

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés.

VISTOS:

En causa RUC 2300081544-6, RIT 639-2023 del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de veintinueve de agosto del año en curso, se condenó a la acusada **YOVANA HURTADO PACHECO**, a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo, más el pago de una multa de 1/3 (un tercio) de Unidad Tributaria Mensual, y a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y cargos públicos y la inhabilitación para profesiones titulares mientras dure la condena, sin costas, como autora del delito consumado de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, sancionado en los artículos 1 y 3 de la Ley 20.000, cometido en la comuna de Iquique, el día 22 de enero de 2023, pena que deberá cumplir de manera efectiva, con los abonos que se le reconocen en la sentencia.

En dicha sentencia también se condenó en la misma calidad, y a la misma pena, a la acusada Silvana Hurtado Pacheco, quien no dedujo recurso.

En contra de esa decisión, la defensa de Yovana Hurtado Pacheco interpuso recurso de nulidad, el que fue conocido en la audiencia pública celebrada el nueve del mes en curso, disponiéndose *-luego de la vista-* la notificación del presente fallo vía correo electrónico a los intervinientes, según consta del acta levantada en su oportunidad.

Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la defensa invoca como causal principal, la contenida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, cuando, en cualquier etapa procesal del procedimiento, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías fundamentales, aseguradas por la



Constitución o por los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, infracción que en el caso concreto se verifica de dos maneras.

La primera se hace consistir en el actuar ilegal de los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas con el que fue iniciado el procedimiento, que importó vulnerar la garantía del debido proceso del artículo 19 número 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, en su variante del derecho a la intimidad y del derecho a no auto incriminarse, establecidos en los artículos 85, 91 y 93 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 24 número 2 de Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas y, además, la Libertad Personal asegurada en el número 7 de la norma constitucional antes aludida en relación con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La segunda se verifica por cuanto a su representada se le enjuició sin perspectiva de género, al no considerar su condición de madre y las condiciones en que debió afrontar el momento del parto y las primeras atenciones de su hijo recién nacido, por encontrarse privada de libertad, afectando con ello la garantía de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En relación con el primer motivo de impugnación, la defensa critica que la sentencia tenga por cierto que su representada, en su ropa interior, transportaba ocultos, dos paquetes contenedores de una sustancia en polvo que resultó ser Ketamina, con un peso de 1 kilo 317 gramos aproximadamente, ya que, el funcionario de Aduanas no explica cómo llegaron a la ropa interior



para saber que traía oculta droga, mucho menos alguna circunstancia especial para someterla a un registro más intrusivo, así como tampoco se indica el presupuesto que tuvieron en cuenta para presumir la introducción de mercancías con infracción a la legislación aduanera.

Añade, que tal cuestión es del todo relevante, ya que, ciertamente los funcionarios de Aduanas tienen una actuación regulada, y sus atribuciones no alcanzan a las materias que son propias de las policías, conforme lo prescrito en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas (DFL 329), y de cuyo ejercicio deben dar cuenta al Director Regional o al Administrador de Aduana, según corresponda. En el caso concreto, el numeral 2 de dicha disposición señala que: “Todo empleado de Aduana, dentro de las Zonas Primarias de Jurisdicción y en los perímetros de vigilancia especial en el ejercicio de sus funciones podrá; N° 2: Examinar y registrar las naves, aeronaves, trenes, vehículos, personas, animales, bultos, cajas, embalajes o cualquier envase en que pueda suponer que haya mercancías introducidas al territorio nacional o que se intente introducir o extraer de él con infracción de la legislación aduanera.

Sostiene que siendo así, y conforme lo que se ha venido desarrollando, la primera cuestión a resolver debe ser, si existió alguna conducta que hiciera suponer a los funcionarios de Aduanas que se intentaba introducir mercancías con infracción a la legislación aduanera, de lo cual no existe antecedente o presupuesto alguno que permita establecer un elemento objetivo que demostrara que se intentaban ingresar mercancías con infracción aduanera, puesto que su representada fue sometida a una fiscalización en razón de labores propias de su especialidad, y que al ser revisada, le encontraron ocultos en el sostén, dos paquetes con 1.137 grs. de Ketamina, sustancia ilícita



que no estaba a simple vista, sin que se hubiera explicado en juicio, de qué forma se llega a la droga que estaba guardada en la ropa interior, exceso que no está permitido en la normativa que regula la actuación de los funcionarios de aduanas, al tenor de lo declarado por uno de los encargados de la diligencia y que vino al juicio, a saber, Eduardo Germán Carrasco Lillo.

Expresa, que lo anterior demuestra que, ex ante, los funcionarios aduaneros se prestaban a realizar funciones ajenas a las entregadas por la ley, esto es, la de realizar diligencias investigativas propias del tráfico de drogas, y no sólo interrogar o revisar el equipaje de los pasajeros que ellos seleccionan, sino también revisar sus vestimentas llegando, incluso, hasta la ropa interior.

Destaca que, en su declaración, transcrita en el motivo sexto del fallo, el único testigo funcionario de Aduanas que compareció al juicio no menciona cómo llegaron a la droga que portaba la encartada en autos, en circunstancias que dichos funcionarios claramente deben regirse, además, de su propia normativa, por la regulación que el artículo 85 del Código Procesal Penal establece para los funcionarios policiales, pues de lo contrario, se estaría dejando un espacio de laxitud que en el actuar de los funcionarios de aduanas, fuera del ámbito de las infracciones netamente aduaneras (tráfico ilícito de drogas). Si ello se permitiere, significaría de facto asumir una vía de ingreso de material probatorio ilícito al proceso penal, carente de cualquier otro control o filtro. Por ello la especial atención en las actividades propias de Aduanas y las Policías, ya que, si se permite tal actividad sin más, es que se está utilizando atribuciones administrativas de Aduanas para evitar cumplir con el estándar del artículo 85 del Código Procesal Penal, que impide a las policías, a todo evento, una interacción con pasajeros sentados en un bus, sin realizar ninguna conducta adicional que pueda vincularse con la comisión de un delito. Se debe



tener presente que las facultades que tiene el Servicio Nacional de Aduanas, se establecen y se hacen efectivas en las zonas primarias (las zonas primarias son los puntos de control que establece el director nacional del servicio, y estos son las fronteras terrestres, aéreas o marítimas.), los funcionarios de aduana se rigen por la normativa del DFL N° 30, que es la ordenanza de Aduanas, y el DFL N° 329, que es la ley orgánica del servicio. Debe considerarse que las mentadas facultades de aduanas, en ningún modo pueden ser interpretadas a efectos de tensionar las facultades exclusivas que la Constitución Política de la República le confiere al Ministerio Público (Art. 83), en donde se le encomienda de manera exclusiva la función de investigar los hechos constitutivos de delito. Asimismo, las atribuciones que le son conferidas al Servicio Nacional de Aduanas deben enmarcarse en un plano netamente administrativo, cuestión inherente a la condición de servicio fiscalizador. Por ello, y en la medida que en el ejercicio de las mismas se llegue a detectar la comisión de algún delito, el funcionario del Servicio Nacional de Aduanas que alerte dicha situación, en su carácter de funcionario público, deberá cumplir con las obligaciones que ello conlleva en términos de denuncia a los órganos competentes en materia de persecución penal, tal como lo establecen los artículos 175 y siguientes del Código Procesal Penal, así como las establecidas en leyes especiales, como sería el caso del artículo 13 de la Ley N° 20.000.

Insiste en que, luego de interrogar y registrar a los actuales acusados(sic), en el marco de un control selectivo, no había prueba alguna que demostrara la presencia de estupefacientes. De este modo, si se consideran los supuestos fácticos de esta tramitación, determinado principalmente por la declaración en juicio del funcionario de Aduanas y del funcionario policial, la



interacción del funcionario de Aduanas con su representada resulta carente de cualquier parámetro objetivo.

Aduce que, en esta línea, se realizaron diligencias de registro y revisión de sus prendas íntimas, diligencias que no fueron ordenadas por el Ministerio Público, lo que se ve agravado por el desconocimiento de las imputadas de la normativa chilena en esta materia. Nada de esto se ve alterado por la circunstancia que tal actividad se desarrolle por funcionarios aduaneros en un perímetro de vigilancia especial, ya que, de admitirlo, involucraría sostener que tales funcionarios pueden ejecutar funciones incluso por sobre la normativa constitucional e internacional sobre derechos humanos.

Reitera, que su actividad se circunscribe a delitos aduaneros, más no así al resto de delitos tipificados en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual resulta relevante, ya que, una argumentación diversa importa una decidida tensión con el respeto y garantía que nuestro Estado debe brindar a los derechos reconocidos, no solo en nuestra Constitución Política, sino también en los Tratados Internacionales que Chile ha suscrito y que se encuentran vigentes, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo ejemplo se refleja en lo expresado a propósito del caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, que han servido de base para la doctrina que la Corte Interamericana ha mantenido de manera inalterable en casos posteriores, en cuanto a sostener que el respeto de los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder [...] es, así, ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.



En otro orden de ideas, sostiene que, en el presente caso, se infringe la garantía de no auto incriminarse, además de todo el estatuto legal que rodea a la primera declaración del imputado, según lo prescrito en los artículos 91 y siguientes del Código Procesal Penal, en relación con lo que establece el artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental, lo que implica que cualquier diligencia realizada por un funcionario aduanero que exceda el mandato que su propia ley orgánica establece, y que en base a ello se obtenga evidencia que pretenda ser utilizada en el ámbito penal, debe ser objeto de sanción procesal, en el caso de juicio oral, valoración negativa o imposibilidad de considerar para fundar decisión de condena. Mucho más, en un caso como el presente, que ni siquiera se satisfacen los parámetros que la propia norma administrativa de Aduanas, exige para proceder al examen y registro de vestimentas inclusive la ropa interior, por cuanto no se justificó ningún elemento o indicio de presunción, de que haya existido una infracción a nivel aduanero que motivara y permitiera esta interacción.

Por lo anterior, es que considera que los funcionarios de Aduanas igualmente excedieron sus facultades legales, actuando en contravención a lo dispuesto en los artículos 85, 129 y 130 del Código Procesal Penal, al llevar cabo un procedimiento ilegal y arbitrario que posteriormente devino en la detención de los acusados, revestidos de una inexistente flagrancia y rebosando los alcances de un control de identidad, afectando, además, la libertad personal de las acusadas, conforme lo preceptuado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

Arguye, además, que en la especie se ha vulnerado el debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso quinto de la Constitución Política de la República, al no verse respetadas una serie de garantías procesales que



informan el actuar policial y el levantamiento de prueba, así como las informaciones y comunicaciones que deben existir entre las policías y el Ministerio Público, garantías que han sido establecidas precisamente como un límite al actuar arbitrario de los agentes del Estado. De ese modo, lo que ha sucedido es que se ha conculcado en su esencia el derecho a un procedimiento racional y justo, esto es, el derecho a un debido proceso, afectando y conculcando el derecho a la libertad ambulatoria, el deber de registro y a la intimidad.

Adiciona, que esta garantía supone que la misma sea depositaria de un proceso previo, que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, basadas en un proceso previo legalmente tramitado. De manera consecuente, toda actuación ilegal realizada por los órganos del Estado en la persecución criminal redundará en la ilegalidad de la prueba de cargo obtenida, lo que a su vez impide o prohíbe una valoración positiva por parte del sentenciador, ello no solo por mandato Constitucional, sino que también porque de otra forma las garantías constitucionales en la realidad no estarían dotadas de contenido, sino que serían una simple enunciación. Por ello, la recolección de evidencia o prueba importa límites, que revisten el carácter de garantías, en que operan sobre los marcos propios de la legalidad, debiendo por ello los medios probatorios ser producidos e incorporados en respeto a la ley, única forma en que la misma puede valorarse para formar su convencimiento en el proceso de conformidad a la ley.

Finalmente, reitera que las actuaciones reclamadas en el presente recurso de nulidad no fueron vislumbradas por el tribunal de origen y fundaron la decisión de condena, lo que produce vulneración de garantías constitucionales, pues se valora de modo positivo la actividad de funcionarios



de aduanas, realizada con infracción de garantías, sin ni siquiera advertir esta irregularidad, que tiñe de ilicitud la totalidad de los elementos probatorios encontrados en virtud de éste, por lo que solicita se anule la sentencia y el juicio oral, ordenando la realización de uno nuevo, ante miembros no inhabilitados, y con exclusión de toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, por adolecer de ilicitud.

En lo concerniente al segundo motivo de nulidad contenido en la causal principal de su recurso, la defensa sostiene que los sentenciadores en los considerando sexto y séptimo del fallo, no evalúan a la encartada bajo la perspectiva de género, al no considerar que es una mujer madre de un hijo de 4 meses de edad que, producto de la detención y privación de libertad, tuvo que dar a luz estando recluida en la cárcel, afectando con ello la garantía de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la Republica, en concordancia con el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Enfatiza, que los magistrados debieron tener en consideración lo señalado en la “Corporación Humanas que es la guía de recomendación para la incorporación del enfoque de género en las políticas de drogas en Chile, porque desde abril de 2016 se celebró la sesión especial de la Asamblea General de Naciones Unidas para tratar particularmente el tema mundial de las drogas, recomienda en cuanto a la privación de libertad lo sea como último recurso y respetar el principio de la proporcionalidad de las penas, y considerar factores atenuantes con enfoque de género, entre los cuales se destaca el tipo de delito y el uso de la violencia, la cantidad de la droga traficada, agrega el abogado el escaso porcentaje de pureza de la misma; el nivel de



involucramiento; situación de pobreza, la posibilidad de acceder a trabajo formal; si la infractora tiene hijos o hijas u otras personas a su cargo; si es jefa de hogar monoparental o la única sostenedora de la familia y la consideración particular por algunos grupos de mujeres especialmente vulneradas como ser mujeres y además migrantes. Un apartado especial habla de mujeres como correos humanos y señala que una de las expresiones más claras de la utilización de las mujeres como último eslabón de la cadena criminal el caso de las llamadas mujeres mulas, mujeres utilizadas como verdaderos correos humanos para el traslado de drogas quienes muchas veces cargan la mercancía dentro de sus cuerpos poniendo en riesgo su vida y salud. También citó el documento denominado Mujeres en el abismo, delincuencia femenina en el contexto de violencia o de exclusión, se indica que hay otro ámbito muy frecuente en la criminalidad femenina que si bien no es reconducible sin más al hecho de ser mujer, sí que está fuertemente atravesado por factores de género que pueden y deben tenerse en cuenta al enjuiciar la conducta transgresora, se refiere a los delitos de tráfico de drogas donde no por casualidad las mujeres suelen ocupar posiciones de bajo nivel y particular exposición al riesgo de ser detenida (mulas de la droga o la venta al menudeo)."

Explica que la idea de "juzgar con perspectiva de género", está íntimamente vinculada con la noción de igual aplicación de la ley por parte de los tribunales de justicia. Sin embargo, y como queda de manifiesto a partir de una extensa literatura de las últimas décadas, es necesario erigir aquélla como una categoría independiente, con el objeto de "reconocer, identificar, la situación de desigualdad y discriminación de hombres y mujeres en la sociedad, así como la de algunas mujeres en relación con otras, y asumir la necesidad de desarrollar acciones concretas para transformarla". En este



sentido, la perspectiva de género es un “método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros” y, desde el punto de vista de la función jurisdiccional, esta perspectiva contribuye a realizar el derecho a la igualdad.

Sostiene que si los sentenciadores no hubieran infringido la garantía indicada, reconociendo que en el caso concreto debía aplicarse un enfoque de género, es probable que hubieran reconocido la existencia de una segunda atenuante, esto es, la del artículo 11 N° 9 del Código Penal, o en el caso contrario, al menos podrían haber entendido que la extensión de la pena a imponer, conforme a dicho enfoque de género, debería ser aquella en el mínimo del grado, como por ejemplo, la de 5 años, dando cumplimiento a los dispuesto en los tratados internacionales respecto al trato de mujeres que cometen delitos dentro de una perspectiva de género.

Solicita, finalmente, anular la sentencia definitiva y el juicio oral, y ordenar la realización de un nuevo juicio, ante miembros no inhabilitados.

SEGUNDO: Que, como primera causal subsidiaria, la defensa invocó la establecida en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con el requisito de la sentencia que exige la letra c) del artículo 342 del mismo Código, vinculado éste con lo que dispone el artículo 297 de dicho texto legal, causal que se materializa en dos capítulos.

El primero de ellos dice relación con la falta de fundamentación, en su variante de fundamentación falsa de las conclusiones a las que arriba el Tribunal, con infracción de lo que dispone el artículo 297 del Código Procesal Penal.



Expone, que en este sentido el tribunal se hace cargo de la prueba rendida sin evidenciar como ésta se produjo, en especial, cómo los funcionarios de aduana llegaron a la encartada, puesto que, en su considerando Undécimo, la sentencia sólo señala lo que sigue: "*Valoración de la prueba del Ministerio Público. Que ha quedado acreditado, en primer lugar, el verbo rector transportar, con las declaraciones complementarias de los funcionarios públicos Carrasco y Camilla, quienes se percibieron honestos y fiables por estos sentenciadores, al tratarse de los funcionarios públicos que intervinieron en este procedimiento de control que culminó con la aprehensión de las acusadas, en compañía de dos niños en estricto cumplimiento de su deber institucional en virtud de un procedimiento de fiscalización del Servicio de Aduanas realizado en enero de 2023, que incluyó control y revisión de dos personas bolivianas que se trasladaban en compañía de dos niños como pasajeras en un vehículo tipo bus por el sector de control aduanero del Río Loa, sin vislumbrarse otro ánimo en ellos que el de aportar los detalles y antecedentes fácticos que percibieron directamente por sus sentidos y las actividades que les tocó realizar, dando razón de sus dichos, pues dieron de manera veraz las circunstancias fácticas de tiempo, lugar y detalles de los sucesos, hallazgo de droga oculta, identificación y detención de las acusadas y la naturaleza de la sustancia ilícita que ese día hallaron los funcionarios en poder de ellas.*"

Destaca que, tal como se lee en el párrafo anterior, el Tribunal les otorga completa credibilidad por tratarse de funcionarios públicos que efectuaron la revisión de dos personas, pero no se hace cargo del contexto en que se efectuó la revisión, y si esta se hizo con autorización, y por personal femenino.



En cuanto al segundo capítulo de nulidad que contiene la causal en estudio, ella se materializa en la infracción a las máximas de la experiencia, dado que, tal como se ha señalado anteriormente y conforme los hechos acreditados en la sentencia, no pueden ser concluyente respecto a la forma en cómo se descubrió la droga, y lo cierto que las máximas de la experiencia indican que los funcionarios sólo hicieron un control aleatorio a una persona a la que ordenaron desvestirse sin contar con autorización ni facultades legales.

Enfatiza que una sentencia que no cuente con una fundamentación correcta y que no cumple con el mandato legal que al efecto establece el artículo 297 del código del ramo, que evidencia razonamientos sustentados en bases equívocas y no unívocas, que no permiten sostener conclusiones propias de un proceso de inferencia adecuado.

En relación con esta primera causal subsidiaria, solicita se invalide el juicio oral y la sentencia definitiva pronunciada el 29 de agosto de 2023 por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Iquique, ordenando la realización de un nuevo juicio oral frente a un Tribunal no inhabilitado.

TERCERO: Que en subsidio de la anterior, y como segunda causal subsidiaria, invoca la del Artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 11 número 9 del Código Penal.

Expresa que la Corte Suprema ha sentado jurisprudencialmente, al sostener que se incurre en una errónea aplicación del derecho cuando “existe una contravención formal del texto de la ley, es decir, cuando el juzgador vulnera de manera palmaria y evidente el texto legal; cuando se vulnera el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica que sirvió de base y fundamento para la dictación de la sentencia; y cuando existe una falsa



aplicación de la ley, situación que se verifica si el juzgador deja de aplicar una norma jurídica, cuando resultaba realmente pertinente su aplicación”.

Argumenta que, en este caso, la errónea aplicación del artículo 11 N° 9 del Código Penal, está dada por el hecho de que los sentenciadores deniegan su reconocimiento en base a que se estimó que dicha contribución no fue “sustancialmente relevante” para arribar al veredicto condenatorio.

Explica que la errónea aplicación del derecho se constata en el considerando Décimo Quinto del fallo recurrido, decisión que se apoya en las siguientes razones: • Por haber resultado suficiente la prueba de cargo; • Por no haber reconocido el hecho, ni haber ayudado al esclarecimiento del mismo; • Por no ser sustancial la cooperación prestada en la fiscalización el día de los hechos.

Añade que discrepa con el razonamiento de los sentenciadores en lo relativo al sentido y alcance que se le da al artículo 11 N° 9 del Código Penal, toda vez que, una correcta interpretación de dicha norma lleva a concluir que no es exigible que en los términos planteados por el tribunal a quo. Entiende la defensa, que respecto de la circunstancia atenuante en comento, lo premiado es la disposición a aportar información para el esclarecimiento de los hechos, incluso si se ha negado participación en el hecho punible.

Destaca que, en este sentido, es necesario tener presente que la encausada prestó declaración en el juicio oral, en los términos transcritos en el motivo cuarto, de los que aparece que reconoció haber sido contactada hace un tiempo por un boliviano le pidió traer droga a Chile, no quería venir, pero se animó porque es madre soltera, le entregaron la droga en Santa Cruz, iba a Santiago, la iban a esperar, por mil dólares. Aportó que dicha persona se llama Exequiel, le dicen el Negro y que llegando a Santiago le pasarían el dinero.



Caminó por Colchane, hay guías. La detuvieron el 19 de enero, en el Río Loa, y dijo que no llevaba droga. La iban a llamar en Santiago. agregó que Exequiel es amigo de una compañera, es alto y moreno, le pasaron los paquetes separados, los traía en los pechos, adosados en su cuerpo. La revisaron, le sacaron fotografías. Dijo a los funcionarios que lo hizo por necesidad. Como se aprecia, tal fundamentación es aparente respecto a la supuesta negativa de los hechos, esto por cuanto la encausada nunca niega que haya transportado la droga dando cuenta de quien se la entregó y a donde debía trasladarla.

Agrega que la doctrina y la jurisprudencia han señalado que para la configuración de la atenuante en comento, no resulta exigible la incriminación propia o de coimputados, sino que, por el contrario, lo exigido por la norma es una colaboración. Por otra parte, los sentenciadores razonan que las “conductas hipotéticas alternativas” resultan irrelevantes, dado que nacieron de la situación de flagrancia, razonamiento que resulta del todo errado si se tiene presente la dinámica de cómo ocurre la fiscalización de Aduanas. En tal sentido, lo relevante no son las conductas hipotéticas, sino por el contrario, las acciones que positivamente se verificaron por parte de mi representada, en orden a facilitar la fiscalización, esto es, responder el interrogatorio aduanero que, en primera instancia manifestó no tener droga, no obstante, luego aporta la información en audiencia, que es importante para el esclarecimiento del hecho punible.

Estima, que una correcta interpretación del artículo 11 N° 9 del Código Penal, conduce a concluir que la acusada no sólo declaró, sino que también se mostró colaborativa con la actuación de los fiscalizadores, aporte que se debió calificar como sustancial para esclarecer los hechos al ser pertinente con los hechos objeto del litigio.



Reitera, que el yerro interpretativo de los sentenciadores respecto de la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal está dado, porque precisamente sostienen una interpretación restrictiva del mismo, exigiendo que la colaboración para el esclarecimiento de los hechos sea esencial y excluyente, cuestión que bajo dicha interpretación lleva a la conclusión que tal minorante solamente concurriría en un proceso en el cual el persecutor carezca de toda prueba.

Concluye que, la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ha generado un grave perjuicio a su representada, tomando en consideración que el propio tribunal de origen reconoció la atenuante del artículo 11 N° 6 del mismo cuerpo legal, por lo que, de haberse acogido la atenuante de colaboración sustancial, habrían concurrido en su favor dos atenuantes y ninguna agravante y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 inciso tercero del Código Penal, era posible efectuar una rebaja de la pena desde uno hasta tres grados, pudiendo en ese evento, haberse impuesto la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, procediendo la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Finalmente pide que se anule únicamente la sentencia, y sin nueva audiencia pero separadamente, se dicte sentencia de reemplazo en la cual se reconozca la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 números 6 y 9 del Código Penal, y conforme a lo dispuesto en el artículo 68 inciso tercero del mismo cuerpo legal, se imponga a su defendida, la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más 20 Unidades Tributarias Mensuales, y que se sustituya la pena privativa de libertad por la de expulsión contenida en el artículo 34 de la Ley 18.216.



CUARTO: Que, para la adecuada inteligencia del arbitrio deducido, es preciso tener presente que la sentencia impugnada en su motivo décimo segundo tuvo por establecido el siguiente hecho: *“El día 22 de enero de 2023, alrededor de las 00.05 horas, personal de Aduanas realizaba labores propias de su especialidad en la avanzada aduanera del río Loa, Iquique y fiscalizó a un bus de la empresa Pullman Bus y a sus pasajeras las acusadas Yovana y Silvana, ambas Hurtado Pacheco, siendo sorprendida la primera transportando dos paquetes ocultos en su ropa interior con 1.297 gramos netos de Ketamina y la segunda, cinco paquetes, cuatro ocultos en su ropa interior y uno en forma de plantilla en la zapatilla de uno de los niños que la acompañaba, todos con 2.565 gramos netos de Ketamina.”*

Los hechos así establecidos fueron calificados por los sentenciadores en el motivo décimo tercero del fallo atacado, como constitutivos del delito del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación al 1° de la Ley N° 20.000, en los que a las sentenciadas Silvana y Yovana Hurtado Pacheco, les correspondió participación en calidad de autoras.

QUINTO: Que, de esta manera, el núcleo de lo debatido a propósito de los dos capítulos en que se basa la causal principal dice relación, por una parte, con la supuesta infracción de los derechos que forman parte de la garantía del Debido Proceso, como consecuencia de lo que habría sido un actuar ilegal de los funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas al proceder al registro de Yovana Hurtado Pacheco sin contar con antecedentes objetivos que permitieran presumir que ella y la coimputada Silvana Hurtado Pacheco, se encontraban cometiendo una infracción aduanera y, por otro, con la infracción



a la igualdad ante la ley, traducido en que los jueces la habrían enjuiciado sin atender a la perspectiva de género.

Conviene aclarar desde ya, que para la decisión respecto de las causales en examen, esta Corte razonará sobre la base de los hechos establecidos por los jueces de la instancia en su fallo y ello es así, pues allí la prueba rendida se sometió al escrutinio de todos los intervinientes, así como del tribunal, bajo el respeto de los principios de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad e inmediación. Como corolario de esta actividad probatoria, los sentenciadores fijaron los hechos ya reproducidos en el fundamento que antecede, conforme a las normas que rigen la apreciación de la prueba en este proceso, de lo que se deriva que en esta sede no pueden desconocerse tales hechos, pues de modificarse los mismos, se transformaría el recurso de nulidad en una nueva instancia, condición que no se condice con la naturaleza del mismo;

SEXTO: Que previo al análisis de las circunstancias en que se funda la supuesta infracción de garantías fundamentales denunciada en el libelo de nulidad deducido por la defensa de Yovana Hurtado Pacheco –primer capítulo de nulidad de la causal principal-, resulta necesario referirse en primer término a las facultades del Servicio Nacional de Aduanas.

Sobre el particular, el artículo 24 número 2 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 329 de 20 de junio de 1979, entrega a los funcionarios de Aduanas la facultad de examinar y registrar vehículos, personas, bultos, cajas, embalajes o cualquier envase en que pueda suponer que haya mercancías introducidas al territorio nacional con infracción de la legislación aduanera, facultad que debe ser ejercida en Zona Primaria o perímetros especiales de vigilancia, siendo del



caso destacar que ambas acusadas fueron fiscalizadas por el personal de aduanas en la avanzada aduanera Río Loa ubicada en la Región de Tarapacá.

Ahora bien, a diferencia de lo alegado por el recurrente, la potestad fiscalizadora del Servicio Nacional de Aduanas, puede ser ejercida sin necesidad de indicio alguno, en la medida que ésta se realice en Zona Primaria o en los perímetros de vigilancia especialmente dispuestos al efecto en Zona Secundaria, desde que se trata de una labor de naturaleza preventiva o de control, generalmente ubicadas en pasos fronterizos o lugares apartados, en los que el legislador ha decidido otorgar mayor preeminencia a otros intereses jurídicamente relevantes que concurren, como es el tráfico internacional de mercancías, control de fronteras, recaudación de impuestos, entre otros, cediendo ámbitos de protección periféricos a los derechos fundamentales que puedan concurrir, como el derecho a la intimidad de quienes transitan en esos espacios. (COTTER, Juan Patricio. Las Infracciones Aduaneras. 1° Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp 5 a 10).

Esta delimitación del derecho, resulta concordante con la garantía fundamental de intangibilidad de los derechos, contenida en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la Republica, desde que la ponderación que en este caso ha realizado el legislador, no puede significar la afectación a los derechos fundamentales en su esencia.

Así lo han sostenido los autores José Díaz Cabiale, José y Ricardo Martín Morales, para quienes se trata de restricciones imponderadas de derechos, justificadas por el contexto en que se realizan estos registros (ámbitos preventivos, de seguridad y de control), por lo que no requieren la existencia de indicios previos a la restricción. Para los referidos autores, estos ámbitos de restricción administrativos son la fuente constitucional de los



hallazgos casuales que devienen en la licitud de la prueba obtenida en su desarrollo. (Díaz Cabiale, José Antonio y Martín Morales, Ricardo, “*La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*”, Editorial Civitas, Madrid, 2001, ISBN: 84-470-1605-6, pp.187 a 197).

Por consiguiente, los funcionarios de Aduanas se encuentran jurídicamente habilitados por la normativa en examen, para fiscalizar y efectuar registros en esos espacios de control de naturaleza administrativa, para lo cual no requerían contar con autorización judicial previa, ni menos con indicios o causa probable, por tratarse de ámbitos constitucionalmente justificados de intervención restrictiva, amparados normativamente.

Desde luego la conclusión antes anotada no importa una autorización para la arbitrariedad, pues ello atentaría contra el principio de igualdad, pero tampoco significa que se requiera de indicios, como postula la defensa, en similares términos a los que le son exigidos a las policías para efectuar un control de identidad, desde que tal exigencia no se ajusta al tenor literal del artículo 24 N° 2 del DFL 329, como tampoco guarda armonía con la *ratio legis* de la norma en examen.

No obsta a la conclusión antes anotada, la circunstancia que la parte final del numeral en estudio del artículo 24, refiera que esta facultad debe ser ejercida cuanto “...pueda suponer(se) que haya mercancías introducidas al territorio nacional...” con infracción a la normativa aduanera, como lo esgrime la defensa, desde que la inferencia a la que alude la norma en examen, dice relación con el lugar geográfico en donde se realiza la fiscalización y con características físicas o anatómicas del objeto, especie o habitáculo que se pretenda registrar, esto es, que pueda ser capaz de contener algún elemento de interés aduanero, con prescindencia de si existen o no razones de contexto



para sostener que sí las contiene y, por tanto, se trata de consideraciones que nada tienen que ver con algún indicio que dé cuenta que el sujeto fiscalizado ha cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, a los que alude el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, y en relación con el énfasis con que la defensa destaca que la sentencia no contiene razonamiento alguno que permita entender la forma en que se habría producido el registro, y si éste fue o no ejecutado por personal femenino, dado que, la droga que portaba su representada habría sido encontrada en sus prendas íntimas, lo cierto es que el fallo nada pudo decir al respecto, desde el momento en que el único insumo que se incorporó al juicio sobre este punto, fue la declaración del funcionario de aduanas Eduardo Carrasco Lillo -íntegramente transcrita en el considerando sexto-, testigo que nada dijo sobre las circunstancias y detalles del registro al que fue sometida Yovana Hurtado, y a cuyo respecto, la defensa tampoco le formuló preguntas que permitieran a los Jueces conocer los pormenores de dicha diligencia, de manera tal que lo único que se supo en el juicio, fue que ambas acusadas habían sido sometidas a registro de equipaje y vestimentas en el control aduanero Río Loa, encontrando en su poder una apreciable cantidad de Ketamina, siendo detenidas por el delito de tráfico de drogas, por lo que malamente podían los Jueces referirse acerca de dicho tópico, máxime si en su alegato de clausura, la defensa sólo manifestó que su representada había reconocido su delito y que reservaría las demás alegaciones para la oportunidad procesal pertinente, sin denunciar vulneración de garantía constitucional alguna, reproche que solo apareció en el texto del presente arbitrio procesal como causal principal del mismo.



De esta manera, habiéndose acreditado por los jueces del Tribunal de Juicio Oral de Iquique, que funcionarios del Servicio Nacional de Aduanas, en la Avanzada Aduanera Río Loa, en la Región de Tarapacá, procedieron a fiscalizar un bus interurbano de transporte de pasajeros en el que viajaban las hermanas Yovana y Silvana Hurtado Pacheco, y que en ese contexto, dichos funcionarios ejercieron sus atribuciones legales de control, descritas en el artículo 24 N° 2 del D.F.L. N° 329, Orgánica Constitucional del Servicio Nacional de Aduanas, y que al proceder al registro de ambas, encontraron en el interior de las prendas de vestir de Yovana, dos paquetes contenedores de 1.317 gramos de una sustancia que resultó ser Ketamina, circunstancia que importó la intervención del personal de Carabineros presentes en el mismo lugar, diligencia cuyos pormenores no fue materia de controversia entre los intervinientes durante el juicio y, que del tenor de la prueba transcrita en la sentencia no se advierte vulneración de garantía constitucional alguna, el presente arbitrio no puede prosperar en lo que se refiere a este primer capítulo de la causal principal invocada por la defensa de Yovana Hurtado Pacheco.

SEPTIMO: Que, por otra parte, de la lectura del recurso, se advierte claramente que, a propósito del segundo capítulo de nulidad contenido en la causal principal en estudio, la defensa no explica de qué manera los Jueces habrían omitido fallar la causa bajo la perspectiva de género, sino que sólo se limita a destacar que, estando privada de libertad por esta causa, había dado a luz a su hijo, y nada más, para luego, reproducir textos de distintos autores que explican lo que debe entenderse bajo el concepto de perspectiva de género, por lo que atendiendo a la naturaleza de derecho estricto del presente arbitrio procesal, el motivo de nulidad en estudio deberá también ser desestimado.



A mayor abundamiento, llama la atención de esta Corte que la omisión en que se funda este capítulo de la causal principal de nulidad, haya surgido sólo al momento de interponer el recurso de nulidad, ya que, si se lee la sentencia, nada de aquello se dijo por la defensa durante el juicio oral, más aún, desde su discurso de apertura, adelantó que su disposición sería colaborativa, y que en ese afán, su representada iba a prestar declaración en el juicio, sin que en su alegato de clausura invocara la perspectiva de género de los sentenciadores a la hora de emitir su veredicto y posterior sentencia condenatoria.

OCTAVO: Que, en consecuencia, se desestimaré la causal principal de nulidad invocada por la defensa de Yovana Hurtado Pacheco, en sus dos capítulos, por cuanto, habiéndose descartado que los funcionarios de Aduanas excedieron el mandato legal que los rige, ninguna infracción a las garantías procesales y derechos fundamentales alegadas por el recurrente ha podido producirse, y porque, además, no se advierte del texto del fallo, que los sentenciadores hubieran obrado sin considerar la perspectiva de género.

NOVENO: Que en lo tocante al primer motivo de nulidad subsidiario alegado por la de Yovana Hurtado Pacheco, esto es, el que contiene la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 342 letra c) y 297, del mismo cuerpo de leyes, fundado genéricamente, por una parte, en que si bien la sentencia se hace cargo de la prueba rendida, no explica cómo se produjo, en especial, cómo los funcionarios de aduana llegaron a la encartada, y por otra, en que la valoración de la prueba se apartó de las máximas de la experiencia.

En primer lugar, se advierte que la impugnación de la sentencia fundada en la causal en análisis no dice relación con las conclusiones a que han



arribado los sentenciadores al apreciar la prueba producida en el juicio oral, ejercicio para el que gozan de total libertad, respetando eso sí, los parámetros que enseña el artículo 27 del Código del ramo, esto es, que la valoración sea contraria a los principios, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados, con el fin de fundamentar debidamente el fallo para así controlar su razonabilidad.

Sigue de ello que lo que sí es revisable por este medio de impugnación es la estructura racional del juicio o discurso valorativo sobre la prueba desde la perspectiva antes enunciada. En otras palabras, sólo es posible estimar el recurso por esta causal si el tribunal a-quo determina su convicción sobre la base de criterios manifiestamente arbitrarios o carentes de racionalidad.

En el caso que nos ocupa, la señalada carencia de fundamentación y la supuesta no observancia de las máximas de la experiencia no es tal, lo que se deduce de la sola lectura del fallo impugnado, de la que queda de manifiesto que la disconformidad real del recurrente está circunscrita a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal, la que no comparte, aspecto que no es revisable por esta vía, al ser sus alegaciones más bien propias de un recurso de apelación.

En efecto, de la sola lectura de los considerandos undécimo y décimo cuarto de la sentencia atacada, es posible colegir que en ellos se reproducen los razonamientos que se tuvieron en consideración para llegar a las conclusiones que allí mismo se consigan, esto es, que producto de una fiscalización realizada por funcionarios del Servicio de Aduanas a dos mujeres que viajaban como pasajeras en un bus interprovincial, se descubrió que ambas portaban ocultos entre sus vestimentas, diversos paquetes con una sustancia que resultó ser Ketamina, específicamente, en el caso de Yovana



Hurtado Pacheco, dos paquetes con 1.317 gramos de dicha sustancia.

Por estos motivos, tampoco puede prosperar la causal de nulidad alegada por la defensa como primera causal subsidiaria.

DECIMO: Que en cuanto a la segunda causal subsidiaria de nulidad contenida en el libelo recursivo de la defensa, esto es, la prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, y que la hace consistir en el rechazo de la minorante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, basta señalar que, tal como ha resuelto uniformemente esta Corte, la facultad de ponderar y dictaminar si la colaboración prestada por el acusado puede o no calificarse de sustancial para el esclarecimiento de los hechos investigados, es una decisión privativa de los jueces de la instancia, ya que sólo ellos pueden sopesar si la actividad desarrollada por los inculcados a lo largo del procedimiento, a la luz del cúmulo de evidencia reunida en el mismo, contribuyó o no a la labor jurisdiccional de esclarecimiento de los acontecimientos enjuiciados, labor que no puede desarrollarse en esta sede de nulidad, pues implicaría una nueva apreciación y valoración de todos los elementos que llevaron a los jueces de la instancia a la conclusión discutida por el recurso (entre otras, SCS N°s 24.887-2014, de 29 de diciembre de 2014; 37.024-2015, de 10 de marzo de 2016; y, 16.919-2018, de 13 de septiembre de 2018).

No es posible, por ello, analizar mediante este arbitrio eventuales inadvertencias sobre la concurrencia de la minorante en comento, motivo por el cual esta causal será desestimada;

UNDECIMO: Que en consecuencia y de todo lo analizado se concluye que los Jueces del Tribunal de Juicio Oral al dictar la sentencia impugnada han cumplido a cabalidad con las normas legales que rigen la materia, sin que se



advierta en ello algún vicio de los que invoca el recurrente, por lo que se desestimaré el recurso por todas las causales en que funda.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, a lo dispuesto en los artículos 373 letras a) y b), 374 letra e), 342 letra c), 297 y 384, todos del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Yovana Hurtado Pacheco, en contra de la sentencia de veintinueve de agosto del año en curso, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, y contra el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 2300081544-6, RIT 639-2023, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Abogada Integrante Sra. Etcheberry.

ROL N° 217.521-2023

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Leopoldo Llanos S., la Ministra Sra. María Teresa Letelier R., y los Abogados Integrantes Sr. Gonzalo Ruz L., y Sra. Leonor Etcheberry C. No firman el Ministro Sr. Brito y la Ministra Sra. Letelier, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado de sus funciones y por estar con permiso, respectivamente.





En Santiago, a veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

