito, como también respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del acusado, ya sea también al fijar la naturaleza y el grado de la pena. En resumen el reproche debe estar referido a la ley sustantiva penal que mire a calificaciones jurídicas que constituyen un reproche penal, una participación culpable o que determinen finalmente una condena o absolución de alguien con motivo de una persecución penal y sobre la base de una acusación que espe-

cifique las situaciones de imputabilidad respecto de un sujeto.

Conforme lo expresado y atendidos los términos y ámbito de actuación de la causal en comento, el reproche que se formule, entonces, ha de ser claro, directo y categórico, caracteres todos que faltan en el capítulo que se analiza, conclusión que se refuerza al advertir de su lectura que se postula el ejercicio de una prerrogativa (“lo más prudente sería aplicar el concurso ideal”) por parte de los jueces del fondo, lo que resulta ajeno a los fines de la causal en análisis.

*Decimoséptimo:* Que, en atención a lo expuesto precedentemente, los recursos serán rechazados.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373 letra a) y b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZAN LOS RECURSOS DE NULIDAD deducidos por don Cristian Sleman Cortés por los sentenciados Álvaro Pavez Quiñones y Franci Zúñiga Álamos, a fojas 40 y 45 respectivamente, en contra de la sentencia de cinco de junio del año en curso, que está agregada de fojas 1 a 39 de este legajo, dictada en estos antecedentes RUC 1410029302-2, RIT 270-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, los que en consecuencia, no son nulos.

Se previene que el abogado integrante señor Matus concurre al rechazo del recurso deducido por el sentenciado Pavez Quiñones, sin compartir lo expresado en los motivos Noveno a Undécimo de esta sentencia, al considerar que efectivamente se ha infringido la garantía legal consagrada en el artículo 9°

del Código Procesal Penal, que dispone que “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”, pero que tal infracción no influye en la parte dispositiva del fallo, no produciendo nulidad, tal como lo señala el artículo 375 del Código del ramo, por las siguientes consideraciones:

1° Que son hechos no discutidos en esta causa los siguientes:

a) Que al menos dos teléfonos celulares sobre los que no existía una orden de interceptación fueron incautados durante la detención del recurrente en la vía pública portando armas, ocasión en la cual se registró el vehículo en que se transportaba, sin existir orden de entrada y registro que emanase de un tribunal competente al efecto, pero dentro del contexto de un complejo procedimiento policial, de acuerdo al cual se determinó que el recurrente poseía drogas prohibidas en su domicilio.

b) Que ese procedimiento, hasta el momento de la detención del recurrente, incluía interceptaciones telefónicas que habían sido debidamente autorizadas por un juez de garantía y respecto del mismo la defensa no realiza reproche alguno.

c) Que, sin embargo, no se incluía en tales órdenes judiciales la interceptación de los teléfonos móviles incautados al condenado al momento de su detención.

2° Que, en la actualidad, es un hecho público y notorio que la mayor cantidad de dichos teléfonos guardan en forma

electrónica documentos, fotografías, bases de datos de contactos y registros de comunicaciones y correspondencia electrónica de sus poseedores, información que no cabe sino calificar de privada, protegida por la garantía constitucional del Art. 19 N° 5, que en lo pertinente asegura a todas las personas que “el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas previstas por la ley”, entregando al legislador la determinación de dichos casos y formas.

3° Que al regular dicha garantía, el legislador procesal ha establecido como regla general y garantía de carácter meramente legal, lo dispuesto en el ya citado artículo 9° del Código del ramo, esto es, que una actuación que prive, restrinja o perturbe el ejercicio de un derecho constitucional, debe ser previamente aprobada por un juez, permitiendo de manera especial la incautación y registro de objetos, documentos y correspondencia, sólo previa autorización judicial fundada (artículos 217 y 218), misma que se exige para obtener copia de comunicaciones o transmisiones (Artículo 219) y para interceptar o grabar comunicaciones telefónicas u otras formas de telecomunicación (Artículo 222).

4° Que esta autorización no puede suplirse, como erróneamente afirma la sentencia recurrida, por las facultades concedidas a la policía y al ministerio público por los artículos 83 letra c) y 180 y 181 del Código Procesal Penal, respectivamente. El primero no lo permite, por cuanto su claro tenor literal

alcanza exclusivamente para autorizar al personal policial a “recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere”, no para su registro y pericia. Y los dos últimos tampoco, por cuanto en ellos nada se dice que altere lo dispuesto en el artículo 9° antes citado, y entenderlos del modo que los entiende la sentencia recurrida importaría simplemente dejar sin lugar dicha garantía y las restantes específicamente establecidas en el ordenamiento procesal para el registro de papeles, correspondencia y comunicaciones.

5° Que en el plano fáctico, tampoco parece haber existido en la causa algún impedimento para solicitar la autorización judicial requerida, sobre todo existiendo una previa para la interceptación y registro de las comunicaciones que otro de los acusados realizaba desde otros dispositivos móviles.

6° Que no obstante lo anterior, la infracción a la garantía legal establecida en el artículo 9° del Código Procesal Penal en relación con el Artículo 19 N° 5 del texto constitucional, no influye en lo dispositivo de la sentencia recurrida, pues aun suprimiendo mentalmente la

pericia impugnada así como las declaraciones de los policías que expusieron acerca del contenido de los dispositivos cuyo registro se realizó sin previa orden judicial, el fallo recurrido da cuenta de abundante material probatorio no cuestionado en su legalidad, material que respecto del condenado permite por sí solo dar cuenta de su participación punible en los hechos por los que se le sanciona; y

10° Que, por otra parte, no siendo la infracción denunciada una de aquellas que suponen privar al encausado de sus garantías judiciales mínimas, como están descritas en los artículos 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no es posible afirmar que su sola constatación suponga un vicio de nulidad sustancial, que pueda influir necesariamente en lo dispositivo del fallo.

Regístrese y devuélvanse, con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro señor Dolmestch y la prevención, de su autor.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R. y el abogado integrante Sr. Jean Pierre Matus A.

Rol N° 8010-2015.