

## 6. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

### PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO, MUNICIONES Y OTROS

MINISTERIO PÚBLICO CONDENADO EN COSTAS. SOLICITUD DE ENTRADA Y REGISTRO DEBE CONTENER ANTECEDENTES CONCRETOS QUE HAGAN PRESUMIR QUE EL IMPUTADO O MEDIOS DE COMPROBACIÓN DEL HECHO QUE SE INVESTIGA SE ENCONTRAREN EN UN DETERMINADO EDIFICIO O LUGAR CERRADO. VULNERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO.

### HECHOS

*Fiscal deduce recurso de apelación en contra de resolución dictada por el Juzgado de Garantía, que dio lugar a la solicitud de la defensa del imputado de condena en costas en contra de Ministerio Público. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones confirma la resolución apelada.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (confirma)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel*

ROL: *176-2018, de 5 de febrero de 2018*

PARTES: *Ministerio Público de Pasten Aspee*

MINISTROS: *Sr. Fiscal Judicial Tita Aránguiz Z. y Abogado Integrante Sr. Juan Alberto Kadis C.*

### DOCTRINA

*El artículo 144 del Código de Procedimiento Civil señala: “La parte que sea totalmente vencida en un juicio o en un incidente será condenada al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones de este Código”. La norma en comento contiene un mandato imperativo respecto de la condena en costas vinculado a las resultas del juicio y un mandato facultativo para eximir de su pago cuando haya existido motivo plausible para litigar, calificación jurídica que efectúa de manera privativa el sentenciador.*

*De los antecedentes expuestos en el recurso y en estrados, esta corte comparte lo expuesto en la resolución recurrida pues como se puede observar de una atenta lectura de la solicitud de entrada y registro, en ésta se señala que “Finalmente, habiéndose agotado las instancias investigativas antes descritas y con la finalidad de asegurar la detención de este integrante, de la señalada organización, por medio del presente Informe Policial, se procede a solicitar la respectiva orden de entrada, registro e incautaciones de todas las especies y medios tecnológicos que fuesen utilizados u asociados en los delitos investigados u aquellos que se encontrasen en el inmueble ya señalado”, sin que se haya aportado ningún antecedente relevante que avalare las razones expuestas en la solicitud en el sentido que el imputado fuera integrante de la organización investigada. En este orden de ideas, la solicitud de entrada y registro debe contener antecedentes concretos que hagan presumir que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investiga se encontraren en un determinado edificio o lugar cerrado, pues la medida constituye una excepción a la protección constitucional del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el que se verá afectado con tan gravosa medida que no está obligado a soportar el ciudadano afectado si no se cumple con el estándar que se ha señalado, teniendo en consideración a este respecto que debe ser la única medida posible para la obtención de la prueba y que no exista otra menos gravosa para los fines del proceso (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

*Cita online: CL/JUR/7327/2018*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 52, 352, 205 y 250 letra a) del Código Procesal Penal; 138 y 144 Código Procesal Civil; 19, N° 4, Constitución Política de la República.*

## EJECUCIÓN DE MEDIDAS INTRUSIVAS Y CONDENA EN COSTAS AL MINISTERIO PÚBLICO

MARCOS CONTRERAS ENOS  
*Universidad de Chile*

El 15° Juzgado de Garantía de Santiago sobreseyó definitivamente a un imputado por la causal del artículo 250 a) del Código Procesal Penal y condenó en costas al Ministerio Público. El ente persecutor apeló de las costas ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, la que rechazó el recurso y, en consecuencia, confirmó la condena en costas. Según el Ministerio Público el principal argumento del tribunal *a quo* para imponer dicha condena fue la circunstancia consistente

en que el imputado debió soportar una carga en tal calidad cuando finalmente la investigación no tuvo resultados positivos a su respecto (razón por la que fue sobreseído definitivamente). En concreto, se hace referencia de una orden de entrada, registro e incautación de especies solicitada por el Ministerio Público y autorizada por el 15° Juzgado de Garantía, la que se ejecutó sin que se encontraran especies que se pudieran vincular a los delitos investigados. Según el Ministerio Público esta orden se insertaba en el marco de una investigación en contra de una organización criminal dedicada a la compra y venta de armas, contexto en el que un sujeto respecto de quien se formalizó una investigación por tenencia ilegal de arma de fuego y municiones habría proporcionado al fiscal el nombre del afectado, vinculándolo con los delitos investigados.

Frente a la condena en costas del tribunal *a quo*, el Ministerio Público sostuvo que era errónea porque existían diligencias y actuaciones que satisficieron los requisitos necesarios para fundar medidas intrusivas, de modo que resultaba antojadizo afirmar que el imputado no debía soportar la carga de una medida intrusiva, siendo que ésta se fundamentaba en una investigación previa. Sostuvo, además, que tuvo motivo plausible para litigar toda vez que tal investigación cuenta con otros coimputados formalizados y sujetos a medidas cautelares gravosas. La Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó esta alegación, confirmando –como ya se adelantó– la condena en costas al Ministerio Público. Para ello, en primer término, citó la solicitud de entrada y registro del ente persecutor, la que reza como sigue: “Finalmente, habiéndose agotado las instancias investigativas antes descritas y con la finalidad de asegurar la detención de este integrante, de la señalada organización, por medio del presente Informe Policial, se procede a solicitar la respectiva orden de entrada, registro e incautaciones de todas las especies y medios tecnológicos que fuesen utilizados u asociados en los delitos investigados o aquellos que se encontrasen en el inmueble ya señalado.” Luego de ello, la Corte constató –correctamente– que en la orden no se aportó “ningún antecedente relevante que avalaren [sic] las razones expuestas en la solicitud en el sentido de que el Sr. Pastén fuera integrante de la organización investigada”. Agrega que “la solicitud de entrada y registro debe contener antecedentes concretos que hagan presumir que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investiga se encontraren en un determinado edificio o lugar cerrado pues la medida constituye una excepción a la protección constitucional del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el que se verá afectado con tan gravosa medida que no está obligado a soportar el ciudadano afectado si no se cumple con el estándar que se ha señalado, teniendo en consideración a este respecto que debe ser la única medida posible para la obtención de la prueba y que no exista otra menos gravosa para los fines del proceso”.

Con su resolución la Corte destaca acertadamente la necesidad de existencia de antecedentes que justifiquen la solicitud de la medida intrusiva, en términos

tales que –tal como lo señala el artículo 205 del Código Procesal Penal– permitan presumir que en un determinado lugar se encontrare el imputado o medios de comprobación del hecho. Ese estándar no se satisface con una aseveración puramente retórica de la existencia de antecedentes sin que estos se enuncien y de la circunstancia de que la investigación se haya agotado. El Ministerio Público estimó que eso era suficiente para solicitar la entrada y registro y, por su parte, el Juzgado de Garantía también así lo consideró al autorizarla. La Corte señaló que eso no es correcto al afirmar que, para autorizar la medida, se requiere la existencia de antecedentes “concretos” que lleven a presumir la existencia de las especies en el domicilio que se registra.

No se puede sino estar de acuerdo con lo sostenido a este respecto por la Corte. Bien mirado, ese punto no requiere mayor análisis: para que se conceda una orden de entrada y registro deben esgrimirse antecedentes (concretos) que funden la plausibilidad de la medida desde una perspectiva *ex ante*<sup>1</sup>. Conceder tal medida intrusiva sin que ello se haga es pura facticidad sin validez, poder estatal bruto, ilegítimo. Nos parece más discutible –y en esa medida, más interesante– la cuestión de si esas consideraciones pueden fungir razonablemente como argumentos para condenar en costas al Ministerio Público, esto es, si una orden de entrada y registro puede fundar una condena en costas al ente persecutor.

La primera duda que surge a este respecto es si la ejecución de una orden de entrada y registro mal concedida (por estar deficientemente fundada) puede ser razonablemente puesta de cargo (en general) del Ministerio Público y, en su caso, bajo qué presupuestos. Ello por cuanto podría generar extrañeza que se haga responsable al Ministerio Público por la ejecución de una resolución judicial válidamente emitida. El 15° Juzgado de Garantía accedió a la solicitud del Ministerio Público, previo a lo cual debía verificar que existieran antecedentes que justificaran la medida, lo que –a la luz de lo señalado por el mismo tribunal al resolver el sobreseimiento y ratificado por la Corte de San Miguel– claramente no hizo. En un caso como ese no resulta razonable que el mismo tribunal –tiempo después– achaque al Ministerio Público toda la responsabilidad de la ejecución de la medida intrusiva mal otorgada. Salvo que la resolución se explique por una conducta del Ministerio Público que se deje describir como manipulación al tribunal (por ejemplo, engaño o coacción) –lo que no se avizora en el caso comentado– no parece razonable que el mismo tribunal que decretó la medida intrusiva en cuestión se deslinde del asunto y se lo impute exclusivamente a quien formuló la solicitud. Hay en ello una disociación que es difícil de digerir.

---

<sup>1</sup> Es necesario hacer referencia a la perspectiva de análisis, dado que la mera constatación de que la medida intrusiva no arrojó los resultados buscados desde una perspectiva *ex post*, no puede ser razón suficiente para la sanción procesal que implican las costas.

Más allá de lo anterior, es necesario plantearse una cuestión más concreta. En efecto, ahora no habrá de preguntarse si es que, *en general*, pueda ponerse de cargo del Ministerio Público los costos asociados a que un imputado haya debido soportar una orden de entrada y registro, sino que la cuestión de si, *en particular*, puede ser el fundamento de una condena en costas al mismo organismo. Ello ha de ser respondido negativamente.

La resolución sobre las costas tiene un carácter estrictamente accesorio en relación con la cuestión discutida que específicamente se resuelve en la resolución respectiva. Así, los perjuicios que haya sufrido un imputado como consecuencia de una resolución distinta a aquella que posibilita la condena en costas (que, por lo tanto, se sitúa más allá de la cuestión debatida) no forman parte de la matriz de factores a considerar por el tribunal para resolver sobre las costas. El caso que nos convoca puede ser útil para ilustrar este punto. En él la resolución respectiva consistió en un sobreseimiento definitivo por el artículo 250 a), esto es, por no ser constitutivo de delito los hechos. Es a esa resolución a la que accede la condena en costas. Conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público será condenado en costas en caso de decretarse sobreseimiento definitivo salvo que “el tribunal estime razonable eximirle por razones fundadas.” Así las cosas, el razonamiento que debe llevar a cabo el tribunal es simplemente si existen razones de ese tipo para eximir al Ministerio Público de las costas, las que tienen como punto de referencia la resolución que decreta el sobreseimiento definitivo por no existir el delito. Tales razones, por lo tanto, serán aquellas que llevaron al Ministerio Público a investigar a un sujeto y no, por el contrario, la razonabilidad de la solicitud de medidas coercitivas. En otras palabras, es la circunstancia de que el Ministerio Público haya dirigido una investigación en contra del imputado la que debe ser el eje de la discusión sobre la condena en costas en este caso y no lo fundado o infundado de una solicitud de entrada y registro. Ahora bien, en un segundo paso, en la etapa de regulación de las costas, por supuesto que habrá de preguntarse por todos los gastos en los que el imputado incurrió, en los que, *prima facie*, habrá de considerarse también aquellos que se hayan suscitado a propósito de la ejecución de la medida intrusiva. A este respecto, sin embargo, es preciso considerar que la finalidad de las costas es la de compensar gastos en los que se haya incurrido en el proceso, es por eso que se acostumbra definirlos como los “gastos inmediatos y directos que origina una gestión judicial”<sup>2</sup>. De este modo, las costas no se extienden a la compensación de mermas patrimoniales que no se dejen describir como “gastos” y mucho menos a mermas de carácter extrapatrimonial.

Utilizar las costas como mecanismo de indemnización por daños significaría subvertir el sistema de responsabilidad civil de Fiscales y del Ministerio Públicos

<sup>2</sup> CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, 6<sup>a</sup> ed. (Santiago, 2016) Tomo III, p. 170.

establecido en la ley, lo que nos lleva a plantear la siguiente cuestión: si las costas no son el medio establecido por la ley para resarcir a quien ha sido objeto de una orden de entrada y registro erróneamente concedida (por infundada), cabe preguntarse cuál es el mecanismo establecido al efecto.

El art. 45 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público establece el principio de la responsabilidad, estableciendo que los fiscales tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. En principio, esta responsabilidad podría hacerse valer respecto del Fiscal que solicitó la orden infundadamente, sin embargo, los tiempos de tramitación en sede civil y la poca valoración pecuniaria que los tribunales hacen de los daños distintos a los estrictamente patrimoniales (daño emergente y lucro cesante)<sup>3</sup> la convierten, muchas veces, en una solución ilusoria. Por su parte, el art. 5° del mismo cuerpo normativo, establece que el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público. Este mecanismo es aún más difícil de llevar a la práctica. En efecto, más allá de que –al igual que en el caso anterior– los tiempos de tramitación también sean prolongados y que los montos eventuales a obtener también sean reducidos, hay que considerar que resultará más difícil configurar esta responsabilidad –en comparación con la responsabilidad extracontractual ordinaria– ya que las conductas deben ser “injustificadamente erróneas o arbitrarias”. Por lo demás, el riesgo de que esa cláusula sea interpretada restrictivamente (tal como ha ocurrido en el caso de la responsabilidad del Estado juez) es alto<sup>4</sup>. Finalmente, la responsabilidad por error judicial es improcedente en el caso de una orden de entrada y registro erróneamente concedida. En efecto, el artículo 19 N° 7 j) condiciona la indemnización por error judicial a que a la resolución haya sometido a proceso o condenado a alguien.

Lo anterior lleva a comprobar una virtual ausencia de mecanismos indemnizatorios frente a un caso como el que nos ocupa. Sostener lo contrario implicaría ser ingenuo, cínico o cruel. Presumiblemente, eso es lo que motivó a la Corte a ratificar la condena en costas al Ministerio Público utilizándolas como mecanismo de indemnización amplio, desvirtuando, de ese modo, su naturaleza. Más allá de que un caso como éste sirva para manifestar una inquietud por la ausencia de mecanismos indemnizatorios eficaces frente a medidas intrusivas decretadas erróneamente, también debería llamar la atención la facilidad con la que el Ministerio Público pudo obtener

---

<sup>3</sup> Eso sin perjuicio de la radical subjetividad en la determinación del daño moral en el derecho chileno. *Vid.*, BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, 2006), pp. 313 y ss.

<sup>4</sup> Cfr., HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, (Santiago, 2002), Tomo I, p. 162.

la autorización para realizar diligencias que afectan derechos fundamentales del imputado por parte de quien, precisamente, debe velar por ellos: el juez de garantía.

CORTE DE APELACIONES:

En Santiago, cinco de febrero de dos mil dieciocho.

VISTOS, OÍDO Y CONSIDERANDO:

*Primero:* Que en estos autos, rol Ingreso Corte N° 176-2018, don Pablo Salinas Martínez, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Especializada Antinarcoóticos y Crimen Organizado, deduce recurso de apelación en contra de resolución dictada por el 15° Juzgado de Garantía de Santiago en audiencia de fecha 15 de enero de 2018, que dio lugar a la solicitud de la defensa del imputado de condena en costas en contra de Ministerio Público. Indica como antecedentes de hecho que en la referida audiencia el tribunal decretó el sobreseimiento definitivo por la causal establecida en el artículo 250, letra a), del Código Procesal Penal a solicitud de la defensa, quien también pidió la condena en costas fundado en que durante la etapa de investigación no había podido ejercer los derechos que le correspondían a su representado en su calidad de imputado como solicitar copias de la carpeta y constituir patrocinio y poder en la causa, argumentando además la defensa, como señala el recurrente, que el imputado tuvo que asumir una carga en calidad de imputado en circunstancias en que finalmente la investigación no tuvo resultados positivos.

*Segundo:* Refiere el recurrente que el principal argumento del tribunal para condenar en costas a su representado fue que existió una carga que

el imputado debió soportar sin deber hacerlo. Agrega que la resolución que se pronuncia sobre la condena en costas es apelable junto con aquella que fija el *quantum* de las costas en la etapa de liquidación, toda vez que a su juicio el pronunciamiento de condena en costas importa, con prescindencia de su continente, una resolución accesoria separable de la decisión que resuelve la litis para los solos efectos de impugnación, para estos efectos cita jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago rol N° 2049-2011, recurso de queja ante la Excelentísima Corte Suprema, rol N° 10243-2011, que rechazó dicho recurso, y fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca rol N° 533-2005.

*Tercero:* Sostiene el recurrente que el Equipo de Control de Armas dependiente de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur realizaba una investigación en contra de una organización criminal dedicada a la compra y venta de armas de fuego en el sector sur de la capital, contexto en el cual un sujeto formalizado por tenencia ilegal arma de fuego y tenencia ilegal de municiones habría proporcionado al fiscal a cargo de la investigación, el día 3 de febrero de 2017, el nombre del afectado, vinculándolo a los delitos investigados por el referido equipo, motivo por el cual la fiscalía solicitó autorización de entrada y registro en el domicilio del Sr. Pasten Aspee, accediendo el juez suplente con fecha

4 de septiembre de 2017, autorizando la entrada, registro e incautación de especies, respecto del domicilio recién señalado. Dicha autorización, según relata el recurrente, fue ejecutada el día 11 de septiembre de 2017 por funcionarios de la Brigada de Robos Metropolitana Oriente, sin encontrar especies que pudieran vincularse a los delitos investigados, motivo por el cual el recurrido no fue formalizado por delito alguno ni se solicitaron medidas cautelares en su contra.

*Cuarto:* Agrega el recurrente que, al ser reconocido por el tribunal que existe una orden de entrada y registro cuya solicitud debe ser fundada y que ésta se puede otorgar con fines investigativos respecto de un ciudadano cuya identidad figura en una investigación en la cual aparecen indicios que podrían presumir, en los términos del artículo 205 del Código Procesal Penal, que, según el Ministerio Público, mantiene medios de comprobación de un hecho investigado, no parece plausible liberarlo del deber de soportar la carga que la ley establece en la citada norma en orden a vulnerar su garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar. Señala que la ley exige un estándar de prueba constituido por presunciones fundadas en la existencia del delito y en la participación del imputado, siendo posible un resultado negativo al comprobarse que los hechos investigados no son constitutivos de delito.

*Quinto:* Indica el Ministerio Público que la resolución es errada y debe ser revocada, funda dicha petición en una cronología de diligencias y actuaciones

que cita, las cuales a su juicio tuvieron un movimiento acorde con este tipo de investigación en los tiempos que corresponde y con todos los requisitos necesarios para fundar medidas intrusivas, de modo que a su parecer resulta antojadizo afirmar que el imputado no deba soportar la carga de una medida intrusiva, siendo que ésta se fundamenta en una investigación previa. Agrega que su parte tuvo motivo plausible para litigar, toda vez que la investigación previa cuenta con otros coimputados formalizados y sujetos a medidas cautelares gravosas. En cuanto a los argumentos de la defensa, señala que la investigación se mantuvo en reserva y el tribunal no admitió al defensor la posibilidad de conferir patrocinio y poder, por tanto, a su juicio, no existió una vulneración de derechos que permita sostener que no podía imponérsele una carga indispensable para la ejecución de la medida de entrada y registro autorizada por el tribunal.

*Sexto:* Que el artículo 144 del Código de Procedimiento Civil señala: “La parte que sea totalmente vencida en un juicio o en un incidente será condenada al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones de este Código”. La norma en comentario contiene un mandato imperativo respecto de la condena en costas vinculado a las resultas del juicio y un mandato facultativo para eximir de su pago cuando haya existido motivo



plausible para litigar, calificación jurídica que efectúa de manera privativa el sentenciador.

*Séptimo:* Que, de los antecedentes expuestos en el recurso y en estrados, esta corte comparte lo expuesto en la resolución recurrida, pues, como se puede observar de una atenta lectura de la solicitud de entrada y registro, en ésta se señala que “Finalmente, habiéndose agotado las instancias investigativas antes descritas y con la finalidad de asegurar la detención de este integrante, de la señalada organización, por medio del presente Informe Policial, se procede a solicitar la respectiva orden de entrada, registro e incautaciones de todas las especies y medios tecnológicos que fuesen utilizados u asociados en los delitos investigados u aquellos que se encontrasen en el inmueble ya señalado”, sin que se haya aportado ningún antecedente relevante que avale las razones expuestas en la solicitud, en el sentido de que el Sr. Pasten fuera integrante de la organización investigada. En este orden de ideas, la solicitud de entrada y registro debe contener antecedentes concretos que hagan presumir que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investiga se encontraren en un determinado edificio o lugar cerrado, pues la medida constituye una excepción a la protección constitucional del

derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el que se verá afectado con tan gravosa medida que no está obligado a soportar el ciudadano afectado si no se cumple con el estándar que se ha señalado, teniendo en consideración a este respecto que debe ser la única medida posible para la obtención de la prueba y que no exista otra menos gravosa para los fines del proceso.

Por estas consideraciones, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52, 352 y siguientes del Código Procesal Penal y los artículos 138 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, *se confirma* la resolución apelada de quince de enero de 2018, dictada por don Gonzalo Alberto Martínez Merino, juez titular del 15° Juzgado de Garantía de Santiago.

Se deja constancia de que no firma la Ministra señora María Stella Elgarrista Álvarez no obstante haber concurrido a la vista de la causa y fallo, por estar con feriado legal.

Redactado por el Abogado Integrante Sr. Kadis.

Devuélvase.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de San Miguel integrada por Fiscal Judicial Tita Aránguiz Z. y Abogado Integrante Juan Alberto Kadis C. San Miguel, cinco de febrero de dos mil dieciocho.

Rol N° 176-2018.