

Santiago, seis de noviembre de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En esta causa RUC N° 2100816208-2, y RIT N° 603-2022 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de veintitrés de junio de dos mil veintitrés, se condenó [REDACTED] como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, ejecutado en grado de consumado y cometido el día 13 de abril de 2022, a la pena de siete años seis meses de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, al pago de una multa a beneficio fiscal de cuarenta Unidades Tributarias Mensuales y al pago de las costas de la causa.

Se dispuso que la pena corporal impuesta debe ser cumplida de manera efectiva.

La misma sentencia condenó, además, a Cristian Alexis Díaz Tapia y a María Alejandra Zepeda Navarro, como autores del mismo delito, imponiendo al primero la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y, a la segunda, la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales correspondientes y el pago de una multa a beneficio fiscal de cuarenta Unidades Tributarias Mensuales.

Finalmente, en la referida sentencia se condenó a Génesis Patricia Zamorano Mayne, como autora del delito consumado de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, previsto y sancionado en el artículo 4° en relación al artículo



1° de la Ley 20.000, a la pena de cuatrocientos treinta y tres días de presidio menor en su grado mínimo, a las accesorias legales correspondientes y al pago de una multa a beneficio fiscal de diez Unidades Tributarias Mensuales.

En contra de esa decisión, la defensa del sentenciado [REDACTED] [REDACTED] interpuso recurso de nulidad, que fue conocido en la audiencia pública de dieciséis de octubre pasado, como da cuenta el acta que se levantó con la misma fecha.

CONSIDERANDO:

1°) Que la defensa del sentenciado [REDACTED] alega en forma principal, la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal en relación a los artículos 19 N° 3, 5 y 7 de la Constitución Política de la República, por haberse infringido de manera sustancial sus garantías fundamentales del debido proceso, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada y el derecho a la libertad personal.

Señala que el funcionario policial encargado del procedimiento declaró en juicio que éste se inició en septiembre del año 2021, mediante una denuncia recibida por el gobierno, sin explicar cómo se recibe la denuncia y por qué institución. Este testigo refirió que se interceptó el teléfono de [REDACTED] durante los meses de diciembre del año 2021 hasta Abril del año 2022, sin embargo el Ministerio Público sólo acompañó como medio de prueba dos autorizaciones judiciales correspondientes a los meses de Marzo y Abril del año 2022. De ello, el recurrente concluye que este funcionario policial escuchó de manera ilegal, por cinco meses, las comunicaciones telefónicas de su defendido, ya que no se acreditó que durante todo el periodo se contaba con autorización



judicial para ello, vulnerando con ello la garantía fundamental de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, reconocida en el artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República.

Añade que el día 13 de Abril del año 2022, este funcionario declaró que escuchó una conversación entre el imputado y el coimputado Cristian Díaz, audio que fue reproducido durante el juicio oral y que, a juicio de la defensa, no se infiere algún elemento que pueda revestir algún interés criminológico, sin embargo el funcionario policial pidió autorización al fiscal de turno don Fernando Hood para ir hasta el domicilio del imputado y hacer un seguimiento. Agrega que este testigo reconoció a la defensa, que durante muchos meses no solo escuchó las conversaciones telefónicas de su defendido, sino que también lo siguieron, vulnerándose con ello, además, la garantía de libertad personal de su representado.

De esta forma, el recurrente asegura que todas las interceptaciones telefónicas realizadas durante los meses de Diciembre del 2021 a marzo del 2022, resultan ilegales.

Similares defectos denuncia respecto a las diligencias policiales practicadas el día 13 de abril de 2022, desde que la llegada del personal policial al domicilio de [REDACTED] posterior seguimiento del vehículo conducido por Cristian Díaz, se sustenta en una escucha telefónica no incorporada en la audiencia de juicio, el que sólo da cuenta de la reunión de dos personas y, por tanto, sin interés criminalístico. El recurrente asegura que la policía no observó nada de lo que ocurría al interior del inmueble, sin embargo, al salir Cristian Díaz del referido inmueble, igualmente lo fiscalizaron, encontrando la droga incautada y



efectuaron su detención. Por tanto, la policía no observó la supuesta transacción de droga, no visualizó cargar el vehículo posteriormente fiscalizado y no vio la entrega de la sustancia ilícita.

Asegura que no solo hay seguimiento e interceptaciones telefónicas ilegales, sino que, además, no hay indicio de actividad ilegal de [REDACTED], [REDACTED] lo declarado por los funcionarios policiales en cuanto al “modus operandi” es muy vago y amplio, y no resulta suficiente para obtener autorización para apostarse fuera del domicilio de su representado.

Agrega que a su defendido se le detuvo sin practicarse previamente un control de identidad o un control investigativo, lo que resultaba indispensable porque al momento de la detención no estaba realizando ninguna transacción de droga, tampoco estaba en posesión de ella, por lo que no pudo haber estado en situación de flagrancia. Agrega que no había una orden de detención en su contra, justificando su detención, en una escucha telefónica de la que los funcionarios policiales desprenden que haría una entrega de dos kilos de pasta base, lo cual no ocurrió, tratando de justificarla en la droga encontrada en el vehículo de don Cristian Díaz, quien fue detenido en otro momento y en otro lugar distinto al lugar en que fue detenido su representado, quien además ejerció su derecho a guardar silencio, desconociendo absolutamente el origen de dicha droga por parte de la policía.

Por tanto, el recurrente asegura que la detención de Araya Bahamondes es ilegal, así como todas las diligencias investigativas que le sucedieron, entre ellas, la autorización voluntaria para ingresar a su domicilio y su registro.



Además, sustenta la infracción a la garantía fundamental del debido proceso, en haberse transgredido el principio de congruencia, reconocido en el artículo 341 del Código Procesal Penal. Explica que en la acusación el fiscal solicitó que su representado fuera condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y en la audiencia de determinación de la pena, el acusador solicitó se le impusiera la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en el evento que le fuere reconocida la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, el Tribunal de Juicio Oral de Viña del Mar, lo condenó a la pena de siete años y seis meses de presidio mayor en su grado mínimo, desatendiendo lo solicitado por el persecutor en la acusación y en la audiencia respectiva.

Finaliza solicitando *“la nulidad del juicio y de la sentencia y se retrotraiga el proceso hasta la realización de un nuevo juicio oral, ante un tribunal no inhabilitado o que se anule la sentencia y se dicte sentencia de reemplazo que ante la infracción no puede ser otra que sentencia absolutoria, o la rebaja de condena a la de presidio menor en su grado máximo de tres años y un día o la que SS determine”* (sic).

2°) Que, en subsidio de la anterior, se invoca la causal de invalidación prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por haberse efectuado una errónea aplicación del derecho, en relación al artículo 22 de la Ley 20.000.

Explica que en el considerando 13° de la sentencia recurrida, los sentenciadores reconocieron en favor del acusado [REDACTED] la minorante especial prevista en el artículo 22 de la Ley 20.000 y aquella



contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, al tiempo que se estimó concurrente la agravante de responsabilidad penal prevista en el artículo 12 N° 16 del mismo Código, por haber sido condenado con anterioridad, por sentencia ejecutoriada y cumplida, como autor de delito de la misma especie.

Como consecuencia de la primera de las circunstancias atenuantes mencionadas, el Tribunal rebaja en un grado y en bloque, la pena asignada al delito, y luego compensa racionalmente la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, con la agravante que le perjudica, según fue expresado en el considerando 14° de la sentencia impugnada, pudiendo recorrer la pena en toda su extensión (3 años y 1 día a 10 años), decidiendo imponer la pena de 7 años y 6 meses, en consideración a la mayor extensión del mal causado.

El error de derecho que denuncia la defensa se observa en que la judicatura del fondo primero debía compensar racionalmente las demás circunstancias modificatorias y luego reducir la pena conforme lo previsto en el artículo 22 de la Ley 20.000, rebaja que no puede ser en bloque. Por consiguiente, al rebajar en bloque y en un grado la pena en abstracto establecida en la ley y luego compensar racionalmente la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, con la agravante del 12 N°16 del mismo Código, la pena impuesta en definitiva fue mayor a la que correspondía imponer.

Solicita, se anule la sentencia y se dicte una en su reemplazo que condene a su representado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, o la que se determine dentro de dicho rango de pena.



3º) Que, a continuación, como segunda causal subsidiaria, se invoca la prevista en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 342 letra c), d) o e) del mismo Código.

Alega que la sentencia recurrida hace mención a los registros de audios y sus debidas transcripciones como medios de prueba suficientes para arribar a un veredicto condenatorio y como fundamento de su decisión, pero no hace transcripción de los referidos audios, volviendo débil su fundamentación.

Sostiene que el relato de los policías que declararon en juicio, se basa en los registros de audios, mismos que no fueron reproducidos en la sentencia, omisión que importa incumplir el deber de reproducir la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, previsto en el literal c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, pues no se expone en ella, en forma completa y suficiente, cómo el tenor de esos registros sirve de fundamento para acreditar los hechos que se han tenido por establecidos, máxime si el tenor de las escuchas telefónicas y el interés criminológico de las mismas fue puesto en duda por las defensas, por lo que el Tribunal debió reproducirlas en la sentencia y no sólo hacer mención genérica a ellas.

Agrega que los registros de audios fueron utilizados como indicios para la detención de [REDACTED] por lo que el tribunal debió, no solo reproducirlas en la sentencia, sino que además justificar por qué a su criterio resultaban idóneos para practicar la detención de su representado.

Por lo anterior, solicita la nulidad del juicio oral y la sentencia, ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.



4º) Que, finalmente, y siempre en forma subsidiaria, se hace valer la causal de nulidad prevista en el artículo 373 literal f) del Código Procesal Penal, al haberse infringido el principio de congruencia previsto en el artículo 341 del mismo Código.

La defensa postula que el tribunal tiene la obligación de respetar la pena solicitada por el Ministerio Público en el escrito de acusación, y si entiende que esta pena puede ser alterada, ya sea como consecuencia de una calificación jurídica distinta de los hechos objeto de la acusación o por la concurrencia de circunstancias modificatorias diversas a las invocadas, debe advertir a los intervinientes de ello.

En el presente caso, el Ministerio Público solicitó en la acusación que [REDACTED] fuera condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y en su alegato de clausura y en la audiencia de determinación de pena, el fiscal reiteró la solicitud de pena a imponer en contra de su defendido, e incluso solicitó la imposición de la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en el evento de ser reconocida la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, como finalmente ocurrió. Sin embargo, el tribunal decidió condenarlo a la pena de siete años y seis meses de presidio mayor en su grado mínimo, infringiendo con ello el principio de congruencia.

Solicita, se anule la sentencia y el juicio que le antecedió, remitiéndose los antecedentes ante un tribunal no inhabilitado para la realización de un nuevo juicio.



5°) Que, para la debida comprensión de la controversia, útil resulta recordar que la sentencia impugnada, en su motivo décimo noveno, tuvo por acreditado que:

“En el cumplimiento de diligencias de investigación llevadas adelante por la sección OS7 de Carabineros, se obtuvieron autorizaciones judiciales para la interceptación y monitoreo de diversos teléfonos móviles asociados a los imputados [REDACTED] y María Alejandra Zepeda Navarro.

*En virtud de ello, el día **13 de abril de 2022**, se tomó conocimiento de comunicaciones efectuadas entre el imputado [REDACTED] cuyo móvil se encontraba interceptado, y una tercera persona que resultó corresponder a **Cristian Díaz Tapia**, quienes acordaron reunirse en el domicilio del primero de los nombrados ubicado en calle 8, sitio N° 63, Reñaca Alto, Viña del Mar, a efectos de llevar adelante una transacción de droga.*

Fue así como, mientras se efectuaban vigilancias policiales discretas al domicilio referido, funcionarios de carabineros apostados en el sector, divisaron la llegada de un vehículo conducido por el imputado Díaz Tapia, quien ingresó a dicho inmueble para luego retirarse del lugar, siendo seguido por el personal policial hasta las inmediaciones de calle Carlos Ibáñez del Campo, sector Miraflores, Viña del Mar, lugar en el que éste fue fiscalizado tras intentar darse a la fuga, estableciéndose que Cristian Díaz Tapia guardaba en el maletero del móvil, con fines de venta o transferencia a terceros, dos bolsas plásticas transparentes contenedoras de 2 kilos 25 gramos de pasta base de cocaína, además de mantener en su poder, un teléfono celular.



Asimismo, como consecuencia de la interceptación del teléfono móvil correspondiente a ██████████ se estableció la existencia de comunicaciones entre éste y Génesis Zambrano Mayne, quienes acordaron reunirse el día 13 de abril de 2022. Fue así como ██████████ el día indicado, llegó a bordo de su vehículo el día señalado, alrededor de las 14.50 horas, a la ciudad de Valparaíso, estacionándolo en calle General Cruz, frente al número 335, reuniéndose con Génesis Zambrano Mayne en las inmediaciones del lugar e instantes después, personal de Carabineros, quienes previamente habían efectuado vigilancias policiales, controlaron a ██████████ y a Zambrano Mayne, determinándose que el primero mantenía en su poder el teléfono celular cuyo número se encontraba interceptado y la suma de \$37.000.- y que, Zambrano Mayne, guardaba al interior de su cartera, con fines de venta o transferencia, una bolsa con 151,1 gramos netos de marihuana, además de la suma de \$352.000.-, una pesa digital y un teléfono celular.

Paralelamente, esta vez a través del monitoreo del teléfono celular judicialmente interceptado correspondiente a María Alejandra Zepeda Navarro, el mismo día 13 de abril de 2022, en horas de la tarde, se conoció de una llamada entre ésta y otra mujer, luego individualizada como Melissa Gutiérrez Montesinos, quienes acordaron efectuar una transacción de droga ese mismo día, saliendo Zepeda Navarro con tal finalidad, en un automóvil desde su domicilio ubicado en calle 8, sitio N° 63, Reñaca Alto, Viña del Mar en dirección al Pasaje Los Fiordos, sector Reñaca Alto, Viña del Mar, lugar en el que mantuvo una nueva conversación telefónica con Melissa Gutiérrez, percatándose de la presencia de Carabineros y retirándose del lugar a bordo del vehículo que conducía hasta la



intersección de calle Séptima con calle 5, sector Mirador de Reñaca de esta ciudad, donde logró ser fiscalizada, determinándose que guardaba la suma de \$3.600.000.- en dinero efectivo.

Finalmente, contándose con autorización voluntaria, el personal policial hizo ingreso al lugar de residencia de [REDACTED] y María Alejandra Zepeda Navarro, ubicado en calle 8, sitio N° 63, Reñaca Alto, Viña del Mar, estableciéndose que en dicho lugar los imputados guardaban, lo siguiente:

1.- Al interior de una mochila que se encontraba tapada, dos bolsas plásticas contenedoras de 2 kilos y 6 gramos de pasta base de cocaína, una bolsa plástica contenedora de 59,3 gramos netos de marihuana, una bolsa plástica contenedora de 99,4 gramos netos de marihuana, una bolsa plástica contenedora de 9 gramos netos de marihuana y una bolsa plástica contenedora de 192,7 gramos netos de marihuana, droga que estaba destinada a ser comercializada o transferida con terceras personas, además de una balanza digital.

2.- En una habitación destinada a dormitorio matrimonial, un bolso con la suma de \$5.000.000.- en dinero efectivo.

3.- Tres teléfonos celulares de diversas marcas”.

6°) Que los hechos reproducidos precedentemente fueron calificados, como constitutivos del delito consumado de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, en los que participaron los acusados [REDACTED] Díaz, en calidad de autores, en su modalidad de poseer y guardar sustancias ilícitas, sin contar con la competente autorización. Y respecto de la enjuiciada Zambrano, su conducta fue calificada como constitutiva del delito de tráfico en pequeñas



cantidades de droga, previsto y sancionado en el artículo 4° del mismo cuerpo legal.

7°) Que, así entonces, el núcleo de lo debatido, en relación a la causal principal de nulidad, dice relación con la supuesta infracción de las garantías fundamentales del sentenciado [REDACTED] por falta de autorización judicial para practicar la interceptación telefónica en el periodo diciembre a febrero de 2022, pues el Ministerio Público sólo habría obtenido la autorización judicial en los meses de marzo y abril de ese año; haber sometido a su defendido a vigilancia discreta en su domicilio y haberse efectuado el seguimiento del coacusado Cristian Díaz, sin contar con antecedentes concretos que justifiquen la práctica de estas diligencias por parte del Fiscal del Ministerio Público, haber sido detenido [REDACTED] sin que se le haya practicado un control de identidad, ni aún del tipo investigativo, en circunstancia que éste no fue detenido en situación de flagrancia y haberse trasgredido el principio de congruencia, al imponerse una pena superior a la solicitada por el acusador.

En cuanto a las causales subsidiarias, los vicios de nulidad se funda en la infracción al artículo 22 de la Ley 20.000 al haberse efectuado la reducción en un grado y en bloque, de la pena asignada al delito, antes de compensar racionalmente las demás circunstancias modificatorias que se estimaron concurrentes; en la falta de fundamentación de la sentencia por no haberse transcrito los registros de audios que sirvieron a la policía y al tribunal para concluir que los imputados estaban fraguando una transacción de droga; y finalmente, y siempre en forma subsidiaria, en la infracción al principio de



congruencia, al imponer a [REDACTED] una pena mayor a la solicitada por el persecutor.

8°) Que, en lo que respecta a la causal deducida de manera principal, fundado en la infracción de garantías fundamentales, al tratarse de derechos que se habrían amagado en el contexto de un proceso penal dirigido en su contra, las enunciadas por el recurrente quedan comprendidas en la garantía del debido proceso, derecho sobre el cual existe consenso sobre su naturaleza de principio, que a su vez comprende múltiples otras garantías judiciales cuya consagración cumple una función integradora de los derechos fundamentales.

Siguiendo esa línea, el legislador prefirió un concepto cuyas precisiones pudieran ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y puntualizadas por la jurisprudencia. Con el ingreso al ordenamiento jurídico nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos (publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (publicado con fecha 29 de abril de 1989), se reunió un extenso catálogo de garantías judiciales, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con precisión y especificidad. La reforma procesal penal, a propósito del derecho a un debido proceso, convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos, inmersos en distintas normas del Código Procesal Penal. En esta realidad normativa, resulta evidente que se impone a los jueces la utilización de los principios constitucionales como estándares a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces.



El mensaje del Código Procesal Penal sostiene que deben explicarse los principios básicos que rigen el enjuiciamiento criminal, especificando los contenidos de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en que el eje del procedimiento está constituido por la garantía del juicio previo. *“Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos. En este sentido, se trata de resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.”* (Historia de la Ley 19.696, mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 18-19).

Acorde con lo señalado precedentemente, esta Corte ha sostenido consistentemente, en torno al debido proceso, que se trata de un derecho asegurado por la Constitución Política de la República que ordena 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, le confiere al legislador la misión de definir las condiciones de un procedimiento racional y justo.

Sobre los presupuestos básicos que tal salvaguardia supone, se ha dicho que el debido proceso lo constituyen a lo menos un conjunto de resguardos que la Carta Fundamental, los Tratados Internacionales ratificados por Chile en vigor y las leyes les entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura, a vía de ejemplo, que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan impugnar las resoluciones con las que no estén conformes, en su caso que se respeten los procedimientos fijados en la ley con fidelidad a la Constitución y que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas (entre otras, SCS N°s 6.902-2012, de 6 de noviembre de 2012; 2.747-2013, de 24 de junio de 2013; 6.250-2014, de 7 de mayo de 2014; 4.269-2019, de 25 de marzo de 2019; y, 92.059-2020, de 8 de septiembre de 2020).

9°) Que, por otro lado, en lo concerniente al logro de evidencias, es necesario afirmar, como premisa básica, 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, aspecto que conduce a excluir de aquél a todo acto que quebranta dicho sistema. En este sentido, Hernández Basualto afirma que *“el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (...) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual*



condena el resultado de una vulneración constitucional". (Hernández Basualto, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, año 2005, N° 2, pp. 65-66).

10°) 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 (entre otras, SCS N°s 4.269-2019, de 25 de marzo de 2019; 76.689-2020, de 25 de agosto de 2020; y, 92.059-2020, de 8 de septiembre de 2020).

En este entendido, la declaración de nulidad requiere que sea formalmente establecida alguna actuación defectuosa que sirva de fundamento a la invalidez, pues de ésta han de derivar las consecuencias lesivas para el ejercicio de los derechos de que se trate, y que a estos efectos se entiendan vinculados al artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

11°) Que, entrando al análisis de la causal principal invocada en el recurso, en cuanto se esgrime que se practicaron interceptaciones telefónicas a su



defendido, entre los meses de diciembre a febrero de 2022, sin contar con autorización judicial para ello, cabe señalar que, según se lee en el párrafo 2 del fundamento 10º de la sentencia recurrida, titulado “Respecto a las diligencias previas” se concluyó: “...*Los funcionarios policiales explicaron, principalmente, el policía **Yáñez Castro**, que tomaron conocimiento de la participación del imputado [REDACTED] en el delito de tráfico de estupefacientes, proporcionándose antecedentes al efecto mediante la plataforma “denuncia seguro” del gobierno. En razón de aquello, se solicitaron sendas autorizaciones para interceptar teléfonos de los posibles involucrados, las cuales fueron otorgadas por el Juzgado de garantía de esta ciudad, según informan los **documentos 41 y 42**, consistentes en copias de oficio que dan cuenta de autorizaciones judiciales para interceptar y monitorear los números telefónicos que ahí se indican*”.

En consecuencia, de lo antes transcrito, se advierte que ha sido un hecho establecido por la judicatura del fondo, que los funcionarios policiales, el día 13 de abril de 2022, interceptaron las comunicaciones de [REDACTED] que condujeron a su detención, amparados en autorizaciones judiciales decretadas en los meses de marzo y abril de ese año, cuestión que además no ha sido controvertido en el recurso, por lo que carece de trascendencia para configurar la infracción de garantías denunciadas, que los efectivos policiales hayan referido al declarar, que también efectuaron interceptaciones telefónicas en un periodo anterior, diverso, respecto a las cuales el Ministerio Público no acreditó contar con la autorización judicial previa, desde que esa prueba –además de resultar impertinentes e innecesaria a la luz de los hechos objeto de la acusación- se



relaciona con actuaciones investigativas que no han sido consideradas por los acusadores, como tampoco por el Tribunal como un elemento de juicio para examinar los hechos objeto de la acusación y la participación en ellos de [REDACTED], [REDACTED].

En consecuencia, no cabe más que dar por cierto que el persecutor estaba válidamente autorizado para interceptar, el día 13 de abril de 2022, las comunicaciones telefónicas del acusado [REDACTED], mismas que condujeron a su detención momentos después, por lo que la infracción denunciada que se sustentan en un periodo previo de la investigación, carece de la sustancialidad que requiere la causal de erogación invocada, por lo que deberá ser desestimada en este primer aspecto.

12°) Que, también se arguye en el recurso un conjunto de circunstancias a las que el impugnante atribuye la idoneidad necesaria para amagar las garantías fundamentales del acusado [REDACTED], consistente en haberse sometido a vigilancia discreta en su domicilio y haberse efectuado el seguimiento del coacusado Cristian Díaz, sin contar con antecedentes concretos que justifiquen la práctica de estas diligencias por parte del Fiscal del Ministerio Público, haber sido detenido [REDACTED] sin que haya sido sorprendido en situación de flagrancia y haberse trasgredido el principio de congruencia, al imponerse una pena superior a la solicitada por el acusador.

En primer término, cabe descartar la idoneidad de la vigilancia discreta practicada al domicilio del acusado para producir la infracción de las garantías fundamentales denunciadas en el recurso, pues en el libelo recursivo no se desconoce que la misma haya sido practicada en cumplimiento de las



instrucciones impartidas por el Fiscal Adjunto a cargo de la investigación, sino más bien discrepa de la necesidad y fundamento de esa diligencia investigativa, aspectos que el legislador ha dejado dentro del ámbito de competencias del Ministerio Público, conforme lo previsto en el inciso primero del artículo 180 del Código Procesal Penal, máxime si la misma se practicó desde la vía pública, a una distancia que no permitió ver o escuchar lo que sucedía al interior del domicilio de [REDACTED], pudiendo los efectivos policiales apreciar lo que cualquier persona hubiera podido observar al transitar en ese mismo momento por la acera colindante del inmueble, circunstancias que descarta la infracción de derechos que se pretende.

La misma deficiencia se observa en el cuestionamiento del recurrente al seguimiento realizado al coacusado Cristian Díaz el día en que fue detenido, lo que sumado a que se intenta construir una infracción sustancial a las garantías fundamentales de [REDACTED] en base a diligencias investigativas practicadas respecto de un coacusado quien no ha alegado tal infracción de derechos y proponiendo una valoración diversa de la prueba de cargo -al estimar que las escuchas telefónicas y seguimiento policial no arrojó elementos de juicio concluyentes de ocurrencia del ilícito-, resultan elementos que determinan el rechazo de esas alegaciones para configurar la causal de nulidad en examen.

En cuanto a la infracción de garantías sustentada en habersele detenido sin que previamente se le efectuara un control de identidad y sin que haya sido sorprendido su representado in fraganti, tales alegaciones se contraponen a los hechos que se han tenido por establecidos en la sentencia, que dan cuenta que el acusado [REDACTED] fue detenido en situación de flagrancia prevista en el



artículo a) del artículo 130 del Código Procesal Penal, desde que en el fundamento décimo, apartado 3 literal A de la sentencia impugnada, se concluyó *“En cuanto a la conducta realizada por Cristian Díaz Tapia en relación con Víctor [REDACTED] de acuerdo a las escuchas efectuadas a diversos teléfonos atribuidos al último imputado, pudo establecerse que dos sujetos que usaban los teléfonos 95917960 y 975883726 acuerdan de encontrarse a las 13 horas del día 13 de abril del año 2022, según consta de la **documental 25 y 26, correspondiente al registro de audio 311 y la transcripción escrita del mismo, pudiendo luego constatarse que esos números pertenecían a los móviles de los mencionados acusados, siendo habidos en su poder a su registro y posterior detención. Luego, explicaron los testigos, que se puso en conocimiento del fiscal esta situación realizando vigilancias en las cercanías del domicilio..., correspondiente a la residencia de [REDACTED]s, habiendo visto que un sujeto llega – que sería Cristian Díaz- con [REDACTED], con quien sostuvo previamente otra conversación telefónica, tal como consta de la **prueba documental N°27 y 28, correspondiente al registro de audio 315 y su respectiva transcripción. Luego, alrededor de las 13.40 horas, llegó al domicilio en un vehículo... inscrito a nombre del acusado Díaz Tapia. Inmediatamente, aproximadamente a las 13.20 horas, indica el policía Álvaro Yáñez, que ese imputado salió en el vehículo..., efectuando un seguimiento del mismo por personal policial..., efectuando luego un control de identidad a quien lo manejaba, resultando ser el acusado Cristian Díaz Tapia quien, en una primera instancia, intentó huir del lugar, para después ser atrapado por la policía y, posteriormente, se descubrió que en el móvil indicado había droga consistente en 2 kilos con seis*****



gramos de pasta base de cocaína... encontrándose la sustancia oculta en el maletero del móvil, bajo la rueda de repuesto. Así las cosas, se procedió a la aprehensión del acusado (Díaz Tapia).

Luego, en el literal C del considerando décimo de la sentencia objetada, se concluye: *“En cuanto a los hechos penalmente relevantes que dicen relación con el acusado [REDACTED] de acuerdo a las probanzas acreditados de la manera ya explicada, permiten estimar que tuvo contacto con Cristian Díaz, siendo él quien le entregó a este última la droga en cuestión puesto que, aun cuando no hubo testigos presenciales del traspaso de la droga, sí existieron indicios que permiten estimar que fue él quien entregó la droga al coacusado Díaz Tapia, en atención al mérito de las conversaciones previas que sostuvieron ambos imputados vía telefónica – desde números de teléfonos que se correspondían con aquellos que cada uno de los encartados llevaba consigo al momento de su revisión-, que se vio ingresar a Díaz Tapia a su domicilio, que este último sindicó a [REDACTED] como quien le entregó la droga, aunado al hecho que, horas más tarde, a la revisión de su domicilio, se encontró droga y dinero en efectivo en gran cantidad por personal policial”.*

Como se observa, la conducta ilícita desplegada por [REDACTED] que condujo a su detención, ineludiblemente debió ser analizada por la judicatura de fondo en concordancia con aquella desplegada por el coacusado Díaz Tapia, quien –tras un control de identidad- fue sorprendido en posesión de más de dos kilogramos de pasta base de cocaína, momentos después de que ambos acusados se reunieran en el domicilio del primero, hecho que –a esa altura de la investigación- resultaba consistente con las interceptaciones telefónicas que había



realizado el personal policial del referido encuentro, antecedentes que los llevaron razonablemente a concluir que [REDACTED] estaba contribuyendo funcionalmente en el ilícito pesquisado, máxime si Díaz Tapia sindicó a [REDACTED] como quien le entregó la droga hallada.

El hecho así establecido, descarta la infracción de garantías denunciada en el recurso, por lo que esta sección de libelo recursivo también deberá ser desechada.

Finalmente, en cuanto a la infracción de garantías fundamentales por haberse trasgredido el principio de congruencia, al configurar esta alegación una causal de nulidad absoluta diversa, también alegada en el recurso, aunque de manera subsidiaria, la misma será descartada.

13°) Que, en consecuencia, la infracción de garantías fundamentales denunciada como sustento de la causal principal de nulidad, no concurre en la especie, ya porque las trasgresiones alegadas no se han configurado en la especie, ya porque no son sustanciales o porque se sustentan en hechos diversos a los que se han tenido por comprobados por la judicatura recurrida, por lo que la misma será desestimada.

14°) Que, en cuanto a la primera causal subsidiaria, prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por infracción al artículo 22 de la Ley N°20.000, es preciso establecer que no es materia de controversia, en el caso en análisis, que la conducta por la que resultó condenado [REDACTED] es constitutiva del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, en el que le correspondió participación en calidad de autor, siéndole reconocido por los jueces del fondo la morigerante de responsabilidad penal prevista en el artículo 11 N° 9



del Código Penal, y la atenuante especial establecida en el artículo 22 de la Ley 20.000, al tiempo que se estimó concurrente la agravante descrita en el artículo 12 N° 16 del referido Código.

En cuanto a la forma en que fue determinada en concreto la pena impuesta, en el considerando 14° de la sentencia objetada, se estimó más condigno con los hechos, efectuar la rebaja de penalidad prevista en el citado artículo 22 de la citada ley, en un grado *“y, tratándose de una sanción compuesta de dos grados, se rebajará en bloque, quedado en el presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”*, tras lo cual *“...de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 68 y 67 inciso final del Código Penal, se procederá a hacer una compensación racional de las mismas, pudiendo recorrerse la pena en toda su extensión”*, y en consideración *“...a la extensión al mal causado, ...cantidad de droga involucrada, la naturaleza de la misma (pasta base de cocaína) y el rol articulador que le correspondió a este acusado en los hechos acreditados”* se le impuso la pena de siete años seis meses de presidio mayor en su grado mínimo.

15°) Que, para el examen del error de derecho denunciado, se debe tener presente que el artículo 22 de la Ley 20.000, en lo pertinente, dispone:

“Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.”

[...]



La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurran; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”.

16°) Que, el tenor de la norma transcrita, deja en evidencia que la determinación de la judicatura del fondo de compensar racionalmente la circunstancia atenuante de colaboración sustancial, prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, con la agravante del artículo 12 N°16 del mismo Código, al tenor de lo previsto en el en el artículo 67 y 68 del Código punitivo, para luego efectuar la rebaja en un grado con ocasión de haberse estimado concurrente la morigerante especial del artículo 22 de la Ley 20.000, infringe la literalidad del referido precepto, determinación que en el caso sub judice ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que los sentenciadores, además, resolvieron efectuar la aludida rebaja en bloque, y no desde el mínimo, como correspondía, lo que condujo a imponer al acusado [REDACTED] una pena en concreto de presidio mayor en su grado mínimo, en circunstancias que la ajustada a derecho debía estar en el tramo de presidio menor en su grado máximo, tal y como lo sostiene la defensa en el recurso.

17°) Que, en efecto, los artículos 61 regla 2°, 66 inciso tercero, 68 bis y 73 inciso primero del Código Penal, establecen que la rebaja en grado, para los casos allí reglados, debe hacerse desde el mínimo de la pena asignada al delito. Luego, la misma solución es propuesta por la doctrina para los casos en que la ley no señala expresamente la forma de efectuarse tal disminución, como ocurre precisamente en el caso del artículo 22 de la Ley 20.000, pues precisamente el



autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra sancionado con una pena compuesta por varios grados, esto es, la de presidio mayor en su grado mínimo a medio. (Cfr. COUSO SALAS, Jaime, “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el Derecho chileno”, en: COUSO SALAS, Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia, Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011, pp. 510-524, p. 521.)

Como se observa, esta interpretación resulta consistente con la rebaja en grados prevista por el legislador para casos reglados y resulta más deferente con el principio pro reo, pues la rebaja en bloque conlleva a mantener dentro de la penalidad posible el grado inferior de la pena en abstracto asignada al delito – presidio mayor en su grado mínimo-, con la subsecuente inconsistencia valorativa de la morigerante especial, pues en definitiva permitiría sancionar al autor del ilícito, con la misma pena que pudo ser sancionado en caso de no habersele reconocido la referida atenuante especial, lo que no resulta razonable ni coherente con los demás casos en que el legislador ha reglado una morigeración de la penalidad.

18°) Que, en consecuencia, la influencia del error en lo resolutivo del fallo es esencial, porque determina la imposición de una condena mayor a la que debió ser impuesta conforme a la ley, circunstancia que –conforme lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal- determina la nulidad pedida por la defensa de [REDACTED] debiendo ser acogido el recurso, anulándose el fallo, únicamente en la parte a que este reclamo se refiere, esto es, en cuanto a la pena que le fue impuesta como autor del delito consumado de tráfico ilícito de drogas, al



haberse impuesto por ella una pena mayor a la que legalmente correspondía, atendidas las circunstancias modificatorias de responsabilidad que se estimaron concurrente, y dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo de conformidad a la ley.

19°) Que atendido lo resuelto precedentemente, habiéndose deducido las causales de nulidad previstas en los literales e) y f) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en subsidio de la que ha sido acogida, se omitirá pronunciamiento a su respecto.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dispuesto en los artículos 373 letras a) y b), 374 letras e) y f), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se declara que:

I.- Se acoge el recurso de nulidad promovido por la defensa del condenado **[REDACTED]**, en contra de la sentencia de veintitrés de junio de dos mil veintitrés, dictada en el proceso RUC N°2100816208-2, RIT N° 603-2022, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, **sólo en cuanto se invalida parcialmente** la referida sentencia, únicamente en lo que respecta a la pena impuesta al acusado **[REDACTED]** y se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

II.- Que, en consecuencia, el juicio desarrollado ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar RUC N°2100816208-2, RIT N° 603-2022, y la sentencia recaída en él, de fecha veintitrés de junio del 2023, **son parcialmente válidos**, con la sola anulación de lo referido en el acápite **I.** de esta decisión.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del fallo a cargo del Abogado Integrante Sr. Abuaud.



Rol N° 147.410-23

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O., y los Abogados Integrantes Sres. Gonzalo Ruz L. y Ricardo Abuauad D. No firman el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Abuauad, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente respectivamente.



En Santiago, a seis de noviembre de dos mil veintitrés, 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.



XXPYXJHTCXG