

13. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE DROGAS

I. DERECHO AL DEBIDO PROCESO. ASPECTOS QUE CONTEMPLA EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. II. RESPETO Y PROTECCIÓN A LA VIDA PRIVADA E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES. PROCEDENCIA DE LA INTERCEPCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. AUTORIZACIÓN PARA LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES. III. EXISTENCIA DE INDICIOS SUFICIENTES PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD. INVESTIGACIÓN PREVIA QUE INVOLUCRABA AL IMPUTADO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS E INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS QUE CONFIRMABAN EL TRANSPORTE DE DROGA CONSTITUYEN INDICIOS SUFICIENTES PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTROL DE IDENTIDAD.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de Tráfico Ilícito de Drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la ley N° 20.000. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

ROL: *46489-2016, de 5 de septiembre de 2016*

PARTES: *“Ministerio Público con Gerardo Galleguillos Alarcón”*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sra. Andrea Muñoz S. y Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- 1. La garantía constitucional del debido proceso que se estima vulnerada es una noción constituida por un conjunto de parámetros o condiciones que debe asegurar convenientemente a todos quienes intervienen en un proceso, principalmente tratándose de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, que puedan hacer valer sus puntos de vista y controvertir los de la contraparte con las garantías que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Conformar*

la idea de un procedimiento racional y justo: a) la notificación y audiencia del afectado; b) la presentación de las pruebas, su recepción y examen; c) la sentencia dictada en un plazo razonable y por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y d) la posibilidad de revisión de lo decidido por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva. En la doctrina nacional es pacífico sostener que el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar garantías de publicidad de los actos jurisdiccionales; el derecho a la acción; el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria; el emplazamiento eficaz y la adecuada asesoría y defensa con abogados; la producción libre de pruebas conforme a la ley; el examen y objeción de la evidencia rendida; la bilateralidad de la audiencia; la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores; y el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales y debidamente fundamentados conforme al régimen jurídico vigente o, en su defecto, a los principios generales del derecho y equidad natural (considerando 5° de la sentencia de la Corte Suprema).

- II. *Respecto a las garantías del respeto y protección a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, se trata de una proyección de las particularidades personalísimas del individuo que constituye el núcleo de lo íntimo, secreto o confidencialidad que toda persona tiene y conforme a lo cual proyecta su vida y le infunde un sello característico propio e irrepetible, por lo que se trata de un atributo cercano a la dignidad humana; razón por la que la intimidad, unida a la libertad, es la base de ese derecho. Sin embargo, conforme a la Carta Fundamental, las comunicaciones pueden interceptarse en los casos y formas determinados por la ley. De allí que el artículo 222 del Código Procesal Penal establezca los requisitos de procedencia para interceptar comunicaciones telefónicas del imputado como de otras personas que sirven de intermediarias de las mismas o que facilitan sus medios de comunicación al imputado o a terceros que actúan como intermediarios, y son los siguientes: a) que existan sospechas fundadas que una persona cometió o participó en la preparación o comisión, o que prepara actualmente la comisión o participación en un hecho punible, y tratándose de otras personas que concurran las mismas sospechas de que sirven de intermediarias de dichas comunicaciones o que faciliten sus medios de comunicación al imputado o a sus intermediarios; b) que se base en hechos determinados; c) que la pena asignada al delito investigado merezca pena de crimen; y d) que sea imprescindible para la investigación. Conviene también tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Drogas –N° 20.000–, que señala que la medida de investigación de interceptación de comunicaciones se podrá aplicar respecto de todos los delitos previstos en dicha ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad con las prescripciones pertinentes*

del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de ello, añade la norma, no regirá lo dispuesto en el artículo 222 inciso 4° del Código precitado, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaran o determinaren (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema). En la especie, la diligencia intrusiva realizada en la investigación de los hechos calificados como delito de tráfico de estupefacientes cuya información ha sido utilizada en este proceso, no merece reparo alguno. En efecto, se otorgó autorización para la interceptación con completa sujeción a las normas que la previenen, en los términos previstos en los artículos 222 del Código Procesal Penal y 24 de la ley N° 20.000, de manera que tras la información obtenida de las interceptaciones, que daban cuenta de actos preparatorios del delito objeto del fallo recurrido, era inevitable la investigación se encaminaría a su comprobación, dando así cumplimiento al cometido del Ministerio Público establecido en los artículos 1° de la ley N° 19.640 y 3° del Código Procesal Penal (considerando 8° de la sentencia de la Corte Suprema).

III. La diligencia del artículo 85 del Código Procesal Penal permite a los funcionarios policiales solicitar la identificación de cualquier persona en casos que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; o de que se dispusiere a cometerlo. En la especie, cabe consignar que los indicios que justificaron, la práctica del control de identidad, se configuran por: 1) una investigación previa que involucraba al imputado en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes; 2) interceptaciones telefónicas que permitieron confirmar las gestiones para transportar la droga; y 3) que producto de una de esas interceptaciones se estableció que el acusado transportaría en un determinado vehículo droga desde una ciudad a otra y que llegaría un determinado día. La información emanada de las interceptaciones telefónicas que dan cuenta del traslado de una sustancia ilícita aparece como un antecedente suficiente para justificar el recurso a la herramienta que el artículo 85 del Código Procesal Penal entrega a las policías, lo que aunado al seguimiento ordenado por el Ministerio Público del vehículo que era conducido por el acusado en compañía de otras personas, hasta el punto de entrega de la droga prohibida, permite concluir la existencia de mérito para dar curso al procedimiento que se cuestiona, cuyo aquilatamiento queda entregado al personal actuante, sin perjuicio del control ex post que corresponde a la judicatura (considerandos 10° y 11° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/6172/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 85, 222 del Código Procesal Penal; 24 de ley N° 20.000.*

SOBRE LA ILEGALIDAD DE EVITAR SUSPENDER UNA INTERCEPTACIÓN
TELEFÓNICA CUANDO SE DETERMINA —CON POSTERIORIDAD
A SU AUTORIZACIÓN— QUE LA LÍNEA ES UTILIZADA POR OTRO

MIGUEL SCHÜRMAN OPAZO
Universidad de Chile

La segunda sala de la Corte Suprema tuvo la oportunidad de conocer un recurso de nulidad interpuesto por la defensa de un imputado condenado por tráfico de drogas. Tanto la causal de nulidad principal como la subsidiaria deducidas en el recurso se radicaron en la impugnación del procedimiento investigativo desarrollado por la policía, al amparo de lo previsto por el artículo 373 a) del Código Procesal Penal (CPP), esto es, por haberse infringido de manera sustancial, durante la etapa investigativa, los derechos y garantías que la Constitución y los tratados de derechos humanos establecen en favor del imputado. La infracción alegada como principal se habría cometido por agentes policiales quienes, sin contar con la autorización judicial correspondiente, procedieron a una interceptación de un teléfono respecto del cual sabían o conocían que era utilizado por el imputado, no obstante que la investigación se dirigía en contra de un “blanco” de apellido Torres, respecto de quien se había requerido la autorización judicial. Afirma el recurrente que esta técnica se mantuvo, pese a percatarse de que se intervenía el teléfono a un sujeto respecto del cual no se contaba con autorización, sin informar al Fiscal y sin solicitar una nueva autorización judicial, vulnerando con ello lo dispuesto en los artículos 222 del CPP, 24 de la ley N° 20.000 y 19 N° 5 de la Constitución Política de la República. Alega la defensa que, de ahí en adelante, toda la evidencia obtenida se vio contaminada por la recopilación de una prueba sin respetar la regulación expresa de la normativa indicada. Si bien se obtuvo una nueva interceptación de los teléfonos del imputado, esto fue sólo dos días antes de su detención. Como causal subsidiaria se impugna el procedimiento de detención y registro del imputado, el cual se realizó sin orden judicial. Si bien los policías esgrimieron haberlo realizado al amparo del artículo 85 del CPP, los indicios esgrimidos para ello fueron aquellos obtenidos de las escuchas telefónicas impugnadas como motivo principal. Al mismo tiempo se impugna la inexistencia de los indicios externos que requiere la normativa citada para facultar al control de identidad.

En cuanto a la preparación del recurso, se afirma que dicho vicio fue alegado en la audiencia de preparación del juicio oral, resolviendo el tribunal en esa ocasión, por la gravedad de los hechos y lo excepcional de la técnica empleada conforme el artículo 24 de la ley N° 20.000, excluir la prueba. Sin embargo, esta decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones al conocer del recurso deducido por el Ministerio Público, con la salvedad que la prueba no podía hacer referencia a las

diligencias derivadas de la interceptación telefónica realizadas con anterioridad al 17 de marzo del año 2014¹. El Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt habría rechazado la procedencia de dicha limitación.

La principal pregunta que plantea esta causa es ¿qué debe hacer un policía cuando al ejecutar una medida intrusiva de interceptación telefónica se percata que el usuario del teléfono no es sobre quien recayó la autorización? ¿Son lícitos los antecedentes que se obtienen mediante la mantención de dicha interceptación? La opinión de la Corte se encuentra dividida. El voto de mayoría considera que la discrepancia de identidad del afectado constituye una contingencia no prevista tanto por la autoridad que dispuso esa medida como por quien la ejecutaba, por lo que en su interceptación no se conculcan las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 de la Carta Fundamental, al encuadrar los funcionarios policiales su actividad a la normativa legal que los rige. Agrega a su razonamiento que tanto el imputado como su pareja también eran objeto de investigación, lo que explica que posteriormente sus teléfonos hayan sido objeto de solicitud de interceptación, concluye afirmando que la alegación es extremadamente formal y por ello debe ser rechazada. El voto de minoría considera que el problema planteado por el caso, consistente en el empleo de información producto de la interceptación de un teléfono que no era usado por quien se individualizó al momento de obtener la autorización del Juez de Garantía, no resulta admisible de conformidad a lo dispuesto por el artículo 222 del Código Procesal Penal. Sostiene además que semejante proceder vulnera las garantías constitucionales del debido proceso, de la inviolabilidad de las comunicaciones y de respeto y protección de la vida privada invocadas en el recurso, ya que al haberse iniciado la indagación conforme a las instrucciones del fiscal, las diligencias intrusivas que siguieron y estimaron necesarias, también debieron ser autorizadas por el Juez de Garantía, único ente con competencia para disponerlas en el marco referido, de manera que la interceptación telefónica de una persona respecto de la cual no se tenía autorización, contamina la prueba obtenida en un procedimiento que fue realizado al margen de la ley. Concluye el voto de minoría aludiendo a la necesidad de acoger el recurso de nulidad, debiendo realizarse un nuevo juicio oral, excluyendo la prueba obtenida ilícitamente y de la derivada de la misma.

La claridad y sencillez del razonamiento del voto de minoría constituye una corroboración de su corrección. El problema jurídico planteado por el caso no constituye un caso complejo no previsto por la ley y para cuya resolución debe apelarse a principios, al contrario, es el propio tenor literal de los artículos 222 y 225 del CPP el que resuelve claramente el asunto y por ello llama la atención de

¹ En la sentencia no se indica una fecha exacta como inicio de la interpretación telefónica, pero se da a entender que ésta se habría iniciado en el mes de febrero de 2014.

que no sean tomados en consideración para resolver el problema jurídico planteado por el caso. Un sencillo ejercicio de subsunción permite dilucidar el asunto. El artículo 222 establece en sus incisos primero y segundo una caracterización bastante clara de la excepcionalidad de la medida intrusiva de interceptación telefónica y, para ello, establece requisitos de precisión siempre referidos a la persona del imputado. Así, el inciso primero se refiere a fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, sobre la persona del imputado. El inciso segundo, por su parte, determina al imputado como único destinatario de la medida intrusiva, agregando excepcionalmente que dicha medida puede afectar también a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que dichas personas sirvan de intermediarias o facilitadoras de las comunicaciones. El inciso cuarto, dando cuenta de la directa vinculación que existe entre los requisitos procesales de procedencia de la medida y la individualización del imputado, requiere la circunstanciada individualización del mismo. Si bien dicho requisito es aquilatado por el artículo 24 de la ley N° 20.000, en el sentido de permitir que sea reemplazado por la consignación de las circunstancias que permitan individualizar al imputado, en caso alguno permite dicha medida despersonalizadamente o con carácter general dentro de una investigación. Finalmente, la consecuencia de la falta de vinculación entre las sospechas tenidas en consideración para fundar la orden judicial y la persona afectada por ella, se encuentra en el inciso final del citado artículo 222 del CPP, siendo dicha consecuencia el cese inmediato de la medida. Por si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 225 establece la prohibición de la utilización de los resultados de una interceptación telefónica cuando ella haya sido ejecutada fuera de los supuestos previstos por la ley.

Volviendo a la pregunta planteada por el caso: ¿qué debe hacer un policía que al ejecutar una orden de interceptación policial se percate que dicha línea telefónica no es empleada por el imputado respecto del cual recae la medida ni por personas que sirvan como intermediarias o facilitadoras de la comunicación con él? La respuesta es unívoca: debe hacer cese inmediato de la medida intrusiva, de acuerdo al inciso final del artículo 222. ¿Puede utilizar la policía estas comunicaciones para la investigación? No. Ellas están afectas a la prohibición del artículo 225. Para arribar a esta solución es completamente irrelevante la buena o mala fe de la policía, ello solo podría resultar relevante para descartar la responsabilidad penal del imputado por el delito previsto por el artículo 36 B de la Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones.

Pero más allá de la discrepancia que se pueda sostener sobre el ámbito de aplicación de las reglas previamente citada, lo que parece estar detrás del razonamiento del voto de mayoría es la idea de que la sola calidad de imputado habilita a la aplicación de una medida intrusiva de esta entidad –desatendiendo los requisitos adicionales previstos por la ley– y que la detención del sujeto portando drogas justifica la existencia de sospechas en su contra y el proceder poco prolijo de la

policía. Ante ello solo cabe oponer las razones comúnmente aceptadas tanto en el derecho comparado como en el proceso legislativo que llevó a la inclusión del actual artículo 276 del CPP, esto es, la legitimidad de la aplicación de una sanción penal requiere como presupuesto un respeto irrestricto del debido proceso, siendo la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida una garantía que permite resguardar la legitimidad de una eventual sentencia condenatoria.

Por último, existe una razón de carácter pragmático, esta solución no impide la realización de la investigación ni constituye una exigencia extremadamente formal, en los términos del voto de mayoría, sino que simplemente permite el cumplimiento de la ley. Siempre es posible para la policía solicitar una nueva autorización judicial para acceder a estas comunicaciones, en la medida que sus antecedentes no contaminados con la prueba ilícitamente obtenida satisfagan los requisitos previstos por el artículo 222 del CPP. Abona a esta solución el objetivo previsto por el legislador para establecer la competencia de la Corte Suprema para el conocimiento de la causal de nulidad prevista por el artículo 373 a) del CPP, ya que ella se estableció tomando en consideración la posibilidad de que el máximo tribunal del país estableciera, a través de sus sentencias, una delimitación de una legítima persecución de delitos por parte del Ministerio Público y sus auxiliares. La nulidad de esta sentencia permitía ratificar el deber establecido en la ley, en torno a que un error en la persona del afectado por la medida de interceptación telefónica, obligaba al Ministerio Público y sus auxiliares al cese de la medida y la inutilización de los registros obtenidos.

Finalmente, en cuanto a la causal de nulidad subsidiaria, es rechazada por el voto de mayoría aduciendo la existencia de indicios procedentes de las escuchas telefónicas, previamente validadas por su razonamiento. Más allá de lo manifestado previamente en torno a la ilegalidad de las mismas, el voto de mayoría realiza una afirmación compleja de comprender en relación a la necesidad de que la policía aprecie por sus propios sentidos aquellos indicios requeridos por el artículo 85 del CPPP “... *el supuesto sobre el cual descansa el cuestionamiento de este capítulo del recurso resulta difícil de admitir, en cuanto presupone la manifestación de indicios de ilegalidad que no concurren en la especie*”. Pese a la perplejidad que puede producir la reproducción de la afirmación, lo que afirma la Corte es que no se puede admitir la exigencia de indicios de ilegalidad externos para la procedencia del control de identidad. Dicha afirmación no solo llama la atención porque la Corte acepta que indicios de ese tipo no se verificaban en el caso, sino que principalmente porque dicho requerimiento ya había sido afirmado –correctamente– por la Corte en la sentencia dictada en la causa Ingreso Número 1946-2015, contradiciendo con ello su doctrina previa. Así las cosas, no existiendo indicios de ilicitud en los términos señalado por el artículo 85 del CPP, es decir, apreciables por los sentidos de los funcionarios que practican la diligencia, no existiendo un caso de flagrancia ni orden de detención judicial, el procedimiento que dio origen a la detención y registro

del imputado debe ser calificado de ilegal, existiendo un motivo independiente de nulidad al ya referido como causal principal.

CORTE SUPREMA

Santiago, cinco de septiembre de dos mil dieciséis.

VISTOS:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, por sentencia de dieciséis de julio de dos mil dieciséis, en los antecedentes RUC 1400252750-0, RIT 27-2016, condenó a Gerardo Mauricio Galleguillos Alarcón a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y multa de diez unidades tributarias mensuales, como autor del delito consumado de Tráfico Ilícito de Drogas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la ley N° 20.000, perpetrado el día 27 de marzo de 2014 en la ciudad de Puerto Montt. Lo condenó, además, a la pena de multa de once unidades tributarias mensuales como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego en grado de consumado, también perpetrado el día 27 de marzo del año 2014 en la ciudad de Puerto Montt. Ordenó el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta.

La defensa del acusado dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el que se conoció en la audiencia pública de dieciséis de agosto pasado, con la concurrencia y alegatos del defensor señor Cristián Sleman, por el sentenciado y del abogado don Alejandro Ivelic, por el Ministerio Público y luego de la vista se citó a la lectura del fallo para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso interpuesto se sustenta, en carácter de principal, en la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, consistente en la infracción sustancial, en cualquier etapa del procedimiento o en la sentencia, de derechos o garantías asegurados por la Constitución Política o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, defecto que se configuraría en el caso en estudio a consecuencia de la transgresión a la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental, en relación a lo que disponen sus artículos 6° y 7° del mismo cuerpo legal y los artículos 24 de la ley N° 20.000 y 222 del Código Procesal Penal.

Asegura que los hechos que configuran la causal principal de la nulidad invocada aparecen cometidos por agentes policiales quienes sin contar con la autorización judicial correspondiente procedieron a la interceptación telefónica del número 73512115 sabiendo o conociendo que éste era utilizado por el imputado Gerardo Galleguillos Alarcón, no obstante que la investigación se dirigía en contra de un “blanco” de apellido Torres. Afirma que esta técnica se mantuvo sin informar al Fiscal y sin solicitar una nueva autorización judicial para Galleguillos Alarcón, vulnerando con ello lo dispuesto en los artículos 222 del Código Procesal Penal; 24 de la ley N° 20.000 y 19 N° 5 de la

Constitución Política de la República. Alega que, de ahí en adelante, toda la evidencia obtenida se vio contaminada por la recopilación de una prueba sin respetar la regulación expresa de la normativa indicada.

Añade que, con posterioridad, el imputado Galleguillos dejó de utilizar el teléfono que la policía mantenía interceptado, adquiriendo el 20 de febrero del año 2014 dos nuevos teléfonos de la Empresa Claro. Relata que con fecha diecisiete de marzo del año 2014, se obtuvo autorización judicial para interceptar las comunicaciones telefónicas de otros investigados en la causa, pero no para los teléfonos del sentenciado, la que finalmente se consiguió el veinticinco de marzo del año 2014, esto es, sólo dos días antes de su detención.

Afirma que este vicio se viene alegando desde la audiencia de preparación del juicio oral, resolviendo el tribunal en esa ocasión, por la gravedad de los hechos y lo excepcional de la técnica empleada conforme el artículo 24 de la ley N° 20.000, excluir la prueba atendido el artículo 176 del Código Procesal Penal. Sin embargo, esta decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones al conocer del recurso deducido por el Ministerio Público, con la salvedad que la prueba no podía hacer referencia a las diligencias derivadas de la interceptación telefónica realizadas con anterioridad al 17 de marzo del año 2014. El Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt rechazó a su turno, la alegación correlativa hecha valer en dicha sede, conforme aparece de la sentencia.

Termina solicitando acoger el recurso, invalidar el juicio y la sentencia, ordenando realizar uno nuevo por un tribunal no inhabilitado, con exclusión de la totalidad de la prueba de cargo que enumera, por haber sido obtenida con vulneración de garantías fundamentales.

Segundo: Que, en forma subsidiaria al motivo de nulidad descrito precedentemente, la misma parte sostiene que en la etapa de investigación se infringieron sustancialmente las garantías previstas en el artículo 19 numerales 3°, 4° y 7°, de la Constitución Política del Estado. En efecto, con ocasión de la detención del acusado por parte de personal de la Policía de Investigaciones (PDI), cuyos funcionarios ya conocían su identidad, se registró el vehículo en que el imputado se desplazaba, encontrando al interior del portamaletas 876,273 gramos netos de *Cannabis Sativa* y una bolsa de nylon contenedora de 48,25 gramos netos de clorhidrato de cocaína, además de una escopeta calibre 12, marca Chamber; registro e incautación de evidencia de cargo que se realizaron sin la autorización judicial exigida por la ley procesal penal, aun cuando la policía calificó este procedimiento como un control de identidad, lo que carece de todo sentido porque aquella ya era conocida, de lo que se colige que la diligencia se realizó fuera de los presupuestos que contempla la ley, infringiéndose con ello las garantías invocadas.

Termina este apartado solicitando se anule el juicio oral y la sentencia condenatoria dictada, debiendo retrotraerse la causa al estado de celebrarse

una nueva audiencia de juicio por un tribunal no inhabilitado y excluirse, en el caso de aceptar esta causal, la prueba que enumera.

Tercero: Que, en la audiencia realizada para el conocimiento del asunto, la parte recurrente rindió la prueba documental y de audio ofrecida en el arbitrio, reproduciéndose las pistas previamente aceptadas, luego de lo cual el defensor formuló sus alegaciones corroborando el recurso, en tanto el representante del Ministerio Público expresó los motivos por los cuales debe ser rechazado.

Cuarto: Que en el libelo de nulidad se señala como fundamento fáctico de la causal principal invocada, que la infracción al debido proceso se habría producido en la interceptación telefónica practicada al número 73512115 que estaba dirigida en contra de un “blanco” de apellido Torres. Alega que los funcionarios tomaron conocimiento que el teléfono no era usado por Torres sino por el imputado Gerardo Galleguillos Alarcón, no obstante lo cual, siguieron con la intervención telefónica, apartándose del ámbito de sus atribuciones y arrogándose facultades que no tenían al realizar una interceptación telefónica a una persona distinta de aquella para lo cual habían sido autorizados, contraviniendo así lo dispuesto en los artículos 24 de la ley N° 20.000 y 222 del Código Procesal Penal, lo que trasciende a toda la evidencia obtenida con posterioridad al acto inicial viciado.

Quinto: Que la garantía constitucional del debido proceso que se estima vulnerada es una noción constituida

por un conjunto de parámetros o condiciones que debe asegurar convenientemente a todos quienes intervienen en un proceso, principalmente tratándose de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo determinación judicial, que puedan hacer valer sus puntos de vista y controvertir los de la contraparte con las garantías que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Esta Corte ha señalado que conforma la idea de un procedimiento racional y justo, lo siguiente: 1) notificación y audiencia del afectado; 2) presentación de las pruebas, su recepción y examen; 3) sentencia dictada en un plazo razonable y por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 4) posibilidad de revisión de lo decidido por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

En la doctrina nacional es pacífico sostener que el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, debe contemplar garantías de publicidad de los actos jurisdiccionales; el derecho a la acción; el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria; el emplazamiento eficaz y la adecuada asesoría y defensa con abogados; la producción libre de pruebas conforme a la ley; el examen y objeción de la evidencia rendida; la bilateralidad de la audiencia; la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores; y el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales y debidamente fundamentados conforme al régimen jurídico vigente o, en su

defecto, a los principios generales del derecho y equidad natural.

Sexto: Que en cuanto a las garantías del respeto y protección a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, se trata de una proyección de las particularidades personalísimas del individuo que constituye el núcleo de lo íntimo, secreto o confidencialidad que toda persona tiene y conforme a lo cual proyecta su vida y le infunde un sello característico propio e irrepetible, por lo que se trata de un atributo cercano a la dignidad humana; razón por la que la intimidad, unida a la libertad, es la base de ese derecho (Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 198).

Sin embargo, conforme a la Carta Fundamental, las comunicaciones pueden interceptarse en los casos y formas determinados por la ley. De allí que, el artículo 222 del Código Procesal Penal establece los requisitos de procedencia para interceptar comunicaciones telefónicas del imputado como de otras personas que sirven de intermediarias de las mismas o que facilitan sus medios de comunicación al imputado o a terceros que actúan como intermediarios, y son los siguientes: a) que existan sospechas fundadas que una persona cometió o participó en la preparación o comisión, o que prepara actualmente la comisión o participación en un hecho punible, y tratándose de otras personas que concurren las mismas sospechas de que sirven de intermediarias de dichas comunicaciones o que faciliten sus

medios de comunicación al imputado o a sus intermediarios; b) que se base en hechos determinados; c) que la pena asignada al delito investigado merezca pena de crimen; y d) que sea imprescindible para la investigación. A lo anterior, dados los términos de lo planteado en el recurso, también conviene tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 24 de la ley N° 20.000, que señala que la medida de investigación de interceptación de comunicaciones se podrá aplicar respecto de todos los delitos previstos en dicha ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad con las prescripciones pertinentes del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de ello, añade la norma, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.

Séptimo: Que en el caso que se revisa, según se estableció con los testimonios de los funcionarios Araneda Fica y Solís Delaigue reproducidos en el fundamento noveno de la sentencia impugnada, durante la etapa de instrucción de la causa se autorizó por parte del Juez de Garantía la interceptación telefónica del número 73512115 que se pensaba era utilizado por un sujeto de apellido “Torres”, conforme a la información obtenida de una investigación residual seguida por la Policía de Investigaciones, en la que, entre otros sospechosos, también se encontraba una persona denominada “Che”, que luego fue identificada como el sentenciado Gerardo Galleguillos.

Octavo: Que, en consecuencia, la causal que se examina se funda en la ausencia de los requisitos que establece el artículo 222 del Código Procesal Penal, cuando se mantuvo la interceptación de las comunicaciones telefónicas que el sentenciado Galleguillos Alarcón efectuó por el teléfono móvil número 73512115 durante un cierto período, lo que no es efectivo, pues se encuentra asentado que la autorización judicial fue otorgada para el mencionado número telefónico que se suponía utilizado por un sujeto “Torres”, sin embargo, dicho móvil estaba siendo empleado por Galleguillos Alarcón, circunstancia que sólo fue establecida por los funcionarios policiales con posterioridad a la autorización, resultando una contingencia no prevista tanto por la autoridad que dispuso esa medida como por quien la ejecutaba, por lo que no se conculcaron las garantías consagradas en el número 3° inciso sexto del artículo 19 de la Carta Fundamental, al encuadrar los funcionarios policiales su actividad a la normativa legal que los rige.

Por otra parte es necesario tener presente, que tal como se estableció en el fundamento décimo, aquella inicial interceptación se insertó en el marco de una investigación mayor que incluía también, entre otros, a la pareja de Galleguillos Alarcón, cuyos teléfonos también fueron intervenidos previa autorización judicial de 17 de marzo de 2014, al igual que con fecha 25 de marzo de 2014 los nuevos teléfonos del sentenciado, diligencias que proporcionaron la información que permitió el seguimiento y posterior detención del

sentenciado, así como la incautación de la sustancia ilícita.

Que, en consecuencia, la diligencia intrusiva realizada en la investigación de los hechos calificados como delito de tráfico de estupefacientes cuya información ha sido utilizada en este proceso, no merece reparo alguno. En efecto, se otorgó autorización para la interceptación con completa sujeción a las normas que la previenen, en los términos previstos en los artículos 222 del Código Procesal Penal y 24 de la ley N° 20.000, de manera que tras la información obtenida de las interceptaciones del 17 de marzo de 2014 en adelante, que daban cuenta de actos preparatorios del delito objeto del fallo recurrido, era inevitable la investigación se encaminaría a su comprobación, dando así cumplimiento al cometido del Ministerio Público establecido en los artículos 1° de la ley N° 19.640 y 3° del Código Procesal Penal.

En este escenario resulta indudable que no ha existido actuación inconsulta de los funcionarios policiales para proceder al uso de las interceptaciones telefónicas; y encontrándose asentado que el procedimiento investigativo también se encontraba dirigido en contra del acusado Gerardo Galleguillos, la acusación que se vierte en el planteamiento de la causal principal invocada deviene en extremadamente formal, ya que ella no discute los presupuestos tenidos en cuenta para la práctica del mecanismo de averiguación que consagra la ley de drogas, sino que toda la impugnación se estructura en la errónea singularización de quien usaba el teléfono al momento

de solicitarla, lo que constituye –tal como se dijo– una contingencia no prevista, que encuadra en la situación descrita en el inciso final del artículo 223 del Código Procesal Penal.

Noveno: Que como fundamento de la causal subsidiaria se señala que las infracciones denunciadas se habrían producido porque la detención del acusado y la recolección de la evidencia incriminatoria fueron ejecutadas fuera del ámbito de las atribuciones de la policía que intervino, que se arrogó facultades que no tenía, invocando un falso control de identidad, alegando a continuación una suerte de comunicabilidad de la ilegalidad de dicha diligencia, por sostenerse sobre prueba ilegalmente obtenida, que proviene de una diligencia cuyo punto de partida es discutible desde la perspectiva del debido proceso.

Décimo: Que la diligencia del artículo 85 del Código Procesal Penal permite a los funcionarios policiales solicitar la identificación de cualquier persona en casos que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; o de que se dispusiere a cometerlo. A tal efecto la identificación debe realizarse en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte, para lo cual el funcionario policial debe otorgar facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos. Añade la norma que durante este procedimiento y sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al

registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, procediendo a su detención, sin necesidad de orden judicial, de quienes se sorprenda a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130 de Código Procesal Penal. Además, el artículo 89 de ese mismo cuerpo legal agrega que “Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación”.

Undécimo: Que, establecido el marco legal sobre el cual deberá transitar el pronunciamiento del presente capítulo del recurso de nulidad, cabe consignar que los indicios que justificaron, la práctica del control de identidad de estos antecedentes, se configuran por: 1) una investigación previa que involucraba al acusado en el delito de tráfico ilícito de estupefacientes; 2) interceptaciones telefónicas que permitieron confirmar las gestiones de Galleguillos Alarcón para transportar la droga, y 3) que producto de una de esas interceptaciones se estableció que el acusado Galleguillos Alarcón transportaría en un determinado vehículo droga desde Linares a Puerto Montt y que llegaría el día 27 de marzo de 2014. Por ello, el supuesto sobre el cual descansa el cuestionamiento de este capítulo del recurso resulta difícil de admitir, en cuanto presupone la manifestación de indicios de ilegalidad que no concurren en la especie.

En efecto, el control efectuado tuvo como justificación las circunstancias

referidas en el motivo noveno de la sentencia, elementos que se consideraron como suficientemente constitutivos de los indicios que, en número plural, la ley exige para la procedencia del control efectuado y que aparecen como razonablemente interpretados por los funcionarios actuantes.

En tal sentido, la información emanada de las interceptaciones telefónicas que dan cuenta del traslado de una sustancia ilícita hacia la ciudad de Puerto Montt, aparece como un antecedente suficiente para justificar el recurso a la herramienta que el artículo 85 del Código Procesal Penal entrega a las policías, lo que aunado al seguimiento ordenado por el Ministerio Público del vehículo que era conducido por el acusado Galleguillos Alarcón en compañía de otras personas, hasta el punto de entrega de la droga prohibida, permite concluir la existencia de mérito para dar curso al procedimiento que se cuestiona, cuyo aquilatamiento queda entregado al personal actuante, sin perjuicio del control *ex post* que corresponde a la judicatura.

Duodécimo: Que, de esta manera, queda desprovista de sustento la impugnación que descansa en el cuestionamiento de la legalidad del control de identidad practicado a Galleguillos Alarcón, al resultar suficientemente justificado el proceder policial sobre la base de los elementos ponderados.

Decimotercero: Que la prueba producida en la audiencia en aval de las causales deducidas en el recurso, consistentes en la copia del Informe Policial N° 86/07007 y la declaración del Subinspector Edison Araneda, no acreditan

las circunstancias que las constituirían, pues ellas se refieren al procedimiento adoptado para las interceptaciones telefónicas y el resultado de ellas, argumentaciones que fueron desestimadas según se explicitó precedentemente.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 373 letra a), 376 y 384 del Código Procesal Penal, *se rechaza el recurso de nulidad* deducido por don Ricardo Oliva Villalobos defensor penal público, a favor del sentenciado Gerardo Galleguillos Alarcón, contra la sentencia de dieciséis de julio del año en curso y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1400257506-0 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, los que en consecuencia, no son nulos.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. Muñoz quien estuvo por acoger el recurso deducido, por la causal principal invocada y declarar la nulidad de la sentencia y del juicio que le sirve de antecedente, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1° Que tanto la Constitución Política de la República como el Código Procesal Penal instauran el sistema de persecución penal bajo la dirección del Ministerio Público, entregando a terceros, auxiliares de la referida función, sólo en hipótesis precisas y determinadas, de suyo excepcionales, la posibilidad de actuar autónomamente en el referido cometido.

2° Que así, entonces, existen básicamente dos formas de proceder en la indagación de las conductas perseguibles penalmente: bajo las instrucciones del

Ministerio Público o en virtud de las facultades autónomas que se han analizado precedentemente, cuya utilización extrema debe, en todo caso, ser puesta en conocimiento inmediato del órgano encargado de la persecución penal.

3° Que, de esta manera, no resulta admisible el procedimiento empleado en el caso en análisis, consistente en el empleo de información producto de la interceptación de un teléfono que no era usado por quien se individualizó al momento de obtener la autorización del Juez de Garantía conforme lo dispone el artículo 222 del Código Procesal Penal.

4° Que semejante proceder vulnera las garantías constitucionales del debido proceso y de la inviolabilidad de las comunicaciones y de respeto y protección de la vida privada invocadas en el recurso, ya que al haberse iniciado

la indagación conforme las instrucciones del fiscal, las diligencias intrusivas que siguieron y estimaron necesarias, también debieron ser autorizadas por el Juez de Garantía competente, único ente con competencia para disponerlas en el marco referido, de manera que la interceptación telefónica de una persona respecto de la cual no se tenía autorización, contamina la prueba obtenida en un procedimiento que fue realizado al margen de la ley.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción a cargo del Ministro señor Dahm y la disidencia de su autora.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Sra. Andrea Muñoz S. y Jorge Dahm O.

Rol N° 46489-2016.