

4. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

MICROTRÁFICO

SISTEMA DE CONTRAPESOS Y FRENOS EN LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO. CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO DE LAS RESOLUCIONES QUE DISPONEN DILIGENCIAS QUE PRIVAN, RESTRINGEN O PERTURBAN DERECHOS FUNDAMENTALES NO ADMITE EXCEPCIONES. AUSENCIA DE REGISTRO DE LA ORDEN JUDICIAL DE ENTRADA Y REGISTRO. IMPROCEDENCIA QUE EL TRIBUNAL VALORE PRUEBA INCORPORADA AL MARGEN DE LA ADVERSARIALIDAD. TRIBUNAL NO PUEDE APORTAR PRUEBA DE OFICIO. CORRESPONDE AL MINISTERIO PÚBLICO, UNA VEZ IMPUGNADA POR LA DEFENSA LA EXISTENCIA DE LA ORDEN JUDICIAL, EXHIBIRLA O INCORPORARLA. DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EJECUTADA AL MARGEN DE LA LEY. VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, en grado de consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad, la Corte Suprema acoge el recurso deducido y declara la nulidad de la sentencia impugnada y del juicio que le antecedió.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (acogido)*

ROL: *11584-2017, de 16 de mayo de 2017*

PARTES: *Ministerio Público con Margarita Mora Anabalón*

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

DOCTRINA

En la especie, se objeta la realización de una diligencia intrusiva de la cual se extrajo la prueba que ha incriminado al imputado, señalando que todo ello ha sido al margen de lo preceptuado en la Constitución y en la ley, desde que se impugna la ausencia de registro de la orden judicial de entrada y registro al domicilio del acusado, lo que permite a la defensa dudar de su existencia, o al

menos de sus términos y alcance, aspectos todos que afectan la legitimidad de lo recogido en la diligencia practicada con su mérito. El sistema de contrapesos y frenos en salvaguarda de los derechos del imputado alcanza también a la labor de los tribunales de justicia, mediante la imposición de una serie de cargas y prohibiciones. Entre las primeras, se cuenta el deber de registro de sus resoluciones –artículos 39 y 97 del Código Procesal Penal– así como la obligación de fundar lo decidido –artículo 36 del mismo Código–; y entre las segundas, la interdicción de la actividad jurisdiccional de control de la investigación si no es en los casos previstos en la ley y a solicitud de parte –artículo 9º, entre otros–. Por ello, no resulta admisible que los juzgadores desechen la defensa afincada en la demostración de una omisión en el cumplimiento del deber de registro que recaía sobre el tribunal respectivo, sosteniendo por una parte que ha debido acreditarse no sólo la inexistencia de la resolución que dio la orden de entrada y registro al domicilio del acusado, como efectivamente se hizo, sino también los términos de la solicitud que motivó la certificación correlativa del Ministro de Fe correspondiente, toda vez que ella no resulta pertinente para los fines debatidos, resultando llamativo que los sentenciadores se detengan a preguntarse por el tenor de la solicitud de la defensa sobre el punto, mas no sobre la existencia de la orden presuntamente despachada, sus alcances, el motivo consignado ni la suficiencia de los antecedentes que ella ha debido relacionar para dotar de legitimidad a una medida intrusiva de esa entidad, como lo imponen el análisis conjunto de los artículos 36 y 208 del Código Procesal Penal (considerandos 7º y 8º de la sentencia de la Corte Suprema).

El cumplimiento de esta obligación de registro de la resolución que dispone una diligencia que priva, restringe o perturba derechos que la Constitución asegura a los ciudadanos no admite excepciones como tampoco lo hace la satisfacción de las cargas de similar entidad que afectan a la policía y al Ministerio Público, y ello es así porque tratándose de medidas que afecten garantías fundamentales, su procedencia ha de estar supeditada al examen estricto de los intereses en juego, esto es, un análisis de proporcionalidad entre la afectación a producirse, la entidad de los bienes que aconsejan al persecutor a solicitarla y la de los antecedentes que la sustentan, aspectos todos que son cautelados a través del control judicial de su procedencia, sin que tal labor de tutela se agote en su otorgamiento ya que ha de satisfacerse además la obligación de consignar tal mandato, con sus particularidades, así como todo aquello invocado para justificar su procedencia. En tales condiciones, la ausencia de su respaldo permite legítimamente dudar sobre la existencia o –a lo menos– entidad de cualquiera de tales factores, privando al pilar del procedimiento –como es el caso– del necesario fundamento, discusión que ha podido plantearse en la sede que ha sido propuesta habida cuenta de lo que expresamente dispone el artículo 132 del Código Procesal Penal al tratar los efectos de la declaración de legalidad de la detención, permitiendo la renovación

de la discusión sobre exclusión de prueba para etapas posteriores del proceso, como ha ocurrido en autos, de manera que la afirmación del tribunal para desestimar la defensa que se revisa, en atención a que se habrían tutelado los derechos del acusado durante el procedimiento no pasa de ser un argumento meramente retórico, sin sustento normativo (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).

Por último, no puede dejarse de observar el evidente olvido de los juzgadores de la posición institucional que les ha sido encomendada al valorar como prueba un antecedente que no tiene ese carácter y que no ha podido ser tenido en cuenta al momento del resolver, como lo es la certificación que se alude que constaría en el auto de apertura del juicio oral, y por la cual se controvierte el tenor de la prueba anunciada por la defensa sosteniendo una cosa diversa de la afirmada por el Ministro de Fe del referido tribunal sobre la existencia de la tantas veces aludida resolución de autorización de entrada y registro, ya que al valorar un atestado cuya incorporación ha sido al margen del control propio de la adversarialidad, se ha atribuido carácter de medio de acreditación a un antecedente que no ha sido aportado por ninguno de los intervinientes del proceso, que ha sido generado por una actuación oficiosa del referido juez de garantía y con el cual se estaría atribuyendo a la referida resolución un carácter del cual carece, como es el de una constancia, en oposición a la que sí tiene ese carácter y que ha sido emitida por el competente funcionario. Tal proceso de aquilatación de semejante antecedente claramente pasa por alto que nuestro sistema procesal se vertebra sobre el principio de aportación de parte, conforme el cual el tribunal nada puede hacer si no es requerido por los intervinientes señalados en la ley, salvo las expresas excepciones que ella contempla, como son las consagradas en los artículos 98, 257 y 329 del Código Procesal Penal, y cuyo tenor ilustra sobre las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico para la intervención del tribunal en la producción de antecedentes probatorios (considerando 10° de la sentencia de la Corte Suprema).

Conforme lo expresado, la defensa ha demostrado suficientemente la infracción acusada, omisión que priva de sustento al procedimiento incoado respecto del recurrente al infringir el estándar mínimo acerca de la existencia de la referida orden y sus términos, por lo que atendido que la sentencia solo intenta salvar semejante falencia apoyada en conjeturas que no se fundan en la prueba rendida, resulta forzoso concluir que los agentes policiales ejecutaron un ingreso y registro del domicilio del recurrente al margen de la ley, porque no se ha demostrado de manera prescrita en ella la autorización para actuar de la forma que se ha dicho, lo que de manera irregular les sirvió para ingresar al inmueble del imputado y proceder a su detención. A resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó al domicilio del inculcado e incautó evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de ese inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba en su contra, puesto que de lo contrario se violenta su derecho garantizado en la Constitución

y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas. En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de demostrar la satisfacción de todos los requisitos señalados en la Constitución y la ley respecto de las actuaciones intrusivas dispuestas y practicadas, por lo que la orden que autoriza una diligencia tan lesiva como la dispuesta ha de quedar respaldada de la forma que la ley dispone precisamente porque ha sido el legislador quien ha decidido no entregar su validez a mecanismos probatorios manipulables e inciertos, por muy fiables que sean los testigos con que cuente el acusador. Así, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano al que le interesa tal registro —ya que ve supeditada su actuación a su existencia— proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia e interesado en velar por ella. Exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo (considerandos 11° y 12° de la sentencia de la Corte Suprema).

La exigencia del debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6° y 7° de la Constitución, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental. En este caso quedó de manifiesto que esos límites no se acataron, colocando a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus organismos auxiliares, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió. Dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutive y respecto de todos los acusados, atento lo prescrito en el artículo 360 del Código Procesal Penal (considerando 13° de la sentencia de la Corte Suprema)

Cita online: CL/JUR/3111/2017

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 6°, 7° de la Constitución Política de la República; 9°, 36, 132, 208, 373 letra a) del Código Procesal Penal.*

CORTE SUPREMA:

Santiago, dieciséis de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, por sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete, en los antecedentes RUC 1600211643-3

RIT 249 - 2016, condenó a Margarita de Lourdes Mora Anabalón, Matías Alejandro Crisóstomo Soto y a Marco Antonio Romero Parra a sufrir cada uno de ellos la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro Unidades Tributarias Mensuales, y accesorias en su calidad de autores del delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, en grado de consumado, perpetrado los días 30 y 31 de marzo de 2016 en Chillán; y condenó a Juan Andrés Crisóstomo Soto a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, multa de cuatro Unidades Tributarias Mensuales y accesorias en su calidad de autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, en grado de consumado, cometido los días 30 y 31 de marzo de 2016 en Chillán, sin beneficios para este último acusado.

La defensa del sentenciado Juan Andrés Crisóstomo Soto dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia el que se conoció en la audiencia pública de veintiséis de abril pasado, convocándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurso interpuesto se sustenta 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, señalando que en la especie ha sido

infringida por la sentencia la garantía constitucional del derecho a un debido proceso, previsto en los artículos 6º, 7º y 19 Nº 3, 4 y 5 de la Constitución Política de la República, en directa relación con los artículos 9º, 36, 39, 97, 208, 227 y 228 del Código Procesal Penal, normas que en su conjunto establecen el deber de registrar –no solo para el Juez, sino que también para el Ministerio Público y las policías– todas aquellas diligencias o actuaciones que realicen. Se señala que en este juicio se reclamaron dos ilegalidades: la primera de ellas, en relación con la infracción a los artículos 9º y 36 del Código Procesal Penal atendida la falta de registro de la supuesta orden de entrada y registro despachada por el Juez de Garantía y la segunda ilegalidad reclamada, la infracción del artículo 215 del mismo código, en su texto previo a la ley N° 20.931.

Fundamentando la primera situación denunciada, sostiene que una decisión tan trascendente como la de autorizar a los funcionarios policiales el ingreso y registro de una propiedad ha de quedar registrada en algún lugar más que en la sola memoria del funcionario. En el presente caso la defensa incorporó como medio de prueba la certificación emitida por el ministro de fe del Juzgado de Garantía de Chillán que da cuenta que, revisados los antecedentes sistémicos, no hay resolución sobre el punto de fecha 31 de marzo de 2016. Esta prueba documental resulta irrefutable y deja en claro la infracción a los artículos 9º, 36 y 97 del Código Procesal Penal, puesto que en aquella certificación debía obligatoriamente

haber conestado la emisión de la orden de entrada, registro y además la orden que autorizaba la incautación de los elementos no relacionados encontrados en el lugar, como ordenaba el artículo 215 en vigor a la fecha, pese a lo cual lo que acredita el ministro de fe del tribunal es que aquel día no se dejó registro de haber despachado alguna orden en la presente causa. Consecuencialmente entiende que las mentadas ordenes no existieron.

Denuncia en el recurso que los jueces del fondo consignaron en el fallo que existen las constancias respectivas del Ministerio Público y del Juez de garantía, lo que no es efectivo, ya que, de contrario, el Ministro de Fe del Juzgado de Garantía lo habría indicado y lo cierto es que ello no ocurrió. Mención aparte le merece la afirmación de los jueces de que tal hecho consta incluso en el auto de apertura, porque dicho aserto da cuenta que esta acta de audiencia de preparación fue valorada como un medio de prueba, cuestión que evidentemente resulta improcedente y grave, puesto que ello significaría que ella ha sido usada como un medio de prueba, sin perjuicio de destacar que tal consignación dejada por el Juez de Garantía en el auto de apertura fue realizada autónomamente por éste una vez terminada la audiencia (sin la presencia del defensor, sin que tuviera la oportunidad de oponerse a esta actuación oficiosa) y constituye una infracción al principio de pasividad y de imparcialidad del Tribunal.

La infracción denunciada ha sido trascendente ya que se tuvieron por acreditado los hechos y participación

de su defendido en base a la prueba del Ministerio Público, la cual de haberse valorado negativamente (como la defensa lo solicitó) debió significar la absolución de su representado por no existir prueba de su participación culpable en el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas.

Sobre la infracción a lo previsto en el artículo 215, expone que en el juicio también se formuló acusación en contra de su representado como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego y municiones, y si bien fue absuelto por estos hechos, cree pertinente hacer presente que el voto de minoría acoge los planteamientos de la defensa en cuanto a que su incautación se realiza infringiendo lo previsto en el artículo 215 vigente a la época y que exigía la autorización judicial correspondiente, cuestión que no ocurre en este caso. Sin embargo, el voto de mayoría absuelve a su parte porque no se forma convicción suficiente de su participación, sin referirse a la petición de ilegalidad planteada.

Segundo: Que, en forma subsidiaria, la defensa plantea la causal nulidad contemplada en el artículo 374 e) en relación con el artículo 342 d) del Código Procesal Penal, por la falta en que incurre el tribunal atendida la ausencia de fundamentación para determinar la pena que se aplica a su representado y a los otros condenados. Indica que cualquier persona (incluso una no letrada) que lea la sentencia, se dará cuenta de que los jueces aplican a Juan Crisóstomo una pena sustancialmente mayor a la de los otros sentenciados, sin explicar cuáles son los motivos que los llevan

a aquella determinación, incurriendo de esta forma en un vicio de falta de fundamentación. Explica que los condenados que cita se encuentran en idéntica situación que su defendido en cuanto al delito por el que se les condena, la participación y grado de desarrollo; los tres guardan silencio en el juicio y a su respecto no concurren atenuantes ni agravantes, pese a lo cual los jueces les aplican penas distintas sin indicar de ninguna manera porqué a su parte se le condena a 4 años de presidio menor en su grado máximo sin pena sustitutiva y a los otros dos se les aplica una pena mínima de 541 días con pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna domiciliaria, siendo su obligación fundamentar las resoluciones tal como lo prescribe el art. 342 D en relación con el art.36 del Código Procesal Penal. Agrega que, no obstante que la sanción aplicada se encuentra dentro de los límites de la pena prevista por el legislador al delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, los jueces tienen la obligación de expresar en la sentencia las razones que los llevan a aplicar la pena en concreto, deben indicar porque la pena se fija en ese *quantum*, y en el presente caso resulta más evidente la falta de explicación pues existen tres condenados a penas notablemente inferiores.

Tercero: Que la referida defensa termina su exposición señalando como peticiones concretas por la causal principal invocada del artículo 373 letra a), que se anula el juicio oral y la sentencia en la parte que condenó a su representado como autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, y se

determine el estado en que deba quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para efectos que se disponga la realización de una nueva audiencia de juicio oral, excluyendo la prueba del Ministerio Público obtenida con infracción de Garantías Fundamentales que describe.

A su turno, para el caso de desestimar la primera hipótesis descrita, solicita por la causal subsidiaria del artículo 374 e), que se anule el juicio oral y la sentencia en la parte que se condena a su representado como autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga y se determine el estado en que deba quedar el procedimiento y ordene la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para efectos que se disponga la realización de una nueva audiencia de juicio oral respecto del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga respecto a don Juan Crisóstomo Soto.

Cuarto: Que para efectos de acreditar las circunstancias que justificarían la causal de nulidad alegada la defensa rindió en la oportunidad procesal correspondiente prueba documental, consistente en Certificado de 8 de noviembre de 2016, emitido por don Jorge Cruzat Contardo, Jefe de Unidad de Causas y Sala (S) del Juzgado de Garantía de Chillán del siguiente tenor “Certifico: Que revisados los antecedentes sistémicos, no hay resolución con fecha 31 de marzo del presente año. Chillán, ocho de noviembre de dos mil dieciséis.”

Quinto: Que en el libelo de nulidad se señala como fundamento fáctico de

la causal invocada en forma principal que la infracción al debido proceso se habría producido porque en autos la recolección de prueba incriminatoria proviene de una diligencia de entrada y registro sin que obre en el proceso antecedente que dé cuenta de su existencia, toda vez que ella no fue registrada. En consecuencia, la actuación investigativa se ejecutó con infracción a lo dispuesto en los artículos 9º, 36, 39, 97, 208, 227 y 228 del Código Procesal Penal, lo que trasciende a toda la evidencia obtenida con posterioridad al acto inicial viciado.

Sexto: Que tal como ha señalado la doctrina nacional, como manifestación del paradigma del “no autocontrol” al que adscribe el sistema procesal penal chileno, nuestro código contempla una serie de disposiciones que materializan el sistema de mecanismos de contrapesos y frenos que contempló el legislador para impedir el abuso en el ejercicio de la propia función (entre otros, Horvitz, López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, pág. 447), imponiendo en el artículo 9º –como directa consecuencia de lo que establece el artículo 83 de la Constitución Política de la República– 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.

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 aquella, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió”.

Séptimo: Que en la especie, se objeta la realización de una diligencia intrusiva de la cual se extrajo la prueba que ha incriminado al recurrente, señalando que todo ello ha sido al margen de lo preceptuado en la Constitución Política de la República y en la ley, desde que se impugna la ausencia de registro de la orden judicial de entrada y registro al domicilio del acusado, lo que permite a la defensa dudar de su existencia, o al menos de sus términos y alcance, aspectos todos que afectan la legitimidad de lo recogido en la diligencia practicada con su mérito.

Al efecto, la sentencia desecha la defensa alegada en tal sentido, señalando que “...los propios defensores reconocen abiertamente no desconocer la existencia de un correo electrónico del Fiscal del caso dirigido al Juez de Garantía por medio del cual aduce las razones que motivaban la autorización de dicha orden. Tanto es la efectividad de la existencia de la orden de entrada y registro cuestionada, que la detención

de los enjuiciados fue declarada en su oportunidad legal y se prosiguió el procedimiento llegándose hasta el respectivo juicio oral, de lo que se desprende que desde el inicio del procedimiento judicial se han cautelado las garantías fundamentales, existiendo la constancia respectiva en el registro correspondiente, deber de registro cumplida tanto por el Ministerio Público como por el Juez de Garantía según consta en Acta de Preparación de Juicio Oral, según lo expuesto incluso por las defensas. De lo anterior, se desprende que de modo alguno los defensores no tuvieron conocimiento de los fundamentos o motivaciones tenidas en cuenta por el Juez respectivo al otorgar la aludida orden de entrada y registro. No incidiendo en ello la certificación emitida por el Jefe de la Unidad de Causas (S) del Juzgado de Garantía de Chillán don Jorge Cruzat Contardo de 8 de noviembre de 2016, incorporada como documental por las defensas, respecto de la que no se ofreció como probanza la solicitud que le sirvió de base, ignorándose el contenido y tenor de la misma.” (fundamento 8° de la sentencia recurrida).

Octavo: Que, sin embargo, semejante argumentación olvida que el sistema de contrapesos y frenos en salvaguarda de los derechos del imputado alcanza también a la labor de los tribunales de justicia, mediante la imposición de una serie de cargas y prohibiciones. Entre las primeras, se cuenta el deber de registro de sus resoluciones (artículos 39 y 97 del Código Procesal Penal) así como la obligación de fundar lo decidido (artículo 36 del mismo texto); y

entre las segundas, la interdicción de la actividad jurisdiccional de control de la investigación si no es en los casos previstos en la ley y a solicitud de parte (artículo 9°, entre otros). Por ello, no resulta admisible que los juzgadores desechen la defensa afincada en la demostración de una omisión en el cumplimiento del deber de registro que recaía sobre el tribunal respectivo, sosteniendo por una parte que ha debido acreditarse no sólo la inexistencia de la resolución que dio la orden de entrada y registro al domicilio del acusado, como efectivamente se hizo, sino también los términos de la solicitud que motivó la certificación correlativa del Ministro de Fe correspondiente, toda vez que ella no resulta pertinente para los fines debatidos, resultando llamativo que los referidos sentenciadores se detengan a preguntarse por el tenor de la solicitud de la defensa sobre el punto, mas no sobre la existencia de la orden presuntamente despachada, sus alcances, el motivo consignado ni la suficiencia de los antecedentes que ella ha debido relacionar para dotar de legitimidad a una medida intrusiva de esa entidad, como lo imponen el análisis conjunto de los artículos 36 y 208 del Código Procesal Penal.

Noveno: Que el cumplimiento de esta obligación de registro de la resolución que dispone una diligencia que priva, restringe o perturba derechos que la Constitución asegura a los ciudadanos no admite excepciones como tampoco lo hace la satisfacción de las cargas de similar entidad que afectan a la policía y al Ministerio Público, y ello es así por-

que tratándose de medidas que afecten garantías fundamentales, su procedencia ha de estar supeditada al examen estricto de los intereses en juego, esto es, un análisis de proporcionalidad entre la afectación a producirse, la entidad de los bienes que aconsejan al persecutor a solicitarla y la de los antecedentes que la sustentan, aspectos todos que son cautelados a través del control judicial de su procedencia, sin que tal labor de tutela se agote en su otorgamiento ya que ha de satisfacerse además la obligación de consignar tal mandato, con sus particularidades, así como todo aquello invocado para justificar su procedencia.

En tales condiciones, la ausencia de su respaldo permite legítimamente dudar sobre la existencia o –a lo menos– entidad de cualquiera de tales factores, privando al pilar del procedimiento –como es el caso– del necesario fundamento, discusión que ha podido plantearse en la sede que ha sido propuesta habida cuenta de lo que expresamente dispone el artículo 132 del Código Procesal Penal al tratar los efectos de la declaración de legalidad de la detención, permitiendo la renovación de la discusión sobre exclusión de prueba para etapas posteriores del proceso, como ha ocurrido en autos, de manera que la afirmación del tribunal para desestimar la defensa que se revisa, en atención a que se habrían tutelado los derechos del acusado durante el procedimiento no pasa de ser un argumento meramente retórico, sin sustento normativo, conforme se ha expresado.

Décimo: Que, por último, esta Corte no puede dejar de observar el evidente

olvido de los juzgadores de la posición institucional que les ha sido encomendada al valorar como prueba un antecedente que no tiene ese carácter y que no ha podido ser tenido en cuenta al momento del resolver, como lo es la certificación que se alude que constaría en el auto de apertura del juicio oral, y por la cual se controvierte el tenor de la prueba anunciada por la defensa sosteniendo una cosa diversa de la afirmada por el Ministro de Fe del referido tribunal sobre la existencia de la tantas veces aludida resolución de autorización de entrada y registro, ya que al valorar un atestado cuya incorporación ha sido al margen del control propio de la adversarialidad, se ha atribuido carácter de medio de acreditación a un antecedente que no ha sido aportado por ninguno de los intervinientes del proceso, que ha sido generado por una actuación oficiosa del referido juez de garantía y con el cual se estaría atribuyendo a la referida resolución un carácter del cual carece, como es el de una constancia, en oposición a la que sí tiene ese carácter y que ha sido emitida por el competente funcionario. Tal proceso de aquilatación de semejante antecedente claramente pasa por alto que nuestro sistema procesal se vertebra sobre el principio de aportación de parte, conforme el cual el tribunal nada puede hacer si no es requerido por los intervinientes señalados en la ley, salvo las expresas excepciones que ella contempla, como son las consagradas en los artículos 98, 257 y 329 del Código Procesal Penal, y cuyo tenor ilustra sobre las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico para la in-

tervención del tribunal en la producción de antecedentes probatorios.

Undécimo: Que conforme lo expresado, la defensa ha demostrado suficientemente la infracción acusada, omisión que priva de sustento al procedimiento incoado respecto del recurrente al infringir el estándar mínimo acerca de la existencia de la referida orden y sus términos, por lo que atendido que la sentencia solo intenta salvar semejante falencia apoyada en conjeturas que no se fundan en la prueba rendida, resulta forzoso concluir que los agentes policiales ejecutaron un ingreso y registro del domicilio del recurrente al margen de la ley, porque no se ha demostrado de manera prescrita en ella la autorización para actuar de la forma que se ha dicho, lo que de manera irregular les sirvió para ingresar al inmueble del imputado y proceder a su detención.

Duodécimo: Que a resultas de lo verificado, cuando la policía ingresó al domicilio del inculcado e incautó evidencias de cargo, todo lo obrado al interior de ese inmueble adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleado en juicio y tampoco ha debido ser valorado como elemento de prueba en su contra, puesto que de lo contrario se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas.

En relación a este tópico y contrariamente a lo explicitado por el fallo, lo cierto es que pesa sobre el Ministerio Público la obligación de demostrar la satisfacción de todos los requisitos

señalados en la Constitución y la Ley respecto de las actuaciones intrusivas dispuestas y practicadas, por lo que la orden que autoriza una diligencia tan lesiva como la dispuesta ha de quedar respaldada de la forma que la ley dispone precisamente porque ha sido el legislador quien ha decidido no entregar su validez a mecanismos probatorios manipulables e inciertos, por muy fiables que sean los testigos con que cuente el acusador. Así, si la defensa impugna la existencia de la orden corresponde que el órgano al que le interesa tal registro —ya que ve supeditada su actuación a su existencia— proceda a su exhibición o incorporación, porque es quien se encuentra en situación de demostrar su existencia e interesado en velar por ella. Exigir lo contrario supone pedir la prueba de un hecho negativo.

Decimotercero: Que la exigencia del debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, lo que exige de las policías que sometan su actuar a la dirección del Ministerio Público, a quien corresponde por mandato legal la investigación de los delitos y que éste a su vez preste información veraz y oportuna a los Tribunales cuando se trata de probar los motivos que sirven de fundamento a una orden restrictiva de derechos y garantías amparados por la ley procesal y la Carta Fundamental. En este caso quedó de manifiesto que esos límites no se acataron, colocando a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus orga-

nismos auxiliares, infracción que sólo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió.

Dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo y respecto de todos los acusados, atento lo prescrito en el artículo 360 del Código Procesal Penal.

Decimocuarto: Que atendido lo resuelto, no se emitirá pronunciamiento sobre la causal subsidiaria, por innecesario.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública a favor de Juan Andrés Crisóstomo Soto y en consecuencia, se invalidan la sentencia de veinticuatro de marzo pasado y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1600211643-3 RIT 249 - 2016, del Tribunal Oral en lo Penal de Chillán, y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado respecto de todos los acusados, excluyéndose del auto de apertura la prueba testimonial consistente en las declaraciones de Cristian Perez Sovino, Andrea Aedo Vielma, Leonardo Bustos Cabrera, Carlos Zurita Gatica, Julio Leiva Cisternas, todos ellos empleados públicos; la prueba pericial consistente en el Oficio Reservado N° 178/16, de fecha 14/04/2016, del perito ejecutor del Servicio de Salud Ñuble al encargado de oficina y proce-

dimientos de drogas y estupefacientes, conteniendo el protocolo de análisis químico de la droga incautada, el protocolo de análisis químico correspondiente al código de muestra 5063-2016- M1-1 emitido por perito químico Sonia Rojas Rondón del Instituto de Salud Pública; los Protocolos de análisis químico correspondiente a los códigos de muestra 4728-2016- M1-5, 4728-2016- M2-5, 4728-2016- M3-5, 4728-2016- M4-5 y 4728-2016- M5-5, emitidos todos por la perito químico Paula Fuentes Azócar, del Instituto de Salud Pública, la declaración de Ervin Agurto Hormazabal, Perito Balístico; la prueba documental consistente en el Ordinario N°200 de fecha 31/03/2016, emitido por la BRIANT y dirigido al Servicio de Salud Ñuble, el Ordinario N° 101, de fecha 04/04/2016; del Director Hospital Clínico Herminda Martin de Chillán al Instituto de Salud Pública, el Ordinario N° 103, de fecha 8/04/2016, del Director Hospital Clínico Herminda Martin de Chillán al Instituto de Salud Pública, el Ordinario N° 178, de fecha 12/04/2016, del encargado de oficina de procedimientos y drogas dirigido al Servicio de Salud Ñuble, el Oficio Reservado N° 223, de fecha 24/04/2016, de Director Servicio de Salud a Fiscalía de Chillán; el Oficio Reservado N° 225, de fecha 20/04/2016, de Director Servicio de Salud a Fiscalía de Chillán, el Acta de Recepción N° 199/16, de fecha 31/03/2016, de Servicio de Salud Ñuble; el Acta de Recepción N° 201/16, de fecha 1/04/2016, de Servicio de Salud Ñuble; las cadenas de Custodia NUE: 2647794, NUE: 2647797,

NUE: 2647798, NUE: 2647799, NUE: 4320824, NUE: 4320821, NUE: 4320823; NUE: 4320822 y NUE: 2647795; el Oficio N°1595/116, de fecha 18/04/2016, elaborado por el jefe de Autoridad Fiscalizadora, dirigido a la Fiscalía de Chillán, los Informes de efectos y peligrosidad para salud pública de la *cannabis sativa*, de la cocaína y de la cocaína base, el Reservado N°50632016, de fecha 12/05/2016, del Instituto de Salud Pública a Fiscalía de Chillán, el Reservado N°4728-2016, de fecha 5/05/2016 del Instituto de Salud Pública a Fiscalía de Chillán, el Reporte de armas, emitido con fecha 31/03/2016.25, el Depósito del Ban-

co Estado por la suma de \$24.000; y otros medios de prueba consistentes en 19 fotografías; una escopeta marca Maverick, modelo 88, calibre 12, Serie N°MV52433M; seis cartuchos calibre 12; un cartucho calibre 16 y cinco cartuchos calibre 20.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

Pronunciado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros (as) Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Osvaldo Brito C., Lamberto Cisternas R., Jorge Dahm O.

Rol N° 11584-2017.

LA OBLIGACIÓN JUDICIAL DE REGISTRO.

DIVA SERRA CRUZ
Universidad de Chile

La sentencia analizada acoge un Recurso de Nulidad sustentado en la causal contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal (CPP), esto es, la infracción sustancial de garantías constitucionales, en particular la garantía constitucional del debido proceso, reconocida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR). La defensa del Sr. Crisóstomo, condenado por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes, recurre –en lo principal– en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, porque no existe constancia de la orden judicial de entrada y registro al domicilio del acusado, y por lo tanto, duda de su existencia, o al menos de sus términos y alcance, cuestión que afecta la legitimidad no sólo de dicha diligencia intrusiva, sino también de la prueba obtenida, y utilizada como incriminatoria en el proceso.

Aun cuando la defensa plantee otras vulneraciones al debido proceso, tales como la falta de autorización para la incautación de elementos no relacionados encontrados en el lugar, en los términos del artículo 215 CPP en vigor a la fecha de los hechos, el debate se centra en el problema que genera la falta de constancia de una orden de entrada y registro, y las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

El caso refleja un problema característico de la persecución penal, esto es, la colusión entre la pretensión de eficacia del ente persecutor, y la protección de las garantías constitucionales del imputado, problema que nuestro Código Procesal Penal enfrenta tomando ciertas medidas que pretenden resolver este y otros asuntos similares, en que se enfrentan dos intereses contrapuestos, pero igualmente legítimos. De este modo, el registro de las actuaciones judiciales (art. 39 CPP), la fundamentación de las decisiones judiciales (art. 36 CPP), y la necesidad de contar con autorización judicial previa en las diligencias de investigación que importen privación, perturbación o amenaza de los derechos garantizados al imputado (art. 83 CPR y 9 CPP), aparecen como algunas de las manifestaciones del paradigma del “no autocontrol” al que adscribe el sistema procesal penal chileno¹.

Dicho paradigma incorpora como pilares de su estructura a la división de funciones y al mecanismo de controles del ejercicio de la actividad de persecución penal que desarrollan los órganos del Estado², y se traduce en la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que impidan el abuso en el ejercicio de la propia función³.

Esta idea de mutuo control es el principio fundamental según el cual se soluciona, en el marco del estado de derecho, la antinomia eficacia-garantías individuales.⁴ Y precisamente en aquellos casos donde existe un peligro evidente de afectación a dichas garantías, este mutuo control se debe incrementar⁵, sometiéndose el Ministerio Público en sus diligencias de investigación –generalmente autónomas– a un control judicial previo, justamente cuando la persecución penal importe una privación, restricción o perturbación de los derechos fundamentales.

En este contexto, podemos afirmar que a los jueces de garantía les corresponde asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal (artículo 14 Código Orgánico de Tribunales), tarea que constituye la principal misión del juez de garantía⁶, y por lo tanto, durante la investigación debe evitar la afectación de garantías del imputado y los demás intervinientes, o al menos debe

¹ Así lo indica la Excelentísima Corte Suprema en el fallo comentado (Considerando Sexto). En el mismo sentido HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, (2002), p. 447.

² BOFILL, Jorge, Alcance de la obligación del Fiscal de Registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 6, (2005), pp. 45-61.

³ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, ob. cit., p. 447.

⁴ Ídem.

⁵ BOFILL, Jorge, ob. cit.

⁶ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, (Santiago, 2012), p. 167.

procurar que esa afectación sea la mínima posible y, en todo caso, proporcionada a los fines del procedimiento⁷.

El problema principal planteado en el Recurso, y que corresponde además a la razón por la cual la Corte Suprema acoge la Nulidad deducida, dice relación precisamente con el tipo de casos en que existe un peligro de privación, restricción o perturbación de derechos fundamentales, en particular del derecho a la inviolabilidad del hogar garantizado en el artículo 19 N° 5 de nuestra Constitución, por lo tanto el sistema de control mutuo se incrementa, y la diligencia de entrada y registro –regulada como un diligencia de investigación– debe ejecutarse previa autorización del Juez de Garantía, de acuerdo a lo indicado en los artículos 83 CPR y 9 CPP, respetando además las reglas particulares que regulan la respectiva diligencia, contenidas principalmente en los artículos 205 y 208 CPP.

El artículo 205 del Código Procesal Penal establece en términos muy generales que, para llevar a cabo la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, se requiere autorización judicial (excepto que se proceda con autorización del afectado). Por su parte, el artículo 208 del mismo cuerpo legal, detalla los requisitos que debe contener una orden de entrada y registro, no bastando una autorización genérica, pues además de indicar el lugar, el fiscal encargado y el funcionario que practica el registro, se debe señalar expresamente “el motivo del registro”, exigencia que resulta compatible con la regla contenida en el artículo 36 –según la cual– el tribunal está obligado a fundamentar las resoluciones que dictara, lo que debe incluir los motivos de hecho y de derecho.

Cabe recordar, que “la fundamentación de la sentencia es uno de los presupuestos del debido proceso, constitucionalmente garantizado en el artículo 19 N° 3”⁸, razón por la cual, la defensa del sentenciado Juan Crisóstomo, dedujo recurso de nulidad sustentado en la causal contenida en el artículo 373 letra a), es decir, infracción sustancial de garantías constitucionales.

El problema en el fallo recurrido se habría producido –tal como afirmamos anteriormente– porque la recolección de la prueba incriminatoria proviene de una diligencia de entrada y registro sin que obre antecedente que dé cuenta de su existencia, toda vez que no se dejó constancia de ella. Esta situación obstaculiza el pleno ejercicio del derecho a defensa en los términos reconocidos por nuestra Constitución, e impide la posibilidad de desvirtuar la prueba de cargo ofrecida por el Ministerio Público, pues al desconocer el sentido y alcance de la orden, se vuelve imposible contrastar la diligencia policial con la autorización judicial.

De este modo, no obstante la defensa no alegue la inexistencia de la orden de entrada y registro respectiva, sino la inexistencia de un registro que satisfaga

⁷ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, ob. cit., p. 447.

⁸ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, ob. cit., p. 462.

los estándares establecidos en nuestro Código Procesal Penal, la Corte Suprema considera –acertadamente, en mi opinión– que la consecuencia jurídica de dicha omisión es equivalente a la inexistencia de orden, precisamente porque la labor de tutela judicial no se agota en el otorgamiento de una autorización, sino que debe someterse a un examen estricto de los intereses en juego, es decir, un análisis de proporcionalidad, razón por la cual la ausencia de respaldo permite legítimamente dudar sobre la existencia o al menos de su entidad, privando al pilar del procedimiento como es el caso, del necesario fundamento (Considerando Noveno).

Adicionalmente, el Excelentísimo Tribunal se pronuncia acerca del problema probatorio relacionado con la orden de entrada y registro tan cuestionada, indicando a la luz de uno de los principales pilares del sistema acusatorio: presunción de inocencia o de no culpabilidad, que es el Ministerio Público quien debe demostrar la satisfacción de todos los requisitos señalados en la Constitución y la Ley respecto de las actuaciones intrusivas dispuestas y practicadas (Considerando Duodécimo).

La afirmación del Supremo Tribunal, citada en el párrafo anterior, es consecuencia directa del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 4° CPP, en razón de la cual en el proceso penal no cabe considerar el concepto de carga de la prueba en el sentido de beneficio jurídico⁹, y en virtud del cual es al Estado a quien corresponde acreditar la culpabilidad del acusado, a quien beneficia la presunción de inocencia¹⁰, afirmar que la defensa debe probar la inexistencia de la orden no implica sólo exigir la prueba de un hecho negativo, sino desvirtuar por completo dicha presunción que acompaña al imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y en tanto no fuere condenado por una sentencia firme.

⁹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, ob. cit., p. 146.

¹⁰ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, ob. cit., p. 147.