

6. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

TRÁFICO DE DROGAS

ENTRADA Y REGISTRO EN LUGAR CERRADO. CASOS URGENTES EN QUE LA INMEDIATA AUTORIZACIÓN U ORDEN JUDICIAL ES INDISPENSABLE PARA EL ÉXITO DE LA DILIGENCIA. RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ACCEDE A LA SOLICITUD DE ENTRADA Y REGISTRO DEL FISCAL SE CONFUNDE CON LA ORDEN PARA SU EJECUCIÓN. ORDEN PARA LA EJECUCIÓN DE LA DILIGENCIA NO ESTÁ SUJETA AL DEBER DE MOTIVACIÓN. NO ES NECESARIA LA DICTACIÓN DE UNA SEGUNDA RESOLUCIÓN QUE EXPRESE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE EL JUEZ NO PUDO EXPONER EN SU OPORTUNIDAD AL CONCEDER LA ORDEN. IRRELEVANCIA DE QUE LA DEFENSA NO PUEDA ACCEDER A LOS ANTECEDENTES EXPUESTOS POR EL FISCAL AL JUEZ QUE CONCEDE LA ORDEN. ANTECEDENTES CONSTAN EN LOS REGISTROS POLICIALES Y DEL MINISTERIO PÚBLICO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico ilícito de drogas. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema rechaza el recurso deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad (rechazado)*

ROL: *19693-2016, de 19 de mayo de 2016*

PARTES: *Ministerio Público con Doriza Pardo Luengo*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Haroldo Brito C., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Jorge Dahm O.*

DOCTRINA

- Si bien en las circunstancias extraordinarias que trata el artículo 9° inciso 3° del Código Procesal Penal, casos urgentes en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, la “resolución” judicial que accede a la solicitud de entrada y registro del Fiscal se “confunde” con la “orden” misma para su ejecución, y que usualmente corresponden a actuaciones separadas cronológica y materialmente, conviene no dejar de tener en cuenta que se trata de actuaciones de naturaleza procesal diversas y, por ende, sujetas a distintos requerimientos, pues la orden mediante*

la que se cumple la resolución que dispone la entrada y registro constituye sólo el mandamiento librado por el juez para la ejecución de esa resolución y, por ende, no está sujeta al deber de motivación del artículo 36 del Código Procesal Penal, sino únicamente debe contener la información necesaria para posibilitar su debida concreción, o la que expresamente disponga la ley, como en el caso del artículo 208 del Código Procesal Penal para la orden de entrada y registro o del artículo 154 del mismo Código, para la orden de prisión preventiva o detención. Cuando el artículo 208 letra d) del Código Procesal Penal dispone que “La orden que autorizare la entrada y registro deberá señalar:... d) El motivo del registro”, esta última expresión no constituye una exigencia para el magistrado que otorga la orden, de expresar en la misma los fundamentos de hecho y de derecho que le llevaron a dictar la resolución respectiva en la forma que mandata, en general, el artículo 36 del Código Procesal Penal (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte Suprema).

No resulta posible admitir que, adicionalmente a la constancia que trata el artículo 9° del Código Procesal Penal en relación al artículo 208, deba dictarse una segunda resolución, esta vez escrita, que reproduzca la que previamente –y telefónicamente como ocurrió en el caso de marras– otorgó la orden, y que ahora sí exprese los fundamentos de hecho y de derecho que el juez, por las razones de urgencia y necesidad inmediata de resolución, no pudo exponer en su oportunidad al concederla, pues, de ser así, no se justificaría –ni entendería– la exigencia del legislador de dejar también una constancia de la orden, circunstancia que no hace más que evidenciar que en el caso excepcional del artículo 9° inciso 3° basta esta última actuación (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).

No importa que la defensa de los imputados no pueda acceder a los antecedentes que se expusieron por el Fiscal al juez que concedió la orden y que, por ende, constituyeron el fundamento de la misma, pues todos ellos deben constar en los registros policiales y del Ministerio Público que dan cuenta de las actuaciones investigativas previas a dicha orden, de conformidad a los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal, los cuales, por cierto, pueden examinarse por la defensa y, además, generalmente son expuestos ante el tribunal –con el concurso de las defensas– para avalar la legalidad de la detención, en la respectiva audiencia de control y/o para sustentar la petición de medidas cautelares en la audiencia de formalización o en otra posterior (considerando 11° de la sentencia de la Corte Suprema).

Cita online: CL/JUR/3321/2016

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 9°, 208, 227 y 228 del Código Procesal Penal.*

EL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LA RESOLUCIÓN
CON CARÁCTER DE URGENTE Y LA ORDEN DE ENTRADA Y REGISTRO

DANIEL LEMA ALBORNOZ
Universidad de Chile

En la sentencia que es objeto de estos comentarios, la Corte Suprema se pronuncia respecto de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria definitiva. El recurso en cuestión busca que se declare la nulidad del juicio oral celebrado ante el Tribunal Oral en Lo Penal y de la sentencia dictada. En resumidas cuentas, el recurrente señala que se han violado las garantías constitucionales del debido proceso y de la inviolabilidad del hogar respecto de su representado durante la sustanciación del procedimiento.

Estas vulneraciones se producirían debido a que la resolución verbal dictada por el juez de garantía, que autorizó la entrada y registro al inmueble del imputado, no cumplió con los requisitos de los artículos 9°, 36 y 208 del Código Procesal Penal, contemplados para el caso en concreto. En lo específico, la vulneración denunciada por la defensa se produce de la siguiente manera: el tribunal dejó una *constancia* (art. 9° inc. 3° CPP) de la orden de entrada y registro librada verbalmente, y en dicho documento no se señalaron los *motivos* de dicho registro (art. 208 letra d) CPP), por lo que ha incumplido el deber de fundamentar la resolución urgente referida (art. 36 CPP). Al ser verbal, ha impedido que la defensa conozca los fundamentos para acceder a ella, siendo imposible ejercer los derechos que la asisten. Consecuencialmente, esto devino en la afectación de las garantías de la recurrente y en el menoscabo de los principios de publicidad y de motivación de las resoluciones.

La Corte Suprema de forma acertada resuelve desestimar la nulidad interpuesta. Sus argumentos para arribar a dicha conclusión desglosan el alcance de los artículos 9° y 208 del CPP en relación al caso concreto, pudiendo concluir lo siguiente:

a) En este caso la *orden de registro* y la *resolución verbal* que la otorga se confunden, aun cuando corresponden a actuaciones procesales diversas;

b) La *orden* propiamente tal no está sujeta a los mismos requerimientos de la *resolución*, por lo que no se le puede solicitar el estándar del art. 36 CPP, sino sólo el que regula su propia materia, es decir, el art. 208 del mismo cuerpo legal;

c) El art. 208 CPP en su letra d) señala: *motivo del registro*. El término *motivo* se refiere a la razón u objeto de la orden, no así a la expresión de los fundamentos de hecho y derecho en que se sustenta;

d) Con todo, el art. 9° CPP impone al juez de garantía la obligación de dejar *constancia* de la *orden de entrada y registro* librada, no así de los fundamentos de hecho y derecho de la *resolución*.

I. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

La gran conclusión que podemos extraer del fallo analizado corresponde a señalar que, en definitiva, no es exigible que la orden de registro (208 CPP) con carácter de urgente (9° CPP) contenga los fundamentos de hecho y derecho por los cuales fue otorgada (36 CPP). Profundizando un poco el análisis, saltan a la vista puntos interesantes para discutir respecto a esta conclusión.

1. Naturaleza del inciso 3° del art. 9° CPP

El artículo 9° se enmarca dentro del Título I de los principios básicos que inspiran el CPP. Es así como esta norma lleva por título el de *Autorización judicial previa*. El texto de este artículo fue elaborado como garantía para el imputado, específicamente como un mecanismo general preventivo para la protección de sus garantías en el proceso penal¹. En su texto original, el inciso 3° no existía, éste fue agregado por la ley N° 19.789² en el año 2002 y posteriormente modificado por la ley N° 20.074³ en el año 2005, siendo este último texto el que se mantiene actualmente. Las diferencias que existen entre una y otra versión no presenta gran relevancia para el objeto del análisis que en este texto se realiza. En la Historia de la ley, al momento de agregar este inciso quedó establecido que se entendía que esta facultad existía, pero su inclusión expresa se hacía necesaria para evitar dudas sobre su aplicación a los jueces de garantía⁴.

En definitiva, y a modo de esclarecer la naturaleza del inciso señalado, éste no representa una excepción a la autorización judicial previa. Tampoco es una excepción al deber de fundamentación señalado en el artículo 36 del CPP. Esta norma lo que hace es dar la posibilidad de que los dos supuestos que contempla –la solicitud que realiza el fiscal y su correlativa resolución por parte del juez de garantía– se efectúen del modo más expedito posible. Ello responde a criterios

¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, (Santiago, 2005), Tomo I, p. 100.

² “*Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización fuere indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior*”.

³ “*Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió*”.

⁴ Historia de la ley N° 19.789, Introduce modificaciones al Código Procesal Penal, 30 de enero de 2002, p. 73.

de eficacia en la persecución penal, en situaciones en que, de exigir escrituración formal, se verían demorados de tal manera que se verían frustrados en sus fines. Esta modificación en la forma no exime al fiscal de fundamentar en los hechos y el derecho su petición frente al juez, como tampoco al juez de garantía de controlar la actividad del Ministerio Público en su solicitud. En efecto, si los antecedentes no son suficientes, es obvio que el tribunal correspondiente puede rechazar la petición.

Sustentar una interpretación como la del recurso de nulidad analizado estaría en orden a indicar que realmente no existen contrapesos, límites o controles a la actividad persecutoria en el contexto del artículo 9° inciso 3°. Y sí que las hay. Como bien plantea el fallo analizado, aun cuando en la materialidad la defensa no va a acceder nunca a la solicitud concreta del fiscal (o sea, no va a saber cómo fundó su petición), sí va a conocer el fundamento de ésta. Dicho fundamento se encuentra en la carpeta investigativa, en los informes policiales correspondientes y demás actividades desplegadas, ya que toda diligencia investigativa del Ministerio Público y de las policías debe quedar necesariamente registrada en dicho soporte, en virtud del mandato que hacen los artículos 227 y 228 CPP, respectivamente.

Estos antecedentes sí serán conocidos por la defensa. Así, podrá cuestionar la legalidad y suficiencia de los antecedentes sólo de manera *ex post*, en la audiencia de control de detención, pudiendo solicitar la ilegalidad de la detención, discutir la necesidad de cautela en relación a las medidas cautelares solicitadas y toda otra cuestión que le parezca necesario incidentar⁵. Y si aún desea cuestionar las resoluciones producidas en la audiencia señalada, dispone del régimen de recursos correspondiente (apelación y amparo).

2. La eficacia de la persecución penal vs. los principios de publicidad y de motivación de las resoluciones judiciales

Como se ha sugerido, la razón de la instauración del inciso 3° del artículo 9° CPP responde a la eficacia en la persecución. El recurso de nulidad interpuesto exagera los principios de publicidad y de motivación de las resoluciones judiciales, contraponiéndolos a la eficacia como si fuera un sistema binario. En efecto, son aplicados sin matices por la defensa, como reglas sin las cuales el sistema procesal penal pareciera no existir. Esto responde en gran medida a la acostumbrada práctica de los litigantes de interpretar los principios como si éstos fuesen reglas⁶,

⁵ Además, podría solicitar el sobreseimiento definitivo o alguna otra forma de terminación anticipada del procedimiento, proponer y discutir respecto del plazo de investigación al ser formalizado, entre otras múltiples opciones.

⁶ Sobre esta diferencia específicamente ALEX Y, Robert, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5, (1988), pp. 139-151.

provocando que éstos arriben a conclusiones equivocadas respecto a su aplicación en concreto, para mal de todos.

Concluyendo, la motivación y la publicidad se ven reflejadas en este caso, pero de forma posterior, por medio otros mecanismos procesales ya señalados. El hecho de que detenten la calidad de principios implica que su aplicación y verificación no deben realizarse a rajatabla, sino que forman parte de un sistema que debe conjugar una serie de intereses. Ninguno tiene una prevalencia absoluta *per se* en los casos en particular. En definitiva, en este caso ambos principios ceden en favor de la eficacia, pero sólo en la medida que es proporcional a los propios objetivos de la persecución, sin que cumplan con el estándar de infracción sustancial de las garantías del imputado en cuestión.

3. Consideraciones respecto de la frase “constancia en el registro correspondiente” del inciso 3° art. 9° CPP

En el presente fallo se ha discutido el alcance de la *constancia* que debe realizarse en el *registro correspondiente*, sin que se indique a qué se refiere cada uno de ellos en términos de su aplicación general. Por lo pronto, la sentencia ha esclarecido en lo específico que en los casos urgentes en que se solicitan orden de entrada y registro basta con el cumplimiento de los requisitos del art. 208 CPP, pues se confunden.

¿Pero a quién corresponde esta labor? ¿Debe el Ministerio Público dejar constancia en virtud del mandato de deber de registro del art. 227 CPP? ¿Es útil dicha constancia para los efectos del art. 9° CPP? La verdad es que es sólo un alcance terminológico de la palabra *registro*, toda vez que ambas palabras son utilizadas en contextos distintos y obligan, por tanto, a individuos diversos. En el caso del art. 9°, el vocablo *registro* ha sido utilizado en su significado de *contenedor de información, soporte o medio para asegurar su fidelidad*, lo que está fuera del alcance de la norma del art. 227 CPP. Así, con ocasión del artículo recién señalado, el Ministerio Público debe registrar toda la actividad que genere respecto de la causa, como lo es haber realizado la solicitud urgente en virtud del inciso 3° del art. 9° del CPP. Sin perjuicio de ello, dicho registro es irrelevante a la hora de dar por cumplidos los requisitos de dicha disposición. Corresponde al juez de garantía dejar constancia de haberse otorgado la resolución de esta forma para: i. dar validez a la resolución emitida y ii. velar por la protección de las garantías del imputado.

4. Alcance del vocablo “motivo” del art. 208 CPP a la luz de otras disposiciones del mismo cuerpo legal

La Corte Suprema ha fundamentado su sentencia analizando el cumplimiento de los requisitos que contempla el art. 208 CPP respecto de la constancia realizada por el fiscal de la causa. Especial énfasis puso en el desarrollo de la letra d), la

que señala *d) El motivo del registro*. Es tajante en indicar que el vocablo *motivo* no impone el deber a los jueces de garantía de expresar los fundamentos de hecho y derecho esgrimidos, vale decir, no se refiere a *motivar* en los términos en que el principio de motivación exige.

Continúa el fallo desarrollando la idea de *motivo* según lo expresado, realizando dos ejercicios: i. comparándola con otras disposiciones en que se utiliza dicho término y ii. otorgándole sentido en virtud de una interpretación sistemática en relación al resto de las normas que tratan la entrada y registro.

Respecto del punto (i.), ejemplifica indicando el caso de la resolución que ordena la prisión preventiva al tenor de la letra b) del art. 154 CPP, la que no implica indicar los fundamentos de la orden, sino sólo el *objeto preciso, causa o finalidad buscada con la aprehensión*. Mismo argumento puede señalarse en forma genérica respecto del contenido de las citaciones judiciales, según el tenor del art. 33 CPP.

En cuanto al punto (ii.), se desarrolla la idea de que la finalidad de la indicación del *motivo* es evitar el exceso en la actuación policial frente al imputado. Esto está especialmente relacionado con lo indicado por los artículos 214 y 215 CPP. En efecto, estos artículos regulan la forma en que debe realizarse el registro y cómo debe conducirse la policía respecto de los objetos no relacionados al hecho investigado. Eventualmente las infracciones de estas disposiciones podrían devenir en la declaración de la ilegalidad de las actuaciones desplegadas⁷. La idea subyacente es evitar que la orden de entrada y registro se convierta en un mandato genérico para que la policía busque sin límites la comisión de delitos en un determinado lugar. Este límite está dado por la especificidad del *motivo* indicado, el que en ningún caso se refiere a entregar al registrado los fundamentos de hecho y derecho.

Finalmente, en concreto puedo sostener que las órdenes y resoluciones emitidas en el contexto del art. 9° inciso 3° no quedan en una zona gris del ordenamiento, cubiertas por el alero de una eficacia sin control. Es más, son atajados por los mismos contrapesos y controles que las demás actuaciones del sistema, ya que devienen todas en situaciones procesales muy similares que representan garantías mínimas para todo imputado, como lo es la audiencia de control de detención y/o la posterior formalización de la investigación. Todas ellas están provistas de formas de aseguramiento de las garantías del imputado, en algunos casos *ex ante* y en otros *ex post*.

⁷ El día en que fue emitida esta sentencia (19.05.2016) aún no entraba en vigencia la ley N° 20.931. Esta última entró en vigencia el día 5.07.2016; en ella se modificó el art. 215 CPP, eliminando la necesidad de solicitar orden especial al juez de garantía para incautar objetos o documentos distintos de aquellos indicados en la orden que permitió la entrada y registro.

CORTE SUPREMA

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil dieciséis.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción condenó en procedimiento ordinario, por sentencia de veintidós de marzo de dos mil dieciséis, a la acusada Doriza Elena Pardo Luengo, a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la causa, por la responsabilidad que le cabe en su calidad de autora del delito de tráfico ilícito de drogas, cometido en Concepción el 13 de abril de 2015.

La defensa de la acusada dedujo recurso de nulidad contra dicha sentencia, el que fue admitido a tramitación, celebrándose la audiencia para su conocimiento el dos de mayo pasado, según da cuenta la respectiva acta agregada a estos autos.

Y considerando:

Primero: Que el recurso invoca la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 19 N°s. 3°, inciso sexto, y 5°, de la Constitución Política de la República y 9°, 36 y 208 del Código Procesal Penal, por vulneración del derecho al debido proceso y a la inviolabilidad del hogar.

Expresa que una de las principales garantías del debido proceso es la de la motivación y publicidad de las resolu-

ciones judiciales. En el presente caso, se autorizó la entrada y registro a un inmueble sin conocer los fundamentos dados por el fiscal ni las motivaciones y fundamentos de la jueza de garantía para acceder a tal solicitud. Si bien es cierto se entrega un margen a los jueces para que hagan usos de sus facultades, lo mínimo que se les exige es conocer los fundamentos de tales decisiones, máxime si con ello se autoriza la afectación de garantías constitucionales como en el presente caso fue la inviolabilidad del hogar.

Agrega que la infracción de la garantía del debido proceso se produce toda vez que el artículo 19 N° 3, inciso 6°, de la Constitución Política de la República señala que toda decisión que tome el tribunal debe fundarse en un proceso legalmente tramitado, situación que no se presenta cuando buena parte de la prueba ha sido obtenida por actuaciones que emanan directamente de una resolución que no cumple con los requisitos que la misma ley exige, esto es, que no cuenta ni con los motivos ni los fundamentos que permitan comprender el razonamiento de la juez de garantía, tal como lo prescribe el artículo 36 y 208 del Código Procesal Penal. Apunta que la resolución que autorizó el ingreso y registro al inmueble debía cumplir con los requisitos del artículo 208 del Código Procesal Penal y, aunque la constancia de dicha orden señala el edificio que debía ser registrado, el fiscal que lo solicita y la autoridad encargada de practicar el registro, es también cierto que no indica los motivos del registro. La misma resolución tampoco cumple el requisito del

artículo 36 del Código Procesal Penal, cual es, el de ser fundada, pues la norma aludida señala en su inciso segundo que “la simple relación de... solicitudes de los intervinientes no sustituirán en caso alguno la fundamentación” y es esto precisamente lo que ocurre con la constancia de la resolución en comento: “El fiscal hace presente al Tribunal los antecedentes correspondientes los que fueron estimados por la suscrita como suficientes otorgando las autorizaciones que se solicitan...”.

Por otra parte, continúa el recurso, la ausencia de motivación y fundamentación de la resolución judicial que autorizó la entrada y registro al inmueble impide a su parte conocer el razonamiento que llevó a la juez de garantía a legitimar dicha vulneración de una garantía fundamental, lo que resulta del todo improcedente toda vez “que la exigencia de fundamentación, es garantía del adecuado funcionamiento del sistema procesal penal, lo que en el presente caso no se ha respetado, ya que no cumple con las exigencias de valoración de prueba y fundamentación, impidiendo así la reproducción del razonamiento utilizado”, demostrando lo esencial que resulta en la protección y resguardo del debido proceso el conocer la fundamentación de las resoluciones judiciales.

Indica que en el presente caso nunca se podrán desentrañar las siguientes situaciones, cuestión que ningún sistema procesal puede tolerar: si los antecedentes argumentados por la Policía de Investigaciones al dar cuenta al Ministerio Público para que se gestionara

una orden de entrada y registro eran falsos o verdaderos, toda vez que no hay constancia de ellos y son desconocidos para cualquier lector de dicha constancia de la resolución; si los antecedentes argumentados por el Ministerio Público para solicitar la orden de entrada y registro al inmueble eran suficientes o insuficientes para que cualquier lector pueda evaluar el mérito de su justificación; asimismo, los antecedentes en que funda su resolución la juez de garantía también pudieron ser falsos o verdaderos, suficientes o no, situación ignorada tanto por el recurrente como por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y por cualquier ciudadano que acceda a tal desmotivada e infundada decisión.

Si bien es cierto, para casos urgentes el legislador permite que tanto la solicitud como la autorización sean realizadas por cualquier medio, ordenando la posterior constancia, respecto de dicha constancia rigen y están plenamente vigentes los artículos 36 y 208 del Código Procesal Penal, por lo que es improcedente sostener que por el hecho de ser una constancia, a la que tendrán acceso los demás intervinientes y observadores externos, no debe contener motivaciones ni fundamentaciones. De hecho, estas comunicaciones por cualquier medio –audiencia privada, llamada telefónica, etcétera– son áreas opacas del proceso penal, en donde los recaudos deben ser mayores y, en el caso *sub lite*, la opacidad no se disipa dada la falta de motivación y fundamentación de la resolución, tal como se puede leer en la tantas veces nombrada constancia.

Producto de lo anteriormente argumentado, expresa el arbitrio, se produjo también la violación del lugar de residencia de la acusada mediante una resolución carente de fundamentos. Es el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República el que señala que el hogar “sólo puede allanarse en los casos y formas determinados por la ley” y las formas son precisamente el cumplimiento de las exigencias de los artículos 9°, 36 y 208 del Código Procesal Penal para el presente caso, por lo que al haberse faltado a esas formas se ha vulnerado esta garantía fundamental, pues el deber de fundamentación no es un formalismo vacuo, sino la materialización de la garantía del debido proceso, este formalismo nos cautela de la arbitrariedad y de la discrecionalidad judicial.

En relación a la sustancialidad de la infracción denunciada y a su relevancia en lo decidido en el fallo impugnado, expresa que al autorizarse una entrada y registro desconociendo las motivaciones y fundamentos que se tuvo en vista para resolver en tal sentido, se obtuvo prueba con inobservancia a la Constitución; también el desestimar la solicitud de exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral como al valorar el Tribunal Oral en lo Penal esa prueba, se ha condenado a la acusada, conclusión a la que no se habría podido arribar de estimar ilícita la prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales en los términos que se ha expuesto.

Se pide en el arbitrio la nulidad del juicio y de la sentencia, ordenando la realización de una nueva audiencia de

juicio oral por un tribunal no inhabilitado y donde se excluya la prueba que indica o, en subsidio, que se ordene que el procedimiento se retrotraiga hasta el estado procesal de realizarse una nueva audiencia de preparación de juicio oral por juez no inhabilitado, ordenando la exclusión de la prueba que indica.

Segundo: Que el recurrente, de conformidad al artículo 359 del Código Procesal Penal, para acreditar las circunstancias constitutivas de la causal de nulidad impetrada, incorporó en la audiencia copia simple de la constancia de 13 abril de 2015, recaída en causa RUC 1500304488-K pronunciada por la juez de garantía de Talcahuano.

Tercero: Que la sentencia impugnada, en su considerando 7°, tuvo por acreditados los siguientes hechos: “El día 13 de abril de 2015, los imputados Doriza Pardo Luengo y Francisco Sepúlveda River estuvieron en posesión y guarda de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, al interior del domicilio ubicado en calle Camilo Henríquez, N° 1069, sector Chillancito, Concepción, la que estaba distribuida de la siguiente forma:

1.- Bajo la cama de un dormitorio del primer piso, nueve bolsas Ziploc contenedoras de 8 kilos 992,23 gramos brutos de cocaína base.

2.- En el mismo lugar, dentro de un bolso negro, una pesa electrónica con restos de cocaína base, una tijera, bolsas plásticas destinadas a la dosificación de droga y una bolsa Ziploc contenedora de 36,37 gramos brutos de cocaína.

3.- En el mismo bolso, dos bolsas plásticas contenedoras de 56,69 gramos brutos de cocaína base”.

Estos hechos fueron calificados por los magistrados de la instancia como delito consumado de tráfico de sustancias estupefacientes, contemplado en el artículo 1° en relación con el artículo 3°, ambos de la ley N° 20.000.

Cuarto: Que en lo atinente a las circunstancias que fundan la causal de nulidad interpuesta, el fallo las desestimó en su motivo 14° porque “dicha diligencia fue realizada en virtud de una resolución verbal del Tribunal de Garantía de Talcahuano, tal como lo señala la certificación que se acompañó por el propio letrado defensor. Y es esa resolución verbal la que legitima la actuación de los funcionarios policiales. El documento escrito, que se incorpora mediante su lectura en juicio, es una constancia posterior, que no constituye la resolución y que no está sometida a las disposiciones del artículo 208 del Código Procesal Penal.

Así las cosas, las actuaciones policiales se ajustaron a derecho y no merecen reproche, sin perjuicio de la utilidad de las mismas”.

Quinto: Que el artículo 9° del Código Procesal Penal, en sus incisos primero y segundo, prescribe de manera general que “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía”.

Concordantemente con dicha disposición, el artículo 205 del Código Procesal Penal regla la “Entrada y registro en lugares cerrados”, disponiendo que “Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado.

Si, por el contrario, el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. En todo caso, el fiscal hará saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro”.

El artículo 208, por su parte, señala el contenido que debe tener esa orden de entrada y registro: “a) El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados; b) El fiscal que lo hubiere solicitado; c) La autoridad encargada de practicar el registro, y d) El motivo del registro y, en su caso, del ingreso nocturno”.

El inciso tercero del recién citado artículo 9º, agrega que: “Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”.

Sexto: Que, si bien en las circunstancias extraordinarias que trata el inciso 3º del artículo 9º, la “resolución” judicial que accede a la solicitud de entrada y registro del fiscal se “confunde” con la “orden” misma para su ejecución, y que usualmente corresponden a actuaciones separadas cronológica y materialmente, conviene no dejar de tener en cuenta que se trata de actuaciones de naturaleza procesal diversas y, por ende, sujetas a distintos requerimientos, pues la orden mediante la que se cumple la resolución que dispone la entrada y registro constituye sólo el mandamiento librado por el juez para la ejecución de esa resolución y, por ende, no está sujeta al deber de motivación del artículo 36 del Código Procesal Penal, sino únicamente debe contener la información necesaria para posibilitar su debida concreción, o la que expresamente disponga la ley, como en el caso del artículo 208 del Código Procesal Penal para la orden de

entrada y registro o del artículo 154 del mismo código, para la orden de prisión preventiva o detención.

Séptimo: Que, en ese orden, cuando el artículo 208 letra d) del Código Procesal Penal dispone que “La orden que autorizare la entrada y registro deberá señalar: d) El motivo del registro”, esta última expresión –“motivo del registro”–, no constituye una exigencia para el magistrado que otorga la orden, de expresar en la misma los fundamentos de hecho y de derecho que le llevaron a dictar la resolución respectiva en la forma que mandata, en general, el artículo 36 del Código Procesal Penal.

En efecto, con el deber de señalar “el motivo del registro”, más bien se busca evitar que la actuación de los policías que ejecutan la orden exceda el objetivo que justificó la misma, registrándose dependencias u objetos que no tienen relación con lo investigado. Así, por ejemplo, si la orden de entrada y registro se otorga para incautar una determinada arma usada en el delito investigado, la indicación de ese “motivo” tiene por finalidad que se le ponga término a la diligencia de registro una vez hallada dicha arma. Lo señalado es concordante con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 214 del Código Procesal Penal, que dispone que “En los registros se procurará no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario” y en el artículo 215 del mismo texto, que trata los “Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado”, disponiendo que “Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o do-

cumentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal”.

De esa manera, la determinación del “motivo” de la orden de entrada y registro, permite limitar la actuación de los policías que la ejecutan, pues no podrán causar más molestias al interesado que las necesarias para encontrar el objeto o persona buscada y, además, de hallar especies y objetos que den cuenta de otro delito distinto al que motivó la orden de entrada y registro, deben solicitar una orden judicial adicional para proceder a su incautación.

El mismo razonamiento cabe extender para el “motivo” que debe señalar la orden de prisión preventiva o de detención, como dispone el artículo 154 letra b) del Código Procesal Penal, pues tal requerimiento no impone consignar en la misma orden los fundamentos de hecho y de derecho que llevaron al tribunal a decretar la orden, sino sólo la causa, motivo o finalidad de la aprehensión, por ejemplo, para el cumplimiento de pena privativa de libertad, ingreso en prisión preventiva, presentación compulsiva de un testigo a un juicio, etc.

Así las cosas, yerra el recurso al creer que el artículo 208 letra d) del Código Procesal Penal consagra una exigencia para que la orden de entrada y registro contenga las razones de hecho y de derecho de la resolución del tribunal de garantía que determinó conceder

dicha orden, pues sólo constituye el requerimiento de la precisión de la causa, objeto o finalidad de dicha diligencia, que permitirá acotar la actuación de las policías a lo estrictamente indispensable.

Octavo: Que sobre la base de todo lo que se viene razonando, cabe concluir que el inciso tercero del artículo 9° del Código Procesal Penal no impone al juez dejar una constancia de los fundamentos de hecho y de derecho de la “resolución” que dispuso la “autorización u orden judicial” de entrada y registro, sino únicamente de esta última, por lo que, lo que debe comprender dicha constancia no son sino las menciones que enumera el artículo 208 del mismo código al que ya se ha hecho referencia, correspondiendo, por ende, abocarse ahora a su análisis.

La constancia en cuestión, de la que se ha tenido a la vista una copia simple, contiene todos los elementos que el artículo 208 exige debe contener a una orden de entrada y registro. En efecto, la orden –y, por ende, su constancia– debe señalar “El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados”, indicándose en la especie “inmueble ubicado en calle Camilo Henríquez, sin numeración visible, casa de dos pisos, con letrero pintado de verde con la leyenda Se Vende, inmueble cercano al puente viejo que conecta Concepción con ruta camino a Penco”; “El fiscal que lo hubiere solicitado” consignándose que corresponde al señor “Álvaro Hermosilla Bustos”; “La autoridad encargada de practicar el registro”, instruyéndose que sea cumplida la diligencia por “per-

sonal de la Brigada Antinarcoóticos de Concepción (Briant)”; y, “El motivo del registro”, expresándose que obedece a “investigación por delito de tráfico de drogas”.

Noveno: Que, tampoco resulta posible admitir que, adicionalmente a la constancia que trata el artículo 9° en relación al artículo 208 –y que, como ya se explicó, no demanda exponer los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución–, deba dictarse una segunda resolución, esta vez escrita, que reproduzca la que previamente –y telefónicamente como ocurrió en el caso de marras– otorgó la orden, y que ahora sí exprese los fundamentos de hecho y de derecho que el juez, por las razones de urgencia y necesidad inmediata de resolución, no pudo exponer en su oportunidad al concederla, pues de ser así, no se justificaría –ni entendería– entonces la exigencia del legislador de dejar también una constancia de la orden, circunstancia que no hace más que evidenciar que en el caso excepcional del inciso 3° del artículo 9°, basta esta última actuación.

Décimo: Que, en síntesis, la constancia de la autorización u orden de entrada y registro en revisión, no requería reproducir todos los antecedentes que el fiscal expuso para fundar su petición, ni tampoco las consideraciones y reflexiones de hecho y derecho que llevaron al juez a concederla, pues el legislador, en las circunstancias excepcionales y de urgencia que trata el inciso tercero del artículo 9° –y que el arbitrio no controvierte se hayan presentado en el caso de marras–, sólo demanda dejar

una constancia del otorgamiento de la orden y del contenido de ésta que fija el artículo 208, para efectos de permitir a las partes controlar que la actuación policial llevada a cabo para ejecutar dicha orden se haya ajustado a la misma, requerimientos que en la especie se han satisfecho.

Undécimo: Que, finalmente, lo que se viene sosteniendo, no importa que la defensa de los imputados no puedan acceder a los antecedentes que se expusieron por el fiscal al juez que concedió la orden y que, por ende, constituyeron el fundamento de la misma, pues todos ellos deben constar en los registros policiales y del Ministerio Público que dan cuenta de las actuaciones investigativas previas a dicha orden, de conformidad a los artículos 227 y 228 del Código Procesal Penal, los cuales, por cierto, pueden examinarse por la defensa y, además, generalmente son expuestos ante el tribunal –con el concurso de las defensas– para avalar la legalidad de la detención, en la respectiva audiencia de control y/o para sustentar la petición de medidas cautelares en la audiencia de formalización o en otra posterior.

En esta parte cabe apuntar y resaltar que el Fiscal que compareció ante esta Corte, señaló que en el caso *sub lite*, dicho registro y relación ante el tribunal había efectivamente ocurrido, lo cual no fue controvertido ni desconocido por la letrada que compareció a sostener el recurso en su réplica, lo que demuestra, por lo demás, que la infracción denunciada, incluso de estimarse existente –que no lo es–, no reviste el carácter

sustancial que demanda el artículo 373 letra a) del código citado para acceder a la nulidad pretendida, porque la falta de expresión en la constancia de la orden de entrada y registro de los antecedentes expuestos por el fiscal al juez que llevaron a éste a otorgar dicha orden, no constituyó de modo alguno un óbice para que dicha parte pudiera conocer de los mismos y, consiguientemente, hacer las solicitudes que estimare pertinentes en caso de que considerare que no existían fundamentos para haber otorgado la orden en cuestión, situación esta última que ni siquiera ha sido insinuada.

Duodécimo: Que, en síntesis, no habiéndose constatado alguna infracción sustancial a los derechos y garantías que se denuncian como vulnerados en el arbitrio, necesariamente deberá ser desestimado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y 373 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de la acusada Doriza Elena Pardo Luengo, contra el juicio y la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción de veintidós de marzo de dos mil dieciséis, dictada en la causa RUC N° 1500304488-K, RIT N° 47-2016, los que, por ende, no son nulos.

Regístrese, y devuélvase con su agregado en su caso.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dahm.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R., y Jorge Dahm O.

Rol N° 19693-2016.