

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**ESCUELA DE DERECHO.**

**MAGISTER EN DERECHO.**

**LA FACULTAD DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN DEL  
SERVICIO DE ADUANAS EN RELACIÓN CON LA PRUEBA ILÍCITA EN EL  
PROCESO PENAL**

Alumno: Jorge Jorquera Olivares.

Profesor Guía: Claudio Meneses Pacheco.

Septiembre de 2021.

## RESUMEN

El Servicio Nacional de Aduanas, conforme al artículo 23 de su Ley Orgánica, tienen la facultad de ordenar, en sede administrativa, la entrada, registro e incautación en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentren las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Los antecedentes recopilados en esta sede pueden ser ofrecidos como evidencias en un proceso penal, resultando fundamental la práctica de un adecuado control de admisibilidad a fin de evitar la incorporación de pruebas ilícitas. La presente tesis postula que el Juzgado de Garantía, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de las evidencias recopiladas en el procedimiento aduanero, no solo debe analizar que el acto administrativo que ordena la entrada, registro e incautación haya sido dictado por autoridad competente en el ámbito de sus facultades, sino además que se haya respetado de manera estricta el principio de proporcionalidad en la afectación del derecho a la intimidad y que se haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas. En este sentido, resulta fundamental que el tribunal pondere de manera completa y fundada la necesidad de la diligencia administrativa, el bien jurídico tutelado por el tipo penal del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas en relación a los artículos 179 y 181 del mismo texto normativo, y la intensidad de la afectación del derecho, debiendo establecer parámetros de admisibilidad según circunstancias del caso concreto que permitan balancear los tres aspectos antes indicados.

**Descriptor:** Entrada, registro e incautación - artículos 23 y 25 Ley Orgánica de Aduanas – inviolabilidad del domicilio – recolección de fuentes de prueba – control jurisdiccional.

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN COMO ACTO DE FISCALIZACIÓN A CARGO DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS.....	6
1 GENERALIDADES.....	6
2 LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS.....	7
2.1 EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, CONCEPTO Y FUNCIÓN. ....	7
2.2 FACULTAD FISCALIZADORA EN ZONA PRIMARIA. ....	9
2.3 FACULTAD FISCALIZADORA EN ZONA SECUNDARIA.....	11
3 LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN COMO ACTO DE FISCALIZACIÓN.....	12
II REQUISITOS DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS.....	17
1 ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA LA ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN.....	17
2 AUTORIDAD QUE DICTA EL ACTO. ....	20
3 FACULTAD DE DESCERRAJAMIENTO.....	20
III OBTENCIÓN DE ANTECEDENTES PROBATORIOS CON OCASIÓN DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN ORDENADA POR EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS.....	22
IV CONTROL JURISDICCIONAL DE LA JURIDICIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN ORDENADA POR EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, Y DE LA LEGITIMIDAD DE LOS ANTECEDENTES PROBATORIOS OBTENIDOS.....	27
1 CONSTITUCIONALIDAD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN ORDENADA POR EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS.....	28
2 CONTROL DE LOS ORGANOS DE JUSTICIA PENAL DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS EN EL PROCESO PENAL.....	36
V ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA PRUEBA ILÍCITA.....	46

CONCLUSIÓN. ....	50
BIBLIOGRAFÍA. ....	54

## INTRODUCCIÓN

El ejercicio de las funciones administrativas de fiscalización que posee el Servicio Nacional de Aduanas debe respetar los parámetros existentes en el proceso penal a fin de lograr una armonía y legitimidad del sistema punitivo estatal. Por lo mismo, las diligencias de entrada, registro e incautación en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentren las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas, tienen que cumplir con dos grupos de exigencias.

Por un lado, debe observarse rigurosamente todos los requisitos emanados del principio de legalidad con arreglo al cual este organismo se encuentra facultado para realizar las diligencias necesarias para cumplir sus funciones de fiscalización en zona secundaria. Son fundamentales las exigencias referidas a la competencia y al procedimiento que imponen los artículos 6 y 7 de la Constitución como los artículos 22, 23 y 25 de la Ley Orgánica del Servicio. Sólo en la medida que se cumplan estos requisitos las evidencias que se recolecten durante el ejercicio de las aludidas funciones podrán ser usados como evidencias idóneas y lícitas en un proceso penal destinado a enjuiciar el delito de contrabando. Sobre el punto, debe tenerse presente que esta clase de actuaciones pueden lesionar el derecho al respeto y protección a la vida privada de las personas y la inviolabilidad del hogar que el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución asegura a todas las personas, razón por la cual la legalidad de las diligencias es un presupuesto de legitimidad de las fuentes probatorias que se obtengan por esta vía.

Pero además de estas exigencias, que pueden calificarse como formales, es necesario que se respete otro parámetro fundamental de tipo sustantivo o de fondo, que guarda relación con la proporcionalidad entre la finalidad de la diligencia administrativa, el nivel de afectación del derecho a la privacidad y la inviolabilidad del hogar; y el bien jurídico protegido por delitos que serán juzgados en sede jurisdiccional penal. Hay que hacer notar que en este caso, a diferencia de lo que ocurre con las medidas intrusivas previstas por el Código Procesal Penal, el control de proporcionalidad será posterior y no anterior,

precisamente por el momento en que intervendrá el tribunal, produciéndose un cambio respecto del sistema previsto por el artículo 9 Código Procesal Penal.

En este trabajo se analizarán ambas categorías de exigencias y se sostendrá que ambas deben ser revisadas por el Juez de Garantía al momento de efectuar el análisis de admisibilidad de las pruebas ofrecidas por la parte acusadora. En otras palabras, al revisar la pertinencia y juridicidad de las evidencias, no solamente le corresponderá evaluar la legalidad de las diligencias administrativas, sino también la proporcionalidad de las medidas.

# **I LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN COMO ACTO DE FISCALIZACIÓN A CARGO DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS**

## **1 GENERALIDADES**

No sólo el Código Procesal Penal contiene preceptos que permiten afectar el derecho constitucional al respeto y protección de la vida privada y honra de las personas, y a la inviolabilidad del domicilio con consecuencias en el marco de un proceso penal. Existen Servicio Públicos que en el ejercicio de sus facultades fiscalizadoras pueden ordenar, mediante la dictación de un acto administrativo, la entrada, registro e incautación de especies y documentos.

Esta facultad que poseen los Servicios Público, por cierto, contempla exigencias diversas a las contenidas en el Código Procesal Penal. Por ejemplo, el Servicio de Impuestos Internos conforme a lo dispuesto en el artículo 161 N° 10 del Código Tributario, puede recopilar antecedentes en los casos de infracciones que dicho Código sanciona con multa y pena privativa de libertad, para lo cual el Director puede ordenar la aposición de sello y la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor, todo lo cual debe llevarse a cabo en los lugares en que se encuentren o puedan encontrarse los libros y documentos antes indicados, aun cuando no correspondan al domicilio del presunto infractor. Por otro lado, el funcionario diligenciador, para cumplir con tal medida, podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública, la que será prestada por la sola exhibición de la resolución que lo ordena, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento de ser necesario.

Por su parte, el Servicio Nacional de Aduanas posee análoga facultad en su Ley Orgánica. El artículo 23, prescribe: *“Para el ejercicio de las facultades y cumplimiento de las obligaciones establecidas en ésta o en otras leyes cuya aplicación, fiscalización o control corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales*

*atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente tales facultades.*

*El cumplimiento de las órdenes de entrada y registro o de incautación corresponderá a los funcionarios designados en la respectiva orden, quienes, en caso de encontrar oposición, requerirán el auxilio de la fuerza pública, la que les deberá ser prestada por los funcionarios de la policía.*

*Con todo, la negativa injustificada a exhibir libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos, cuando fueren requeridos formalmente por el Servicio en un acto de fiscalización, constituirá una contravención que será sancionada con multa de hasta una vez el valor de las mercancías objeto de la fiscalización.”.*

Pues bien, como ya se ha anticipado, es respecto de esta última sobre la cual reflexionaremos.

## **2 LA FACULTAD DE FISCALIZACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS**

### **2.1 EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, CONCEPTO Y FUNCIÓN**

El Servicio Nacional de Aduanas es un Servicio Público encargado de vigilar y fiscalizar el paso de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, de intervenir en el tráfico internacional para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros que determinen las leyes y de generar las estadísticas de ese tráfico por las fronteras, sin perjuicio de las demás funciones que le encomienden las leyes, ello conforme lo dispone el artículo 1 del DFL N° 329 de 1979, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, en relación con el artículo 1 de la Ordenanza de Aduanas.



Es un Servicio Público de administración autónoma, con personalidad jurídica, de duración indefinida, que se relaciona con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda.

La principal función del Servicio, según se desprende del concepto dado, es la fiscalización del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que regulan el ingreso o salida de mercancías por las fronteras de nuestro país, cuestión que conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ordenanza de Aduanas, ha llevado a considerar al Servicio como una Institución Fiscalizadora.

La fiscalización forma parte de las actividades de policía con que cuenta la Administración del Estado, esto es, aquellas que implican un control, una intervención en la esfera privada, con el propósito de corroborar la observancia de los requisitos exigidos para ejercer un derecho.

Para cumplir su función fiscalizadora el Servicio Nacional de Aduanas cuenta con lo que se denomina “potestad aduanera”, que es definida en el N° 1 del artículo 2 de la Ordenanza de Aduanas, como: *“el conjunto de atribuciones que tiene el Servicio para controlar el ingreso y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional y para dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan las actuaciones aduaneras. Quedan también sujetas a dicha potestad las personas que pasen por las fronteras, puertos y aeropuertos, y la importación y exportación de los servicios respecto de los cuales la ley disponga intervención de la Aduana.*

*Asimismo, esta potestad se ejerce respecto de las mercancías y personas que ingresen o salgan de zonas de tratamiento aduanero especial.”*

En el ejercicio de la potestad aduanera el Servicio Nacional de Aduanas debe observar el principio de juridicidad, esto es, debe someterse a las facultades que la ley le otorga, lo que emana de los artículos 6 y 7 de la Constitución y del artículo 2 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, que prescribe: *“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido*

*el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”*

La importancia de esta potestad queda de manifiesto en lo que escribe Rodrigo Ríos Álvarez, al señalar; “Aspecto de suma relevancia vinculado con el ejercicio de esta potestad, es lo que dice relación con el detectar potenciales infracciones y/o delitos tipificados en la OA, y que se encuentran asociados a los procesos de ingreso y salida de mercancías de nuestro país.” (2016: p. 41).

Las facultades de fiscalización del Servicio de Aduanas son ejercidas en lo que se denomina zona primaria y zona secundaria, las que son definidas por la Ordenanza de Aduanas, en el artículo 2 N° 5 y 6, de la siguiente manera: Zona Primaria, el espacio de mar o tierra en el cual se efectúan las operaciones materiales marítimas y terrestres de la movilización de las mercancías, el que, para los efectos de su jurisdicción es recinto aduanero y en el cual han de cargarse, descargarse, recibirse o revisarse las mercancías para su introducción o salida del territorio nacional. Corresponderá al Director Nacional de Aduanas fijar y modificar los límites de la zona primaria. Zona secundaria, la parte del territorio y aguas territoriales que le corresponda a cada Aduana en la distribución que de ellos haga el Director Nacional de Aduanas, para los efectos de la competencia y obligaciones de cada una.

## **2.2 FACULTAD FISCALIZADORA EN ZONA PRIMARIA**

Hemos señalado que el Servicio de Aduanas ejerce la potestad aduanera en la zona primaria, toda vez que la aplicación y vigilancia de la reglamentación de la entrada, permanencia, circulación y salida de personas, vehículos, unidades de carga, es de competencia de la autoridad aduanera, sin perjuicio de las atribuciones de otros organismos, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ordenanza de Aduanas.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado artículo 14, se ha dotado al Servicio de Aduanas de una serie de atribuciones, en este sentido el artículo 24 de su Ley

Orgánica, establece: *“Todo empleado de Aduana, dentro de las Zonas Primarias de Jurisdicción y en los perímetros de vigilancia especial en el ejercicio de sus funciones podrá:*

*1.- Adoptar y disponer las medidas que estime convenientes para asegurarse de la exactitud de las operaciones que deba practicar.*

*2.- Examinar y registrar las naves, aeronaves, trenes, vehículos, personas, animales, bultos, cajas, embalajes o cualquier envase en que pueda suponer que haya mercancías introducidas al territorio nacional o que se intente introducir o extraer de él con infracción de la legislación aduanera.*

*3.- Dar alarma a la nave, aeronave, vehículo o persona que vaya en camino y retenerla, para el objeto del número anterior.*

*4.- Hacer detener a quienes aparezcan como presuntos responsables de los delitos de fraude o contrabando, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 131, inciso final, del Código Procesal Penal; recoger en tal caso los efectos del delito, y requerir el auxilio de la fuerza pública para hacerse obedecer en el desempeño de las facultades que le confiere el presente artículo, si encontrare resistencia.*

*Del ejercicio de las facultades anteriores deberá darse cuenta al Director Regional o al Administrador de Aduana, según corresponda”.*

Las facultades que poseen los funcionarios aduaneros dentro de la zona primaria, derivan del ejercicio de la actividad de fiscalización propia del Servicio las que a su turno, pueden ser consecuencia de otras. Por ejemplo, las que señala el artículo 84 de la Ordenanza de Aduanas, como es el examen físico de las mercancías, la revisión documental y el aforo, actividades que se realizan en zona primaria o en recintos puestos, temporal o permanentemente bajo la potestad del Servicio de Aduanas en que sería posible hacer detener al responsable de un delito de contrabando, conforme al numeral 4 del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio.

En este mismo orden de ideas, el artículo 17 de la Ordenanza de Aduanas prescribe: *“Mientras esté dentro de la zona primaria de jurisdicción y sin perjuicio de las*

*atribuciones de las autoridades competentes, todo vehículo, su tripulación, sus pasajeros y sus cargamentos quedarán sometidos a la potestad de la Aduana respectiva, pero ésta sólo responderá por las mercancías una vez revisadas y recibidas definitivamente por ella.*

*La disposición del inciso anterior se aplicará también a las mercancías destinadas a embarcarse, las que quedarán también sometidas a la potestad de dicha Aduana, hasta el momento en que salgan de ella legítimamente autorizadas por ésta.”*

### **2.3 FACULTAD FISCALIZADORA EN ZONA SECUNDARIA**

Las facultades se encuentran consagradas en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica del Servicio. Según el artículo 22 el Director Nacional puede exigir declaraciones respecto de operaciones de interés para el Servicio y solicitar la exhibición de libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos pertinentes a aquellas operaciones. Estas mismas atribuciones tendrán los funcionarios en quienes la máxima autoridad del Servicio delegue especialmente tales facultades.

Por su parte el artículo 23, dispone: *“Para el ejercicio de las facultades y cumplimiento de las obligaciones establecidas en ésta o en otras leyes cuya aplicación, fiscalización o control corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente tales facultades.*

*El cumplimiento de las órdenes de entrada y registro o de incautación corresponderá a los funcionarios designados en la respectiva orden, quienes, en caso de encontrar oposición, requerirán el auxilio de la fuerza pública, la que les deberá ser prestada por los funcionarios de la policía.*

*Con todo, la negativa injustificada a exhibir libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos, cuando fueren requeridos formalmente por el Servicio en un acto*

*de fiscalización, constituirá una contravención que será sancionada con multa de hasta una vez el valor de las mercancías objeto de la fiscalización”.*

Como ya puede advertirse, es esta facultad de fiscalización en zona secundaria la que puede producir efectos en el marco de un proceso penal. En efecto, producto de una entrada y registro es factible que los funcionarios de aduanas descubran la comisión de un ilícito penal, lo que puede generar discusiones de exclusión de prueba por la causal contemplada en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal (prueba ilícita), ya que podría reclamarse de la transgresión del artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución, que consagran el respeto y protección a la vida privada y honra de las personas, y la inviolabilidad del domicilio, que admitiría como excepción en las investigaciones penales, las diligencias contempladas en los artículos 204 y siguientes del Código Procesal Penal y en lo que a nosotros interesa el artículo 205; y argumentarse, por otro lado, la afectación al artículo 83 del texto constitucional, que otorga exclusividad al Ministerio Público en la investigación de los hechos punibles.

Pues bien, aquellos temas son los motivan y abordaremos en el presente trabajo.

### **3 LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN COMO ACTO DE FISCALIZACIÓN**

En lo que respecta a la práctica de la diligencia de entrada, registro e incautación, ella encuentra su consagración en el artículo 23 y 25 de la Ley Orgánica del Servicio, disponiendo el inciso 1° del artículo 23: *“Para el ejercicio de las facultades y cumplimiento de las obligaciones establecidas en ésta o en otras leyes cuya aplicación, fiscalización o control corresponde al Servicio Nacional de Aduanas, el Director Nacional podrá ordenar la entrada, registro e incautaciones en los lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Iguales*

*atribuciones tendrán los funcionarios en quienes el Director Nacional delegue especialmente tales facultades”.*

Lo primero que podemos advertir de la norma transcrita es que la fiscalización debe realizarse en lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran las mercancías a fiscalizar, así como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas. Conforme a ello, dos aspectos resaltamos del precepto. Por un lado, no se puede decretar la entrada y registro de cualquier lugar, sino de aquel en que se encuentren las mercancías o se presuma fundadamente que se encuentren, lo que también acontecerá con los documentos asociados a ellas, por lo que el Servicio de Aduanas deberá tener certeza de aquel; o bien antecedentes que permitan presumir fundadamente que se encuentren en el lugar en que se practicará la fiscalización, lo que resulta razonable.

Por otro lado, queda de manifiesto que el objeto de la fiscalización, esto es, lo que se fiscaliza, son mercancías y documentos asociados a las mismas los que podrán ser requeridos por los funcionarios que practiquen la diligencia.

Por su parte, el inciso 2° del precepto en estudio indica que personas son las encargadas de practicar la diligencia, y son justamente los que la propia resolución indique, los que deberán ser funcionario del Servicio, que sólo en caso de encontrar oposición están facultados para requerir el auxilio de la fuerza pública, la que les deberá ser prestada por los funcionarios de la policía.

La norma establece una sanción para quienes se nieguen, de manera injustificada, a exhibir los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos, una vez requeridos por el Servicio en un acto de fiscalización, consistente en una multa de hasta una vez el valor de las mercancías objeto de la fiscalización. Esto permite sostener que ante la negativa “justificada” a la entrada y registro no podrá cursarse multa alguna, ya que para dicho evento, los funcionarios aduaneros deberán requerir el auxilio de la fuerza pública. A modo de ejemplificar lo anterior, funcionarios de la Administración de Aduanas de Chañaral, concurren al almacén particular ubicado en calle Chacabuco N° 780, Copiapó, lugar en que la empresa OYL fue autorizada a depositar mercancías, ello con el fin de

efectuar una fiscalización. Al llegar al lugar son atendidos por el administrador de la empresa OYL a quien se le solicita exhibir los documentos asociados a las mercancías, expresando el administrador que no los exhibirá, sin justificación alguna. En este caso ha de aplicarse la sanción que contempla el precepto en estudio, sin perjuicio de requerir el auxilio de la fuerza pública para incautar los documentos. Con todo, si el administrador justificara la imposibilidad de hacer entrega de los documentos, como la ocurrencia de un incendio que los hubiera destruido o que se encuentran en poder de alguna autoridad administrativa como el Servicio de Impuestos Internos, no podrá hacerse efectiva la sanción.

El artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio prescribe: *“Para el cumplimiento de las facultades a que se refiere el presente párrafo, los empleados deberán dar a conocer su investidura oficial, exhibiendo, además, la competente orden, cuando dichas facultades se ejerzan fuera de las zonas primarias de competencia o de los perímetros de vigilancia especial.*

*Siempre que dichas facultades se ejerzan en los lugares de competencia de la autoridad marítima o aeronáutica, deberá darse aviso a éstas y, en todo caso, solicitarse su intervención si se trata de la retención de una nave o aeronave, salvo que, con motivo de la persecución de un contrabando o fraude, la urgencia de las circunstancias lo impida, en cuyo caso se dará cuenta a dichas autoridades por el medio más rápido de la acción iniciada.”.*

Conforme lo indica la norma antes transcrita, los funcionarios de aduanas al momento de practicar la entrada y registro deberán dar a conocer su investidura oficial debiendo además, exhibir la resolución que ordena la práctica de la diligencia, agregando el inciso final, la obligación de dar aviso a la autoridad marítima o aeronáutica, cuando la fiscalización se realice en lugares de su competencia y de solicitarles su intervención en la incautación de naves y aeronaves, salvo cuando las circunstancias lo impiden y se esté frente a la persecución de un delito de contrabando o fraude, caso en el cual se dará cuenta a las autoridades mencionadas por el medio más rápido de la incautación iniciada.

Del análisis de los preceptos que regulan la facultad (artículos 23 y 25 de la Ley Orgánica del Servicio) podemos sostener que ella tiene como fundamento la labor de fiscalización propia del Servicio y velar por el cumplimiento de las obligaciones que establece la ley. Por ejemplo, en el caso del almacén particular a que se refiere el artículo 109 y siguientes de la Ordenanza de Aduanas. Este instituto consiste en la facultad que tiene el Director Nacional de Aduanas para habilitar por un plazo de hasta noventa días, determinados recintos o locales particulares para efectos de depositar en ellos las mercancías, sin que sea necesario que se paguen, previamente, los derechos e impuestos asociados a su importación. Las mercancías que son depositadas en estos recintos o locales quedan sujetos a la autoridad y vigilancia del Servicio hasta el momento en que sean legalmente retiradas, además, las personas que se les permite hacer uso del almacén particular, responden ante el Servicio de los derechos y otros recargos que afectan a las mercancías por pérdidas o daños. Por otro lado, conforme se desprende del artículo 181 letra f) de la Ordenanza de Aduanas, en lo pertinente, pesa sobre el beneficiario del almacén particular la prohibición de vender, disponer o ceder a cualquier título y consumir o utilizar de manera industrial o comercial las mercancías objeto del almacén sin que previamente se hayan pagado los derechos, impuestos y otros gravámenes que le sean aplicables.

En este caso resulta plausible que en el ejercicio de su rol fiscalizador, funcionarios del Servicio de Aduanas concurren al almacén particular y efectúen la entrada y registro al mismo, con el fin de constatar que las mercancías ingresadas se encuentren en aquel lugar y no hayan sido ingresadas irregularmente al país, ya que, el almacén particular no constituye una importación por lo que si se ha dispuesto de las mercancías, por ejemplo vendiéndolas a un tercero antes de su legal importación al país, podría configurarse el delito de contrabando del artículo 168 inciso 3° de la Ordenanza de Aduanas en relación con el artículo 181 letra f) del mismo texto legal.

Así las cosas, estimamos que el Servicio de Aduanas debe contar con facultades para efectuar fiscalizaciones en la zona secundaria, ya que es posible que tratándose del ingreso al país de mercancías que no constituyen importación, como es el caso del almacén particular a que hemos aludido, se vulneren las normas legales y reglamentarias de ingreso



de mercancías al suelo patrio. En efecto, como ya lo hemos expresado es posible que en un almacén particular, se disponga de las mercancías sin pagarse previamente, los derechos, impuestos y demás gravámenes asociados a su importación, causando un perjuicio a la hacienda pública, idéntica situación acontecería en el caso de la admisión temporal a que se refiere el artículo 107 de la Ordenanza de Aduanas o la admisión temporal para perfeccionamiento de activos, contemplada en el artículo 108 del mismo texto legal.

Como expresa Rodrigo González (2013: p. 204) *“La función de fiscalización es consustancial a la existencia de las Aduanas a nivel mundial e implica controlar y verificar la legalidad del ingreso y salida de mercancías del país...”*

De esta manera se resguarda el interés fiscal al dotar al Servicio de Aduanas de la facultad de poder efectuar la entrada, registro e incautación, para corroborar que el ingreso de mercancías se haga en conformidad a las normas vigentes y especialmente, en lo referido a la recaudación de tributos por parte del Estado como consecuencia de las operaciones aduaneras.

Si bien, como consecuencia de esta actividad fiscalizadora es posible quede al descubierto un hecho que revista caracteres de delito, conforme se expusiera en los párrafos precedentes, ella no puede constituir un acto de investigación criminal, labor que se encuentra radicada, de manera exclusiva, en el Ministerio Público, debiendo abstenerse, el funcionario fiscalizador, de realizar cualquier otra actividad al quedar al descubierto dicho hecho, a fin de no invadir, por un lado, las funciones del ente persecutor; y por otra, la de obtenerse fuentes de prueba con infracción de garantías constitucionales, toda vez que el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio supone una actividad de fiscalización aduanera, actividad de carácter administrativo y no una etapa de recolección de fuentes de prueba ante la ocurrencia de un hecho que revista caracteres de delito.

## **II REQUISITOS DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS**

### **1 ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA LA ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN**

El acto por el cual ha de disponerse la entrada, registro e incautación, reviste la forma de un acto administrativo, particularmente de una resolución administrativa.

El acto administrativo es definido por el artículo 3 inciso 2° de la Ley N° 19.880.- sobre Procedimientos Administrativos, y consiste en las decisiones formales que contienen declaraciones de voluntad emitidas por los órganos de la administración en el ejercicio de una potestad. Conforme lo indica el inciso 3° del mismo artículo, los actos administrativos pueden revestir la forma de decretos supremos o resoluciones.

Conforme a la ley N° 19.880.- podemos señalar que la resolución es la orden escrita que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

La resolución que se dicte, no solo debe cumplir con las exigencias que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas, sino que las señaladas en la Ley N° 19.880.- sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, tales como: la escrituración, el carácter decisorio, ejercicio de una potestad pública, entre otras. Especialmente deberá cumplirse con lo dispuesto en el inciso final del artículo 11, que consagra el deber de motivación del acto, al prescribir: *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”*

La resolución que ordena la entrada, registro e incautación, es un acto que afecta derechos de particulares, específicamente, el respeto y protección de la vida privada y honra de las personas, y la inviolabilidad del domicilio, consagrados en los N° 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución, por lo que la debida motivación del acto evitará que estemos en presencia de una actuación arbitraria e ilegal de la Administración.

Según expresa Saldivia Saa (2017), la motivación del acto encuentra reconocimiento en el artículo 8 inciso 2° de la Constitución, como también en órganos de justicia internacional. A este respecto señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho aplicable el artículo 8 de la Convención a los procedimientos administrativos, el que contemplaría el deber de motivación del acto. La Contraloría General de la República citando al efecto, entre otros, el Dictamen N° 28.260, de fecha 16 de junio de 2006, que en lo pertinente, señala: “... *el ejercicio de potestades discrecionales como la analizada, tiene que ser suficientemente motivado y fundamentado, a fin de asegurar que las actuaciones de la Administración sean concordantes con el objetivo considerado por la normativa pertinente al otorgarlas, debiendo estar desprovistas de toda arbitrariedad, de manera que no signifiquen, en definitiva, una desviación de poder.*”; y los tribunales superiores de justicia de nuestro país, citando, entre otros, el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción dictado en causa Rol N° 780-2014, sobre acción de protección, cuyo considerando 19, expresa: “*Que entre los elementos del acto administrativo o requisitos básicos para su legitimidad, se encuentra, entre otros, la existencia de motivación, que dice relación con las circunstancias de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo y que se expresan formalmente en su texto.*”

*La motivación presenta dos variantes específicas: motivación de hecho y motivación de derecho.*” Luego el considerando 23 señala: “*Que corresponde analizar cuáles son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la dictación del Dictamen en referencia, esto es, la motivación de hecho de ese acto administrativo.*”

*En dicho Dictamen no se mencionan hechos, actos, conductas ni antecedentes concretos, específicos y ciertos que permitan acreditar “injustificado el reposo prescrito” sosteniendo en términos vagos y muy generales que “no se acreditó incapacidad laboral temporal durante las licencias reclamadas”.*

*En el informe de rigor y no en la Resolución sí se detallan circunstancias materiales y fácticas que justifican la emisión del Dictamen cuestionado.*

*Las facultades legales de la recurrida, hace exigible, de una adecuada y suficiente fundamentación de sus decisiones, en el momento de expedirlas y no con*

*posterioridad cuando el organismo se defiende de los recursos intentados en su contra.”.* Hacemos presente que en el caso en cuestión se acogió la acción de protección deducida contra una resolución de la Superintendencia de Seguridad Social de la Región del Bío Bío, la que había confirmado una resolución de la COMPIN, que consideraba injustificado el reposo prescrito y en consecuencia no se acreditó incapacidad laboral temporal durante el periodo de la licencia dejando sin pago ocho de ellas que se encontraban en la Superintendencia y cinco en la COMPIN. Este fallo fue confirmado por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 19 de junio de 2014 en causa Rol N° 11.709-2014.

Por otro lado, esta misma exigencia, conforme se señalará más adelante, permitirá al Juez de Garantía ponderar la intensidad de la afectación del derecho y si ella es pertinente o no, teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto y especialmente las circunstancias de hecho que motivaron a la autoridad aduanera a dictar el acto administrativo, cuestión que el Juez de Garantía debe tener en consideración para efectuar el test de proporcionalidad y determinar si la afectación del derecho ha sido justificado o no, evitando así el abuso en el ejercicio de las facultades por parte de los órganos públicos respecto de los derechos de las personas, en palabras de Roxin (2006: p. 12) *“a través de la jurisprudencia del BVerfG acerca del principio de proporcionalidad, que ha aumentado la eficacia de los derechos fundamentales en el caso individual con un alcance nunca conocido hasta ahora (por cierto, a costo de la seguridad jurídica), fueron reducidas las facultades de intervención generales del Estado a la medida indispensable, según las circunstancias concretas del caso correspondiente.”.* Pertinente resulta en este momento recordar lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional de la República del Perú, en sentencia dictada en expediente N° 17 del año 2003-AI de 16 de marzo de 2004 cuyo párrafo 63, en lo pertinente, señala: *“... bajo un estado de normalidad o anormalidad constitucionales, la intervención estatal sobre cualesquiera de los derechos fundamentales y, en su caso, sobre los órganos constitucionales autónomos, no sólo ha de tener que encontrarse necesariamente acorde con esas garantías, derechos y principios constitucionales que los rigen, sino también sujetas a su inexorable conformidad con el test de razonabilidad y proporcionalidad.”*

## **2 AUTORIDAD QUE DICTA EL ACTO**

Conforme al tenor del artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio, el Director Nacional de Aduanas puede delegar la facultad de ordenar la entrada, registro e incautación, a otros funcionarios. Mediante Resolución N° 4689 de fecha 11 de septiembre de 2006, la máxima autoridad del Servicio delegó la facultad de ordenar la entrada, registro e incautación, en los lugares en que se encuentren o se presume fundadamente que se encuentren las mercancías a fiscalizar y los documentos asociados a ellas, en los Subdirectores de las Subdirecciones Jurídica y de Fiscalización de la Dirección Nacional, en los Directores Regionales y Administradores de Aduanas, quienes deben designar al personal de su dependencia que practicarán dicha orden. Finalmente, exige que la orden de entrada y registro contenga al menos, la identificación de los funcionarios designados para su cumplimiento: la individualización de las personas naturales o jurídicas y la naturaleza de las operaciones investigadas.

## **3 FACULTAD DE DESCERRAJAMIENTO**

¿Cuenta el Servicio con la facultad de descerrajar, cuando se encuentra en labores de fiscalización en zona secundaria? Respuesta a esta interrogante ha dado el Servicio de Aduanas estimando que la entrada, registro e incautación no se conciben sin la posibilidad de descerrajar e incluso se sostiene que ella procede aun cuando las bodegas o recintos se encuentren sin guardadores. Lo anterior ha sido plasmado en el Informe N° 04 de fecha 29 de diciembre de 2016, suscrito por el Subdirector Jurídico (T y P) del Servicio Nacional de Aduanas, el que se encuentra disponible en la página web del Servicio, en cuyo considerando 6. se lee: “... pero si la de “entrada, registro e incautaciones”, todas las cuales, en concepto de esta Subdirección, no se conciben si no se cuenta con la posibilidad de descerrajar la bodega o recinto donde se encuentran las mercancías o documentación atinente a la mercancía que se fiscaliza. Más aún, en nuestra opinión, no obsta al

*ejercicio de dicha facultad, descerrajar, la circunstancia que la bodega o recinto se encuentre sin guardadores o administradores.” Para luego señalar: “Por las consideraciones expuestas, solo cabe concluir que el ejercicio de las prerrogativas dispuestas en el del inciso 2º, del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas, presupone la de descerrajar las bodegas o recintos ubicados en zona secundaria, en donde se encuentran o se presume fundadamente que se encuentran las mercancías objeto de fiscalización y la documentación y antecedentes concernientes a las mismas, no obstante al ejercicio de dicha facultad la circunstancia que la bodega o recinto se encuentre sin guardadores o administradores. En caso de encontrarse oposición, la aduana podrá recurrir al auxilio de la fuerza pública.”.*

No obstante lo dispuesto en el Informe Jurídico antes mencionado creemos que el Servicio de Aduanas no cuenta con la posibilidad de descerrajar, toda vez que el legislador no le reconoce aquella facultad, a diferencia de lo que ocurre con la recopilación de antecedentes con que cuenta el Servicio de Impuestos Internos, respecto de quien, el artículo 161 N° 10 del Código Tributario, la reconoce expresamente. Es más, sostener que la facultad de descerrajar se encuentra contenida en la de entrar, registrar e incautar, pese a no poseerla el Servicio Aduanas, podría constituir una inobservancia al principio de legalidad consagrado en el artículo 7 de la Constitución y conforme al cual los órganos del Estado solo pueden actuar dentro de su competencia y en la forma que establece la ley.

Si hacemos el ejercicio de comparar la facultad de fiscalización en estudio con el Código Procesal Penal, podremos encontrar su símil en el artículo 205, en aquella parte referida a la entrada y registro voluntaria. Conforme sostenemos el Servicio de Aduanas puede practicar la entrada, registro e incautación siempre y cuando sea consentida por el administrador, cuidador, guardador de la bodega o recinto a fiscalizar, tal como lo contempla el artículo 205 del Código Procesal Penal, ahora bien en caso de oposición a la entrada y registro que practica el Servicio de Aduanas no podría descerrajarse, sino que deberá requerir el auxilio de la fuerza pública para lograr el cometido, en tanto para el caso del artículo 205, se solicitará autorización judicial, cuestión que tiene toda lógica al tratarse de una diligencias de investigación en el marco del proceso penal, en tanto la primera es una actividad de fiscalización de la administración.

### **III OBTENCIÓN DE ANTECEDENTES PROBATORIOS CON OCASIÓN DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN ORDENADA POR EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS**

Es posible que en el marco de la actividad fiscalizadora del Servicio de Aduanas, particularmente de una entrada, registro e incautación, se detecte la ocurrencia de un hecho que reviste caracteres de delito, cuestión que nos obliga a consultarnos ¿cuál ha de ser la actitud que deberá adoptar el funcionario diligenciador?, ¿Qué acontece con la fiscalización que se realiza?, ¿Qué ocurre con los documentos, especies, instrumentos, etc., recopilados? En nuestra opinión, para efectos de dar respuesta a estas interrogantes debemos distinguir, ya que tratándose de aquellos casos en que quede al descubierto algunos de los delitos contemplados en la parte especial del Código Penal u otras leyes especiales, corresponderá que el funcionario aduanero efectúe la denuncia al Ministerio Público o la policía, tan pronto lo detecte, cumpliendo con la obligación que le impone el artículo 175 letra b) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 61 letra k) del Estatuto Administrativo, sin perjuicio de poder continuar con la actividad de fiscalización aduanera, la que sólo podrá ser interrumpida por el fiscal a efectos de resguardar el sitio del suceso o bien, por la policía conforme a lo dispuesto en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal, ello por cuanto la actividad de fiscalización no está referida a los hechos descubiertos, a modo de ejemplo, el funcionario fiscalizador al ingresar a un domicilio descubre la comisión de un delito de lesiones, la actividad que desarrolla no podría verse afectada ya que está referida a ciertas operaciones aduaneras de interés para el Servicio, sin perjuicio de denunciar los hechos a los organismos correspondientes.

Proponemos esta solución para los delitos en general – excluyendo los delitos aduaneros – por que la actividad de fiscalización del Servicio no afectará las diligencias de investigación tendientes a recolectar fuentes de prueba por parte del Ministerio Público, en efecto, si existe un delito de lesiones, amenazas, violación, etc., la entrada, registro e incautación de mercancías y documentos asociados a ellas, en nada se entrometerá en las facultades de investigación del persecutor, ya que la actividad de fiscalización es netamente administrativa, a menos que se trate de un sitio del suceso que debe ser resguardado, caso

en el cual deberá postergarse la fiscalización hasta una vez que las diligencias de investigación criminal hayan cesado.

Si quedase al descubierto alguno de los delitos aduaneros a que se refieren los artículos 168, 179 y 181, todos de la Ordenanza de Aduanas, producto de la entrada, registro e incautación de documentos, deberá abstenerse de seguir adelante con el proceso de fiscalización y poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público o las policías, ya que de continuar con la labor fiscalizadora podría estar invadiendo funciones propias del Ministerio Público, esto es, la investigación exclusiva de los hechos constitutivos de delito, además de realizarse una investigación sin garantías y producto de la cual se podrán recopilarán fuentes de prueba.

En nuestro concepto ahí se encontraría el límite existente entre la actividad fiscalizadora y la investigación de hechos que pudieren revestir caracteres de delito, dándose cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución en relación con el artículo 83 del mismo texto que otorga exclusividad en la investigación de los hechos constitutivos de delito al Ministerio Público, no existiendo intromisión en las funciones de este por parte del Servicio de Aduanas.

En este mismo sentido, respecto al límite o separación de las facultades de investigación criminal y las administrativas de fiscalización y control propias de la Administración del Estado, opinan autores como Ríos Álvarez y González Holmes, quienes estiman que ella estaría contenida en el considerando 34° del fallo dictado con fecha 30 de abril de 2002, en Rol N° 349 por el Tribunal Constitucional. Concluyen estos autores, que los procedimientos de fiscalización administrativos ceden en favor de las atribuciones del Ministerio Público, cuando aparezcan hechos que revistan caracteres de delito. (2014: p. 39).

Al respecto, el mencionado considerando 34°, se pronuncia sobre la constitucionalidad del N° 10 del artículo 161 del Código Tributario, que como hemos expresado, es la análoga facultad con que cuenta el Servicio de Impuestos Internos, expresando que la recopilación de antecedentes no constituye ni importa una investigación criminal y si en el transcurso de dicha recopilación se verifica, por parte del Servicio, que



existen motivos para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, deberá abstenerse de continuar dicha actuación.

En nuestra opinión, lo mismo acontece en el caso del Servicio de Aduanas, quienes deben poner término a la actividad de fiscalización, a la revisión, incautación de documentos, objetos o instrumentos, tan pronto quede al descubierto un hecho que revista caracteres de delito.

Con todo, consignamos que para autores como Rodríguez Collao y Ossandón Widow, aludiendo al artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas, señalan que: “Esta disposición permite que en una investigación de carácter administrativo funcionarios de Aduanas realicen diligencias abiertamente intrusivas, sin que sea necesario que para ello deban obtener previamente alguna autorización judicial” (2010: p. 274), estimando que, producto de la diligencia sólo podrán imponerse sanciones administrativas ante la presencia de una contravención aduanera, pero, tratándose de la posibilidad de la aplicación de una pena, debemos ser respetuosos de las garantías, ya que si los antecedentes recopilados en la práctica de la diligencia, se utilizaren como prueba de cargo, se vulneraría el artículo 9 del Código Procesal Penal y en consecuencia, la fuentes prueba deberían ser excluidas conforme al artículo 276 del mismo texto normativo.

Para Van Weezel, la actividad de fiscalización constituiría una investigación sin garantías con el propósito de determinar si existen antecedentes para iniciar un proceso criminal, sustentando en la investigación previa realizada por el Servicio. (2016: p. 158).

Para graficar nuestra posición volveremos a utilizar un ejemplo asociado al almacén particular, se ingresan al país 500 rodamientos bajo régimen de almacén particular autorizándose como lugar de almacenamiento el ubicado en calle Guillermo Gotschalk N° 3, Placilla, Valparaíso. Conforme ya lo hemos expuesto, habiéndose acogido al régimen de almacén particular, no puede disponerse de las mercancías, en este caso rodamientos en tanto no se entere en arcas fiscales los derechos, impuestos y otros gravámenes que les afecten. A fin de fiscalizar las mercancías, especialmente a fin de constatar que no se haya dispuesto de las mismas durante el periodo de vigencia del almacén particular, funcionarios fiscalizadores del Servicio Nacional de Aduanas concurren al almacén ubicado en calle

Guillermo Gotschalk N° 3, Placilla, Valparaíso, habiendo constatado, previamente, que los derechos, impuestos y otros gravámenes que afectan a las mercancías se encuentran impagos, al llegar al lugar se percatan que de los 500 rodamientos sólo hay 300 y que los restantes 200 fueron vendidos a un tercero. Ante tal situación deberán, los funcionarios fiscalizadores, requerir los documentos asociados a las mercancías, corroborar que efectivamente no se han pagados los tributos y que no se encuentran en el lugar de almacenamiento, tras lo cual, debe abstenerse de realizar cualquier actividad fiscalizadora, ya que, *prima facie*, los hechos revisten carácter de delito aduanero del artículo 168 inciso 3° en relación con el artículo 181 letra f), ambos de la Ordenanza de Aduanas, debiendo poner los hechos en conocimiento del ente de persecución penal.

Es posible que atendida la facultad fiscalizadora con que cuenta el Servicio de Aduanas y que es objeto de nuestro estudio, las policías o terceros pongan en su conocimiento algunos hechos asociados a mercancías y que podrían constituir delito, pensemos, a modo de ejemplo, que se le informa que en un determinado domicilio se encuentra una máquina que no pasó por los procesos de importación establecidos legalmente o el caso de existir, en un domicilio, cigarrillos cuya comercialización en Chile se encuentra prohibida, conforme a las normas dictadas por el Ministerio de Salud que autorizan la comercialización de los productos de tabaco. Creemos que si la información recepcionada por el Servicio de Aduanas tiene fundamentos concretos de que efectivamente en el lugar que le es indicado se encuentran aquellas mercancías o se presume fundadamente que se encuentran en aquel lugar puede ejercer la facultad de entrada, registro e incautación, caso en el cual, de no encontrar documentos aduaneros que justifiquen la importación de dichas mercancías extranjeras – máquina o cigarrillos - deberá abstenerse de seguir adelante con el procedimiento administrativo y deberán ponerse los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público o la policía, a fin de que proceda, a modo de ejemplo, a la incautación que fuere procedente, sin perjuicio de que luego el Servicio de Aduanas ejerza la acción penal atendido que el delito de contrabando es de acción pública previa instancia particular conforme lo dispone el artículo 189 de la Ordenanza de Aduanas.

De esta manera se respetan las normas contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución que consagran el respeto y protección a la vida privada y honra de las

personas como la inviolabilidad del domicilio ya que la resolución que se dictará por el Servicio de Aduanas será motivada, en los términos que exige el artículo 11 de la Ley N° 19.880.- a que hemos referidos en los acápites precedentes y no existirá intromisión en las funciones del ente persecutor.

Ahora bien, podemos preguntarnos ¿qué ocurre si el funcionario de aduanas no se abstiene de seguir con la fiscalización ante la detección de un delito aduanero y se ocupa de seguir recolectando antecedentes? Creemos que en ese escenario se habrán obtenido fuentes de prueba con infracción de garantías constitucionales, en efecto, como ya hemos expresado, la facultad que reconoce el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio supone una actividad de fiscalización aduanera y no una etapa de recolección de fuentes de prueba de un eventual delito de contrabando, por lo que, ya desde la audiencia de control de la detención podrá alegarse la ilegalidad de esa entrada, registro e incautación por haberse excedido la actividad de fiscalización, transformándose, una actividad administrativa en diligencias de una investigación penal.

Luego, en la audiencia de preparación de juicio oral podrá solicitarse la exclusión de prueba conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, por haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales pudiendo argumentarse la transgresión del artículo 9 del mismo texto legal, las normas constitucionales de protección de la vida privada y honra de las personas, y a la inviolabilidad del domicilio, el artículo 83 de la Constitución; y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Así las cosas, resulta de importancia la determinación del límite de las facultades fiscalizadoras administrativas de aquellas actividades que son propia de la investigación criminal, como la información que es recopilada en una y otra, ya que podrían invadirse, por parte de la administración, funciones propias del persecutor. Lo anterior no es baladí, toda vez que la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 82.509-2016, al declarar inadmisibles un recurso de nulidad fundado en la causa del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, al estimar el recurrente que se habían transgredido la garantía del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio, ya que la orden de entrada y registro dictada por la autoridad aduanera no cumplía con la exigencia de fundamentación, considera que el

quebrantamiento debe verificarse durante la tramitación del procedimiento, lo que no acontece en el caso puesto en su conocimiento, es decir, estima que existe una diferencia, un límite que separa la actividad de fiscalización propia del Servicio y las propias del procedimiento penal, coligiéndose que las primeras son anteriores al nacimiento de las segundas.

Finalmente, es posible encontrar sustento jurisprudencial a la distinción y delimitación entre las facultades fiscalizadoras administrativas de aquellas propias de la investigación penal en el fallo dictado por el Tribunal Constitucional en Rol N° 349 de fecha 30 de abril de 2002, al que ya se ha aludido, que, en lo pertinente, señala: “... *si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación;*”.

#### **IV CONTROL JURISDICCIONAL DE LA JURIDICIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN ORDENADA POR EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, Y DE LA LEGITIMIDAD DE LOS ANTECEDENTES PROBATORIOS OBTENIDOS**

En este capítulo analizaremos los diversos controles jurisdiccionales a que podemos someter la diligencia de entrada, registro e incautación que posee el Servicio Nacional de Aduanas, tanto ante el Tribunal Constitucional como los diversos tribunales con competencia en materia criminal; y los aspectos a que puede referirse aquel control.

## **1 CONSTITUCIONALIDAD DE LA DILIGENCIA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN ORDENADA POR EL SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS**

Un primer punto a analizar y que ya hemos esbozado en los capítulos precedentes, es la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas ya que, de su lectura, pareciera existir una colisión entre los principios inspiradores del sistema procesal penal con la facultad en estudio, especialmente con el principio de oficialidad del proceso penal que consagra el artículo 83 de la Constitución, por lo que un primer control lo constituye aquel que puede ser realizado por el Tribunal Constitucional conociendo de un acción de inaplicabilidad por inconstitucional, por ser el precepto en estudio contrario a la Carta fundamental.

Creemos pertinente recordar que la actual redacción del artículo 23 de la Ley Orgánica de Aduanas se debe a las leyes adecuadoras del sistema procesal penal acusatorio, específicamente al artículo 47 de la Ley N° 19.806.-, dicha disposición no fue sometida a control de constitucionalidad, por lo que no existe un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional al respecto, sin embargo, si lo hace en relación al N° 10 del artículo 161 del Código Tributario, el que consta en sentencia dictada con fecha 30 de abril de 2002, en Rol N° 349, cuyo considerando 34°, aprueba la modificación al N° 10 del artículo 161 del Código Tributario siguiendo el principio de interpretación de conformidad a la Constitución, entendiendo que la recopilación de antecedentes no importa ni puede constituir una investigación de las señaladas en el artículo 80 A (actual artículo 83) de la Constitución, por lo que, si en la recopilación de antecedentes el Servicio verifica la existencia de motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación.

En relación al artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas es posible encontrar un fallo del Tribunal Constitucional, que si bien declara inadmisibile el recurso de

inaplicabilidad por inconstitucional, tiene algunos puntos de interés a los que nos referiremos a continuación:

**a Fallo dictado en causa ROL N° 2142-11-INA, de fecha 24 de enero de 2012**

En la especie se solicitó a la magistratura constitucional la declaración de inaplicabilidad por inconstitucional de los artículos 4 N° 7 y 23 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas y los artículos 136, 137 y 138 de la Ordenanza de Aduanas, ello en el marco de la causa RIT N° 10.353-2010, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

El Tribunal Constitucional en el considerando 6° expresa el contenido de las normas impugnadas, señalando que se refieren a la facultad del Director Nacional del Servicio de Aduanas para interpretar las normas legales y reglamentarias, la facultad de ordenar la entrada, registro e incautación, la de declarar de propiedad del Estado, para el solo efecto de su enajenación, las mercancías incautadas en el marco de procesos por fraude o contrabando y las de rematar dichas mercancías, estableciendo una subrogación real y legal sobre el producto de la misma.

Siendo de especial relevancia para la resolución del asunto los considerandos que se enumeran como 8 y 10 (ello por un error en la redacción de la resolución, ya que corresponderían al 8 y 9), que en resumen señalan: que las disposiciones se refieren a atribuciones y facultades de carácter administrativo con que cuenta el Servicio de Aduanas, las que son ejercidas fuera del proceso en que incide el requerimiento y a actuaciones previas al inicio del proceso, las que se encuentran agotadas. Estima, además, que la acción deducida no cumple con la exigencia constitucional conforme a la cual la aplicación del precepto impugnado debe resultar decisiva, concurriendo también la causal de inadmisibilidad del artículo 84 N° 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Cabe hacer presente que según consigna el considerando 7° del fallo en la causa penal se encontraba pendiente la formalización de la investigación por el delito de contrabando. Finalmente se declara inadmisibile el recurso deducido.

No obstante la declaración de inadmisibilidada efectuada podemos sostener que los sentenciadores estiman que las normas reprochadas se refieren a facultades de carácter administrativo que posee el Servicio de Aduanas, las que se ejercen fuera del proceso en que incide el requerimiento y que se encuentra agotado, es decir, estiman que se trataría de facultades ajenas, previas al proceso penal.

El fallo considera constitucional el precepto y estima que la actividad de fiscalización se encuentra fuera del proceso penal sin considerar los efectos que ella puede tener en este, no dando chance alguna a que, por ejemplo, el Juez de Garantía pueda analizar el proceso de entrada, registro e incautación, efectuado por la administración y que sí podría tener consecuencia en el proceso penal, según hemos expresado en los acápite precedentes.

Sin embargo, encontramos dos fallos del órgano de justicia constitucional, referidos a la facultad que el Servicio de Impuestos Internos posee, a la luz del N° 10 del artículo 161 del Código Tributario, que nos serán de ayuda.

**b Fallo dictado en causas ROLES N° 1246-08-INA y 1388-09-INA, de fecha 01 de diciembre de 2009**

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de conocer de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, el que si bien, fue rechazado, resulta de interés para nuestro estudio.

En lo que respecta al conflicto de constitucionalidad de la causa Rol N° 1388-09, y en lo que a nosotros interesa, fue con relación al artículo 83 de la Constitución ya que el Servicio de Impuestos Internos, a juicio de los requirentes, habría efectuado actuaciones y

diligencias que importaron una investigación en el sentido de la norma constitucional, lo que habría implicado una aplicación inconstitucional de la norma impugnada.

Se consigna además que el artículo 161 N° 10 del Código Tributario vulneraría los artículos 1, 6 y 7 en relación con los artículos 5 y 19 N° 2 de la Constitución ya que las facultades que se otorgan al Servicio de Impuestos Internos no son controlables en sede judicial. Se vulneraría la igualdad ante la ley, ya que no sería posible que un imputado en un proceso penal goce de las garantías y derechos consagrados en la Constitución. Por otro lado, sería contraria a la garantía de una investigación y procedimiento racionales y justos; la garantía a no ser juzgado por comisiones especiales; y el Servicio ejercería jurisdicción en sentido amplio, transgrediéndose el artículo 19 N° 3 inciso 4° y 5° de la Ley Fundamental.

Se vulneraría el principio de inocencia ya que la norma tributaria se refieren al infractor como imputado; además, estima el requirente, que a partir del procedimiento de recopilación de antecedentes se podrían obtener presunciones que permitirían ordenar medidas que implican afectar derechos fundamentales lo que vulneraría el artículo 83 de la Constitución ya que sólo al Ministerio Público le corresponde la investigación de los hechos delictivos.

Junto con lo anterior, se vulneraría el N° 4 y 5 del artículo 19 de la Carta Magna ya que el Servicio ejerce su facultad no sólo en el domicilio del contribuyente sino que de un tercero. Estima, por otro lado, que al instruirse un allanamiento y/o incautación con fuerza pública, por la sola orden del Director Nacional del Servicio, se ha arrogado facultades de los tribunales de justicia transgrediéndose los artículos 19 N° 3 incisos 4° y 5°, 38 inciso 2° y 76 de Código Político, ya que las facultades que se le otorgan al Servicio sólo pueden operar como en el ejercicio de actividades de fiscalización.

Finalmente, se argumentó que había una afectación a la esencia de todos los derechos indicados, lo que sólo fue alegado en el recurso Rol N° 1246.

El órgano de jurisdicción constitucional, en el considerando Decimoquinto del fallo, estimó que las facultades del Servicio ya fueron ejercidas y fundaron las querellas que dedujo y que tramita el 9° Juzgado de Garantía de Santiago conforme a las normas



procesales penales vigentes, conforme a las cuales el Ministerio Público dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito.

Como podemos apreciar, el fallo sigue el criterio consignado en la sentencia dictada en ROL N° 2142-11-INA y que analizamos en la letra precedente, esto es, que estamos en presencia de facultades ya ejercidas, sin embargo, el considerando Decimosexto, expresa que cualquier vulneración de los derechos de los querellados como consecuencia de la investigación que desarrolla el Ministerio Público ha de ser impedida por el Juez de Garantía de conformidad con el artículo 10 del Código Procesal Penal.

Lo más significativo del fallo en estudio es que deja abierta la posibilidad a que el Juez de Garantía pueda excluir pruebas recopiladas en el ejercicio de las facultades de fiscalización por el Servicio de Impuestos Internos al señalar que si el Juez de Garantía estima que en la recopilación de antecedentes el Servicio de Impuestos Internos ha vulnerado derechos fundamentales de los imputados, podría llegar a excluir del juicio oral los antecedentes recopilados en forma ilícita.

En este sentido la sentencia reconoce que aun cuando la actividad de fiscalización es previa a la gestión pendiente, al proceso penal, es posible que el Juez de Garantía excluya las fuentes de pruebas recopiladas de manera ilícita en aquella instancia.

La sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic y Mario Fernández, quienes estimaron que el Juez de Garantía sólo podría excluir las pruebas obtenidas en el ejercicio de la facultad del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, mediante la declaración de inaplicabilidad de los preceptos impugnados, de lo contrario no podría excluirlas, ya que se trataría de pruebas obtenidas por una autoridad facultada legalmente, amparada por la presunción de constitucionalidad.

**c Sentencia dictada en causa ROL N° 1406-09-INA, de fecha 31 de diciembre de 2009**

Este segundo fallo tiene su origen en una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 34 y 161 N° 10 del Código Tributario, presentado al Tribunal Constitucional en el marco de la causa RIT N° 4007-2008, seguida ante el 10° Juzgado de Garantía de Santiago. En lo que a nosotros interesa, el requirente sostiene que el Servicio de Impuestos Internos dedujo querrela en contra del contribuyente por infracción al artículo 97 N° 4 inciso final del Código Tributario, siendo objeto de una investigación llevada adelante por el Ministerio Público en base a un proceso de recopilación de antecedentes efectuado por el Servicio de Impuestos Internos, fundado en declaraciones de testigos bajo juramento, registro en domicilios de particulares, allanamiento con el auxilio de la fuerza pública del mismo lugar, incautación de documentos y cadena de custodia de dichos instrumentos, sin haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 188 del Código Procesal Penal.

Estima que los preceptos impugnados inciden directamente en el valor de la prueba que obtuvo el Servicio de Impuestos Internos en el marco del procedimiento de recopilación de antecedentes, por lo que resulta decisivo determinar la inaplicabilidad de aquellos.

El requirente considera que la facultad contenida en el artículo 161 N° 10 del Código Tributario vulneraría la Carta Fundamental toda vez que dota al Servicio de facultades discrecionales, dejando al contribuyente sin poder gozar de las garantías que tendría en el marco de un proceso penal. Agrega que la recopilación de antecedentes se practica sin autorización judicial y que el Departamento de Investigación de Delitos Tributarios del Servicio de Impuestos Internos actuaría como comisión especial, para finalizar señalando que pudiendo el Servicio de Impuestos Internos incautar documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor, se vulnera el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

En la resolución del asunto el Tribunal Constitucional, se refiere a la existencia de cosa juzgada constitucional aludiendo a la sentencia dictada por el mismo tribunal en causa Rol N° 349 de 30 de abril de 2002, transcribiendo su considerando 34°, para luego concluir que no se pronunciará de la inaplicabilidad del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, en relación con el artículo 83 de la Constitución, ya que, “...*tal contradicción fue, precisamente, el vicio considerado y desechado por la sentencia de 30 de abril de 2002 ...*”.

Sin embargo, el órgano de justicia constitucional se hace cargo de la vulneración a los artículo 1, 19 N° 3 incisos 4°, 5° y 6° y 76 de la Carta Fundamental, rechazando el requerimiento por inadmisibilidad, toda vez que entiende que el artículo 161 N° 10 del Código Tributario ya fue aplicado, por lo que, encontrándose en tramitación el proceso penal, es el Ministerio Público quien dirige de manera exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito.

Agrega el fallo que de existir vulneración de los derechos de los querellados, a partir de la investigación que realiza el Ministerio Público y no el Servicio de Impuestos Internos, se debe hacer aplicación de lo preceptuado en el artículo 10 del Código Procesal Penal y a mayor abundamiento, y de interés para nosotros, es lo consignado en el considerando Decimonoveno, al señalar: “... *el artículo 276 del Código Procesal Penal permite al juez de garantía excluir en el juicio oral aquellas pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (inciso tercero). De esta forma, si el propio juez de garantía estimare que en el proceso de recopilación de antecedentes efectuado por el Servicio de Impuestos Internos antes del inicio de la gestión pendiente de que se trata, se han vulnerado derechos fundamentales de los imputados, podría llegar a excluir del juicio oral los antecedentes probatorios recopilados en forma ilícita;*”

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional estima que si en la fase anterior al procedimiento penal, esto es en la fase administrativa, en la etapa de fiscalización se hubieren vulnerado garantías, podrá excluirse prueba que ha de rendirse en el juicio oral conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal.

El fallo en estudio fue acordado con el voto en contra de los Ministros Sres. Raúl Bertelsen y Hernán Vodanovic, quienes, en el voto de minoría, en lo pertinente, exponen lo que ya habían expresado en la sentencia que analizamos con anterioridad, esto es, el Juez de Garantía sólo podría excluir las pruebas obtenidas en el ejercicio de la facultad del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, mediante la declaración de inaplicabilidad de los preceptos impugnados.

Sin embargo, agregan que la recopilación de antecedentes que practica el Servicio de Impuestos Internos es propio de una actividad que realizan históricamente los tribunales y que a partir del establecimiento del nuevo proceso penal corresponde al ente persecutor. El numeral 10 expone que a la luz del texto del precepto, al Servicio de Impuestos Internos se le entrega la dirección de la investigación de lo que en el Código Procesal Penal corresponde a las primeras diligencias, recaba antecedentes para que el Director califique los hechos como delito y ejerza la acción penal. Estiman, los disidentes, que en manos del Director del Servicio reposa parte de la potestad de investigación propia del Ministerio Público, agregado que el Servicio no ofrece garantía de imparcialidad para realizar una investigación racional y justa al tener las calidades de órgano administrativo, investigador, querellante y garante del interés fiscal involucrado en la recaudación.

Un postura más radical es la que expresa en su voto el Ministro Sr. Mario Fernández, quien estima que las atribuciones del N° 10 del artículo 161 del Código Tributario, junto a los otros preceptos impugnados, se refieren a la investigación de delitos tributarios respecto de los cuales a los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos no les está permitido cumplir las funciones que constitucionalmente es entregada a otros órganos y reparticiones, tampoco pueden atropellar los derechos consagrados en los N° 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución, estimando que los preceptos impugnados han quedado tácitamente derogados por lo dispuesto en el Capítulo VII de la Constitución.

Como podemos apreciar de los dos últimos fallos analizados, nuestro órgano de jurisdicción constitucional estima que las facultades que consagra el N° 10 del artículo 161 del Código Tributario son constitucionales, ya que así lo declaró al efectuar el control a la ley adecuatoria. Sin embargo, deja abierta la puerta para que, de existir vulneración a las

garantías constitucionales en el proceso de fiscalización, el Juez de Garantía pueda excluir por ilicitud las fuentes de prueba recopiladas.

En base a lo anterior podemos sostener que a idéntica conclusión debe arribarse al analizarse la facultad con que cuenta el Servicio de Aduanas, ya que, en nuestro concepto, el declarar que es una actividad previa al proceso penal, que se encuentra agotada, como lo establece el fallo dictado en causa ROL N° 2142-11-INA, es insuficiente, toda vez que producto de la actividad de fiscalización pueden obtenerse fuentes de prueba que transgredan, vulneren garantías fundamentales y que el Juez de Garantía puede excluir por ilícitas, de esta manera se respetaran los derechos del imputado durante todo el proceso.

## **2 CONTROL DE LOS ORGANOS DE JUSTICIA PENAL DE LAS PRUEBAS ILÍCITAS EN EL PROCESO PENAL**

Corresponde preguntarse, a la luz de lo resuelto por la judicatura constitucional, a que nos hemos referido ¿cuál ha de ser el análisis que debe efectuar el Juez de Garantía para determinar si, las fuentes de prueba reunidas en el proceso de fiscalización son ilícitas o no? Para dar respuesta a esta interrogante debemos primero determinar que entendemos por prueba ilícita, en este sentido la doctrina ha definido la prueba ilícita como aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales consagradas en la Constitución o en Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y de principios general del derecho.

Desde esta perspectiva, una primera aproximación a una respuesta a la interrogante planteada es sostener que el Juez de Garantía ha de analizar, en primer lugar que el acto administrativo que ordena la entrada, registro e incautación haya sido dictado por autoridad competente en el ámbito de sus facultades. Estimamos que si bien aquellas materias son propias de la nulidad de derecho público conforme a los artículos 6 y 7 de la Constitución, el Juez de Garantía no podría declarar admisibles y por consecuencia poder rendirse en el juicio oral, pruebas obtenidas como consecuencia de un procedimiento que no fue instruido por la autoridad correspondiente y que no posee facultades para ello.

En segundo lugar, ha de controlar que la entrada, registro e incautación decretada administrativamente se haya practicado afectando el derecho a la intimidad en lo estrictamente necesario para dar cumplimiento al acto administrativo que la decretó.

Lo hasta aquí expuesto fue recogido por el Tribunal Constitucional español que en sentencia N° 144/1987, de fecha 23 de septiembre de 1987, en lo pertinente, expresa que el juez de instrucción actúa como garante del derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que le corresponde asegurar que la entrada a él, en ejecución de un acto que *prima facie* parece dictado por autoridad competente en el ejercicio de sus facultades, garantizando que la interrupción en el ámbito de la intimidad se produzca sin más limitaciones que las estrictamente indispensables para ejecutar la resolución administrativa.

En tercer lugar, estimamos que el Juez de Garantía debe además, verificar si se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 del estatuto orgánico del Servicio de Aduanas, esto es, el funcionario que practica la entrada, registro e incautación debe dar a conocer su investidura oficial, exhibir la orden que ordena la práctica de la diligencia; y cuando se lleve a cabo en lugares de competencia de la autoridad marítima o aeronáutica, ha de darse aviso a aquellas, a menos que la urgencia en la persecución de un delito de contrabando o fraude lo impidan, caso en el cual se dará cuenta a las autoridades por el medio más rápido, de la actividad iniciada.

Cabe ahora preguntarse ¿podrá el Juez de Garantía analizar el fundamento de la resolución que ordena la entrada, registro e incautación, para excluir las fuentes de prueba recolectadas en un proceso de fiscalización, por ilícitas?, en otras palabras, ¿podrá verificar el cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos? Una primera respuesta a esta interrogante será sostener que no le corresponde, toda vez que el Juez de Garantía al pronunciarse respecto del acto administrativo invadiría materias propias del contencioso administrativo. Refuerza esta tesis lo dispuesto en el inciso final del artículo 3 de la Ley N° 19.880.- sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que indica las características que posee el acto administrativo, disponiendo que ellos gozan de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, la que podrá no ser ejecutada cuando mediere una orden de suspensión dispuesta por la propia autoridad administrativa en el marco de un

procedimiento impugnatorio del acto o por el juez. En este sentido el profesor Bermúdez Soto señala que lo actos son legales en tanto no se diga lo contrario por el juez o la propia Administración en un procedimiento que tenga como resultado su invalidación, agregando que la presunción de legalidad permite la ejecución del mismo. (2010: p. 107).

Si bien se trata de una presunción *iuris tantum*, ella conforme lo dispone la propia Ley N° 19.880.-. puede desvirtuarse por la propia Administración, por medio de lo que se identifica como procedimientos administrativos, o bien, por el juez, en un lo que se conoce como procesos administrativos. Sin embargo, hacemos presente que no es cualquier juez quien efectúa el control sino aquel que conoce de un proceso contencioso administrativo, producto, por ejemplo, de la interposición de una acción constitucional de protección o de un proceso de nulidad de derecho público excluyéndose, de esta manera, la posibilidad de que el Juez de Garantía se pronuncie sobre la fundamentación y en definitiva, de la legalidad de la resolución administrativa que ordena la entrada, registro e incautación, limitando su intervención, a verificar los puntos que nos referimos al responder la pregunta anterior. Sólo de esta manera evitamos que el Juez de Garantía se avoque al conocimiento de materias propias del contencioso administrativo, respetando lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 38 inciso final de la Constitución.

Finalmente, complementa los argumentos dados lo dispuesto en el artículo 161 N° 10 del Código Tributario, que permite ocurrir contra la resolución que ordena las medidas a que se refiere el precepto, al Juez del Tribunal Tributario y Aduanero respectivo, esto es, ante un tribunal contencioso administrativo especial, no pudiendo en consecuencia, el Juez de Garantía conocer del fundamento de la resolución.

No obstante lo anterior, discrepamos de esta solución y creemos que el Juez de Garantía se encuentra facultado para revisar el fundamento de la resolución que ordena la entrada, registro e incautación. En efecto, la tesis planteada no toma en consideración una de las limitantes que enfrenta la persecución penal y que el juez debe considerar, el principio de proporcionalidad, conforme al cual, en lo que es de interés para el presente trabajo, el Juez de Garantía debe ponderar la intensidad de la afectación del derecho y si ella es pertinente o no, teniendo en consideración las circunstancias del caso concreto.

En este sentido, para efectos de poder efectuar el test de proporcionalidad, el Juez de Garantía debe tener en consideración los antecedentes fácticos que motivaron a la autoridad administrativa a dictar la resolución, de esta manera podrá determinar si la afectación del derecho ha sido justificado o por el contrario no lo está y las fuentes de pruebas recolectadas han de ser excluidas por ilícitas.

El considerar que el Juez de Garantía no puede efectuar una revisión al contenido del acto administrativo y particularmente la fundamentación del mismo, conforme venimos razonando, podría afectar la primacía de los derechos fundamentales, ya que la sola verificación de que el acto administrativo haya sido dictado por autoridad competente en el ámbito de sus facultades, que se afecte el derecho a la intimidad en lo estrictamente necesario para dar cumplimiento al acto administrativo, constatar que el funcionario que practicó la entrada, registro e incautación dio a conocer su investidura oficial, exhibió la resolución que ordena la práctica de la diligencia; y cuando se lleve a cabo en lugares de competencia de la autoridad marítima o aeronáutica, haya dado aviso a aquellas, reduce el control del Juez a un “check list” de cumplimiento de legalidad de la diligencia, no pudiendo proteger el derecho fundamental de abusos o excesos de la autoridad.

Por otro lado, al poder el Juez de Garantía revisar los fundamentos por los cuales se dicta el acto administrativo se legitima el proceso penal, que exige la observancia y respeto de los derechos de las personas. En palabras de Ferrajoli, el juzgamiento penal se legitima en una estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, los que constituyen, por un lado, una limitación a la potestad punitiva y por otro, de tutela de las personas contra la arbitrariedad (2009: p. 34 y sgte.).

Otro aspecto a considerar es que nuestra legislación procesal penal establece los requisitos que ha de reunir la autorización que el Juez de Garantía otorga para practicar la entrada y registro, así el artículo 208 del Código exige la individualización de él o los edificios o lugares que serán registrados, la identidad del fiscal que la hubiere pedido, indicar la autoridad encargada del registro, el motivo del mismo, indicar si es nocturno, en su caso; y por aplicación del artículo 207 del mismo texto legal, el motivo de la urgencia, cuando ella proceda.



El plazo de vigencia de la orden de entrada y registro es de diez días, sin embargo, el Juez de Garantía, puede fijar un plazo menor.

En lo que respecta al procedimiento de entrada y registro, el Código lo regula en el artículo 212, disponiendo que la resolución que autoriza la entrada y registro debe notificarse al dueño o encargado del lugar cerrado, invitándolo a presenciar el acto, estableciendo una excepción, toda vez que el Juez de Garantía puede autorizar la omisión de estos trámites, en el evento de temer que pudieren frustrar el éxito de la diligencia. En caso de no encontrarse las personas a que se refiere el precepto, la notificación deberá practicarse a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar o edificio, quien podrá presenciar la diligencia. Finalmente, de no haber nadie, se dejará constancia de aquella situación en el acta que se levante con motivo de la entrada y registro.

El legislador no ha dejado al arbitrio de quien practica la entrada y registro de lugar cerrado, la oportunidad en que ella ha de ser practicada, en efecto, el artículo 207 del Código Procesal Penal, señala que ha de llevarse a cabo entre las seis de la mañana y las veintidós horas, como regla general, de lo que hace excepción los casos urgentes, en que la diligencia se puede practicar fuera del horario indicado.

Como podemos apreciar el legislador procesal penal efectúa una exhaustiva regulación de la entrada y registro, entre los que se encuentran, para efectos de autorizarla el Juez de Garantía, expresar los motivos para ordenarla. De sostener que el Juez de Garantía no puede revisar el contenido del acto administrativo dictado por la autoridad aduanera, se traduce en la imposibilidad de revisar los motivos que se tuvieron en cuenta para dictar el acto. Lo anterior pone en ventaja al acto administrativo cuando produce efectos en el marco de un proceso penal, ventaja que no tiene siquiera la decisión que adopta el Juez de Garantía, siendo necesario el control por parte de este, a fin de evitar que se pueda rendir en el juicio oral, prueba obtenida ilícitamente.

Sin embargo, no sólo el Juez de Garantía podrá efectuar el control a la actividad realizada por el Servicio de Aduanas, en efecto, también podrá efectuarlo y en la mismos términos que hemos expuesto la Corte de Apelaciones, al conocer del recurso de apelación que pudiere ser deducido por el Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 277 del Código Procesal Penal, en el evento que el Juez de Garantía excluya las fuentes de prueba recopiladas.

Como ya expresamos, creemos que la Corte de Apelaciones, en ese escenario se encuentra facultada para efectuar un control a la actividad realizada por el órgano administrativo y resolver si, en la especie, se dio cumplimiento a la totalidad de las exigencias que, en nuestro concepto, permiten resguardar el respeto y protección de la vida privada y honra de las personas, y a la inviolabilidad del domicilio; y que hemos aludido en los párrafos precedentes.

Luego, podemos preguntarnos ¿podrá el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal efectuar algún control a la actividad de fiscalización que permitió obtener las pruebas que se rinden en el juicio oral? conforme a la tesis a la que adscribimos, si durante el desarrollo del juicio oral queda al descubierto que algunas de las pruebas rendidas, como consecuencia de la actividad fiscalizadora realizada por el Servicio de Aduanas, ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, puede efectuar la valoración negativa de las mismas, esto es, indicar los motivos por lo cual aquella fue obtenida ilícitamente, en base a los antecedentes que se aporten en el juicio, y que los llevan a concluir que ella es una prueba inidónea para acreditar los hechos, cuestión que, en nuestro concepto, permite satisfacer la exigencia del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, cuestión que debemos relacionar con lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 277 del mismo texto legal, en orden a la procedencia del recurso de nulidad, ya que, si la prueba ilícita no fuere valorada, cuestión que el Código solo contempla en el inciso final del artículo 220, no se correspondería con la posibilidad de recurrir de nulidad, por la causa de la letra a) del artículo 373 del cuerpo normativo mencionado.

Finalmente, creemos que idéntico análisis al expuesto, podrá ejercer la Corte Suprema al conocer de un recurso de nulidad fundado en el causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pudiendo, al constatar la infracción al derecho constitucional al respeto y protección de la vida privada y honra de las personas, y a la inviolabilidad del domicilio, como consecuencia de la actividad fiscalizadora, invalidar el juicio oral y la sentencia dictada, ordenando la realización de un nuevo juicio, pudiendo además, como lo ha hecho en las causas Rol N° 21.413-2014 de 22 de septiembre de 2014,

Rol N° 28.451-2014 de fecha 30 de diciembre de 2014; y Rol N° 14.275-2016 de 31 de marzo de 2016, excluir las fuentes de prueba que se han obtenido transgrediendo, infringiendo sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Tras haber expuesto nuestra tesis a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y del análisis de la facultad de que goza el Servicio de Aduanas para practicar fiscalizaciones en zona secundaria, nos referiremos a un caso en que se generó la discusión sobre la ilicitud de las fuentes de pruebas recopiladas en el marco de un proceso de fiscalización, por lo que analizaremos lo resuelto por el Juez de Garantía, en materia de exclusión de prueba, lo resuelto por la Corte de Apelaciones al conocer del recurso de apelación deducido por el Ministerio Público al excluirse prueba por ilícita por el tribunal a quo; y lo que resolvió la Corte Suprema al conocer del recurso de nulidad deducido.

#### **a CAUSA RIT 12.034-2015 JUZGADO DE GARANTÍA DE VALPARAÍSO**

El 14 de julio de 2014, se celebró, en el Juzgado de Garantía de Valparaíso, la audiencia de preparación de juicio oral en la causa RIT N° 12.034-2015, seguida por el delito de contrabando, siendo los hechos imputados, a la luz de la acusación particular del Servicio de Aduanas, en lo pertinente, los siguientes: *“El 29 de Diciembre de 2015, a las 16:30 horas, aproximadamente, funcionarios de la Dirección Regional de Aduanas de Valparaíso, en cumplimiento de la Resolución N° 9010, de fecha 29 de Diciembre de 2015, suscrita por la Directora Regional de Aduanas de Valparaíso, doña Myriam Gutiérrez Vivar, se trasladaron al domicilio ubicado en calle Los Boldos N° 7, Placeres Valparaíso, con el fin de efectuar una fiscalización en zona Secundaria, con el auxilio de personal de Carabineros de Chile.*

*Al llegar al inmueble en cuestión, fueron recepcionados por la imputada LUISA ESTER PÉREZ HENRÍQUEZ.”*

Como consecuencia de aquella fiscalización se encontraron 580 cartones y 6 cajetillas de cigarrillos de las marcas Belmont, Pall Mall y Viceroy, con un valor aduanero, en moneda nacional, ascendente a \$13.354.844.-, con una evasión de tributos por la suma de \$13.905.891.- que en concepto del acusador particular configuran el delito de contrabando del artículo 168 inciso 3° de la Ordenanza de Aduanas

Además, se encontraron 286 cartones y 11 cajetillas de cigarrillos de las marcas Esse, Carnival, Jaisalmer y Fox, que en concepto del Servicio de Aduanas configuran la hipótesis del artículo 168 inciso 2° de la Ordenanza de Aduanas, con un valor aduanero de \$6.603.816.-

Que, en lo que respecta al tema de nuestro interés, es pertinente recalcar que el proceso penal tiene su origen en un procedimiento administrativo de fiscalización que fuera instruido por Resolución N° 9010 de fecha 29 de diciembre de 2015, de la Directora Regional de Aduanas de Valparaíso.

Como lo consigna el acta de la audiencia a que nos referimos, el debate se suscitó en torno a la fundamentación de la Resolución administrativa, como bien lo describe el Juez de Garantía en la resolución que estudiamos, la defensa sostuvo que el acto administrativo no cumple con el deber de motivación al referirse a los elementos fácticos que sustentan la decisión afectando la garantía de inviolabilidad del domicilio y el debido proceso.

El Ministerio Público y el Servicio de Aduanas sostuvieron que la Resolución se ajusta a la legalidad, fue dictada en uno de sus facultades y que existen antecedentes que la justifican, agregando que la imputada aceptó el ingreso al inmueble una vez intimada la orden.

En concepto del sentenciador la Resolución dictada constituye un acto de gravamen ya que afecta el derecho de la inviolabilidad del domicilio por lo que debía necesariamente ser fundada, en base a lo dispuesto en el artículo 11 inciso 2° de la Ley N° 19.880.-, cuestión que en su concepto se infringió, afectando el principio de imparcialidad y la obligación de motivación del acto administrativo al no expresarse los elementos fácticos que sustentan la resolución, por lo que estima que es ilegal la prueba derivada de la entrada y registro autorizada por la autoridad aduanera, la que resulta ser excluida.

Conforme a lo que hemos razonado, creemos que el Juez de Garantía actuó dentro del ámbito de sus funciones al efectuar el análisis antes expuesto.

En contra de la resolución dictada por el Juez de Garantía, se dedujo recurso de apelación por parte del Ministerio Público el que fue conocido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en Rol Reforma Procesal Penal N° 1265-2016, la que, por sentencia dictada con fecha 04 de agosto de 2016, revocó la resolución apelada estimado que el Director Nacional del Servicio Nacional de Aduanas actuó dentro de sus facultades y del ámbito de sus competencias; y que la Resolución N° 9010, se encontraba debidamente fundada.

El fallo de alzada se refiere a dos puntos sobre los cuales queremos llamar la atención, en primer lugar no desconoce la facultad que tiene el Servicio de Aduanas para ordenar entradas y registros, es más, estima que se obró conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución, es decir, dentro del ámbito de su competencia; y por otro lado, al igual que lo hiciera el Juez de Garantía, se refiere a la legalidad del acto administrativo, al estimar que la resolución administrativa se encontraba fundada.

Que, en el juicio oral seguido se dictó sentencia condenatoria en contra de la acusada, respecto de la cual la defensa dedujo recurso de nulidad para ante la Excelentísima Corte Suprema, fundado en la causa del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal al estimar que se habían transgredido la garantía del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio, ya que la orden de entrada y registro de la autoridad aduanera no cumplía con la exigencia de fundamentación. El máximo tribunal del país declaró inadmisibles los recursos, en sentencia dictada el 17 de noviembre de 2016, en causa Rol N° 82.509-2016, compartiendo la solicitud del Ministerio Público en orden a indicar en los considerando 3° y 4°, en lo pertinente, que: *“... no contiene la denuncia de infracciones que hubieren tenido lugar en alguna etapa del procedimiento, sino que se persigue el control de una resolución dictada por el organismo competente en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, antes de su existencia.*

*4° Que tal y como señala el ente persecutor una exigencia para que se produzca una vulneración de garantías, que puede ser controlada por esta vía, es que el*

*quebrantamiento se verifique durante la tramitación del procedimiento, cuyo no es el caso de autos, por lo que el arbitrio no puede ser admitido a tramitación.*

*Además, se advierte de la atenta lectura del libelo, falta a éste, la preparación que exige la ley, porque se reclama de supuestas omisiones verificadas antes de la audiencia de juicio, pero no se señala ni se ofrece justificar cómo se reclamó oportunamente de ese vicio, en cada una de las etapas pertinentes, sin que baste para dar por acreditado el requisito que se haya alegado en la audiencia de preparación de juicio oral, sin que señale que se acusó el vicio que ahora alega en la formalización.”*

Cabe destacar de lo resuelto por la Corte Suprema, en primer lugar y como ya hemos expresado, el estimar que el procedimiento de entrada, registro e incautación, ordenado por la autoridad administrativa es anterior al proceso penal, lo que a la luz de lo expuesto, no puede ser revisado por vía del recurso de nulidad y en definitiva, durante el propio proceso penal, el acto administrativo, por encontrarse al margen del mismo; y en segundo lugar, exige que se alegue del vicio en toda y cada una de las etapas del procedimiento en que podía reclamarse de él.

Por ser pertinente al presente trabajo nos centraremos en la primera de las ideas que expresamos en el párrafo precedente, esto es, el considerar que el acto de fiscalización se encuentra fuera del proceso penal, por encontrarse antes del nacimiento de éste. Si bien es cierto, la entrada, registro e incautación tienen por propósito el fiscalizar mercancías y documentos asociados a ellas, lo que no significa que no se pueda realizar un control de aquel procedimiento en el proceso penal, cuando a raíz de este, se obtienen fuentes de pruebas que se traducirán en prueba de cargo. En efecto, como ya lo hemos sostenido, el Juez de Garantía debe verificar el cómo se practicó la entrada, registro e incautación, es decir, debió examinar si la entrada y registro fue llevada a cabo en virtud de una resolución, si quien dictó la resolución tenía la facultad de hacerlo, si fue practicada por los funcionarios que la misma resolución indicaba, si se dio cumplimiento, en su ejecución, a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio de Aduanas; como asimismo, examinar el contenido del acto administrativo, de lo contrario sería posible que ingrese prueba obtenida ilícitamente al juicio oral, pudiendo ser la base de una sentencia condenatoria. Piénsese, a modo de ejemplo, que la resolución administrativa fuera dictada

por autoridad no facultada, es decir, en quien no se ha delegado la facultad de dictarla, si seguimos el criterio de la Corte Suprema ello sería indiferente, al igual que el proceso de entrada, registro e incautación practicado en base a aquella resolución, ya que es anterior al proceso penal. Sin embargo, como ya hemos expresado, no compartimos el criterio del máximo tribunal del país, en nuestro concepto, como ya lo expusimos, el Juez de Garantía debe efectuar el control al ingreso del domicilio y el contenido del acto que ordena aquel ingreso, lo que no se encontraría fuera del proceso penal, sino que al existir un hecho delictivo, formaría parte de aquel.

## **V ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA PRUEBA ILÍCITA**

Habiendo ya expuesto nuestra tesis en relación a la facultad con cuenta el Servicio de Aduanas para realizar actividad de fiscalización en zona secundaria y el control que debe ser ejercido por parte de los órganos jurisdiccionales, nos referiremos de manera sucinta a la prueba ilícita.

Nuestro Código Adjetivo consagra el principio de libertad probatoria en el artículo 295, conforme al cual los hechos y circunstancias pueden ser probados por cualquier medio, siendo, en consecuencia, las reglas de exclusión de prueba de carácter excepcional, en palabras de Raúl Núñez y Claudio Correa, constituyen una limitación o coto al ingreso de conocimiento al juicio oral, de las fuentes de prueba obtenidas irregularmente (2017: p. 209). Sin embargo, agregamos que no solo se refieren a prueba irregularmente obtenidas, ya que nuestra legislación contempla la exclusión de prueba por ser esta manifiestamente impertinente, por ser sobreabundante o por que pretende acreditar hechos públicos y notorios. Dentro de aquellas excepciones encontramos la prueba ilícita, a que se refiere el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal.

Como ya lo hemos señalado en los párrafos precedentes, la doctrina ha definido la prueba ilícita como aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales consagradas en la Constitución o en Tratados Internacionales sobre derechos humanos

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y de principios general del derecho. A raíz de aquel concepto podemos señalar que ella actúa como un mecanismo de protección de las personas contra la afectación de sus derechos fundamentales y principios generales del derecho, por parte de los órganos que intervienen en el proceso penal, toda vez que se excluyen del conocimiento de los sentenciadores, pruebas contaminadas, esto es, en palabras de Meneses Pacheco, aquellas obtenidas con “... *afectación de derechos fundamentales, y más específicamente, con la violación de derechos reconocidos y amparados por la Constitución Política de la República y por tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*” (2015: p. 3).

Conforme hemos razonado los Órganos del Estado deben actuar conforme a la Constitución y las leyes, dentro del ámbito de sus competencias, en lo que respecta al tema en estudio, el Servicio de Aduanas al efectuar fiscalizaciones en zona secundaria, deberá actuar en la forma establecida por el legislador y que latamente hemos aludido, por lo que, al quedar al descubierto un delito aduanero, los funcionarios fiscalizadores no podrán empadronar testigos, recoger evidencias, etc., ya que de hacerlo, excederán el ámbito de sus competencias y las fuentes de prueba recopiladas de aquella manera habrán sido obtenidas con vulneración de las garantías fundamentales.

Como ya sostuvimos, las fuentes de prueba recopiladas como consecuencia de una actividad de fiscalización, en nuestra opinión, no pueden ser consideradas lícitas por el sólo hecho de ser una facultad con que cuenta el Servicio de Aduanas o porque ella es previa al proceso penal como ha señalado la jurisprudencia, en efecto, la facultad reconocida a un Órgano de la Administración que constituye una afectación a los derechos fundamentales, particularmente, a la inviolabilidad del domicilio y el respeto y protección a la vida privada de las personas, legalmente permitida, queda sujeta a ciertas restricciones, como lo grafica Isabel Echeverría al señalar: “*Así, el artículo 19 N° 5 dispone que es el legislador el llamado a establecer las condiciones y el procedimiento bajo el cual puede allanarse el hogar...*” (2011: p. 22) cuestión que el legislador aduanero contempló en los artículos 22, 23 y 25 de la Ley Orgánica del Servicio; y son aquellas que, en definitiva, permitirán al Juez de Garantía efectuar un control de legalidad al ingreso del domicilio.



No debemos olvidar, siguiendo a Hernández Basualto que *“El ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los ciudadanos...”* (2005), y nos atrevemos agregar que además deben respetarse los derechos fundamentales, ello será lo que justificará la exclusión, por ejemplo, de las fuentes de prueba obtenidas de una entrada, registro e incautación administrativa defectuosa. Lo anterior se corresponde, además, con el principio que proclamara el Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 14 de junio de 1960, y que nos recuerda Miranda Estrampes: *“no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio.”* (2010: p 133).

Así las cosas, será la defensa la que en la audiencia de preparación de juicio oral podrá solicitar la exclusión de las fuentes de prueba obtenidas a la luz de una entrada, registro e incautación ordenada en el marco de una fiscalización aduanera, en la medida que ella no se haya decretado por una resolución administrativa o se haya dictado por quien no tiene facultad para ello o el acto administrativo que lo ordena no se encuentra fundado o se llevara a cabo por funcionarios que no se encuentran indicados en el acto administrativo o bien, no se diere cumplimiento a la forma en que ha de llevarse a efecto, conforme al artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio.

Hecha la alegación por la defensa el Juez de Garantía deberá abrir debate, a raíz del cual, podría constatar que el ingreso al domicilio se efectuó de manera ilegal, acogiendo la solicitud de la defensa, excluyendo las fuentes de prueba recopiladas como consecuencia de aquel.

Podemos preguntarnos, ¿Qué ocurre si el Juez de Garantía no excluye las fuentes de pruebas recolectadas en virtud de un acto de fiscalización defectuoso? De no excluir el Juez de Garantía las fuentes de prueba que se obtuvieren como consecuencia de una fiscalización aduanera en zona secundaria defectuosa o irregular, tendrá la defensa oportunidad de reclamar de aquello en el juicio oral, oportunidad en la que los jueces del fondo, de estimar que las pruebas rendidas fueron obtenidas ilícitamente, podrán negarle valor probatorio.

Con todo, si el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no considera que la prueba rendida en juicio ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales y en consecuencia la valora condenando al acusado, subsiste la posibilidad de deducir recurso de nulidad en contra de la sentencia sustentado en la causa contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que lo hace procedente cuando en cualquier etapa del procedimiento o pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, el que de ser acogido por la Corte Suprema, provocará la nulidad del juicio y la sentencia, excluyéndose la prueba obtenida de manera ilícita del nuevo juicio que se realizará.

Hacemos presente que tanto el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal como la Corte Suprema, para efectos de determinar la ilegalidad de la prueba rendida en juicio, deberán sujetarse al mismo criterio que hemos dado para que el Juzgado de Garantía pueda excluir la prueba ilícita.

## CONCLUSIONES

1.- El Juzgado de Garantía, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de las evidencias recopiladas en el procedimiento aduanero, no debe, solamente, analizar que la resolución administrativa que ordena la entrada, registro e incautación de las mercancías a fiscalizar, como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas, en aquellos lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran, haya sido dictada por autoridad competente en el ámbito de sus facultades con cumplimiento de las normas que rigen estas actuaciones, sino además que se haya respetado de manera estricta el principio de proporcionalidad en la afectación del derecho a la intimidad y que se haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas. Esta norma exige que los funcionarios de aduanas al momento de practicar la entrada y registro deberán dar a conocer su investidura oficial debiendo además, exhibir la resolución que ordena la práctica de la diligencia, teniendo, en su caso, la obligación de dar aviso a la autoridad marítima o aeronáutica, cuando la fiscalización se realice en lugares de su competencia y de solicitarles su intervención en la incautación de naves y aeronaves, salvo cuando las circunstancias lo impiden y se esté frente a la persecución de un delito de contrabando o fraude, caso en el cual se dará cuenta a las autoridades mencionadas por el medio más rápido de la incautación iniciada.

2.- El Servicio de Aduanas es el encargado de vigilar y fiscalizar el paso de mercancías por las costas, fronteras y aeropuertos de la República, de intervenir en el tráfico internacional para los efectos de la recaudación de los impuestos a la importación, exportación y otros que determinen las leyes y de generar las estadísticas de ese tráfico por las fronteras. Su principal función es, pues, la fiscalización del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias en el ingreso o salidas de las mercancías del país.

3.- Para desarrollar su función fiscalizadora en zona secundaria, el(la) Subdirector(a) de las Subdirecciones Jurídica y de Fiscalización de la Dirección Nacional, los Directores Regionales y Administradores de Aduanas, pueden ordenar, mediante la dictación de una

resolución administrativa, la entrada, registro e incautación las mercancías a fiscalizar como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas, en aquellos lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentran. Esta resolución que debe reunir los requisitos que establece la Ley N°19.880.- y los indicados en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio, esto es, la escrituración, el carácter decisorio, ejercicio de una potestad pública, entre otras, pero especialmente la motivación del acto, además debe ser dictada por la autoridad competente, respecto de lugares en que se encuentren o se presuma fundadamente que se encuentren las mercancías a fiscalizar como los libros, papeles, registros de cualquier naturaleza y documentos relativos a las mismas.

4.- Como consecuencia de aquella entrada y registro el funcionario del Servicio que practica la fiscalización puede detectar la ocurrencia de un hecho que reviste caracteres de delito, caso en el cual tratándose de algunos de los delitos contenidos en la parte especial del Código Penal u otras leyes especiales, corresponderá que éste efectúe la denuncia al Ministerio Público o la policía, cumpliendo con la obligación que le impone el artículo 175 letra b) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 61 letra k) del Estatuto Administrativo, sin perjuicio de poder continuar con la actividad de fiscalización aduanera, la que sólo podrá ser interrumpida por el fiscal a efectos de resguardar el sitio del suceso o bien, por la policía conforme a lo dispuesto en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal.

5.- Tratándose de delitos aduaneros y particularmente del delito de contrabando (artículos 168, 179 y 181 de la Ordenanza de Aduanas), el funcionario deberá abstenerse de seguir adelante con el procedimiento administrativo de fiscalización y poner los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público o las policías, pues de continuar con la labor fiscalizadora podría estar invadiendo funciones propias del persecutor, esto es, la investigación exclusiva de los hechos constitutivos de delito, además de realizar una investigación sin garantías y producto de la cual se podrán recopilar fuentes de prueba. Si el funcionario de aduanas no se abstiene de seguir con la fiscalización ante la detección de un delito aduanero, se habrán obtenido fuentes de prueba con infracción de garantías constitucionales.

6.- La facultad de fiscalización aduanera es constitucional. Así lo concluyó el Tribunal Constitucional al efectuar el control de la denominada ley adecuatoria (Ley N° 19.806.-), en relación a la facultad contemplada por el N° 10 del artículo 161 del Código Tributario, equivalente a la que posee el Servicio de Aduanas. Es una actividad previa al proceso penal. Con todo, de existir vulneración a las garantías constitucionales en el proceso de fiscalización, el Juzgado de Garantía puede excluir por ilicitud las fuentes de prueba recopiladas.

7.- El Juzgado de Garantía, en materia de admisión de prueba ilícita, ha de analizar si el acto administrativo que ordena la entrada, registro e incautación ha sido dictado por autoridad competente en el ámbito de sus facultades; que la entrada, registro e incautación decretada administrativamente se haya practicado afectando el derecho a la intimidad en lo estrictamente necesario para dar cumplimiento al acto administrativo que la decretó; que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 25 del estatuto orgánico del Servicio de Aduanas (esto es, que los funcionarios de aduanas al momento de practicar la entrada y registro deberán dar a conocer su investidura oficial debiendo además, exhibir la resolución que ordena la práctica de la diligencia, teniendo, en su caso, la obligación de dar aviso a la autoridad marítima o aeronáutica, cuando la fiscalización se realice en lugares de su competencia y de solicitarles su intervención en la incautación de naves y aeronaves, salvo cuando las circunstancias lo impiden y se esté frente a la persecución de un delito de contrabando o fraude, caso en el cual se dará cuenta a las autoridades mencionadas por el medio más rápido de la incautación iniciada.); y finalmente, la proporcionalidad entre la finalidad de la diligencia administrativa, el nivel de afectación del derecho a la privacidad y la inviolabilidad del hogar; y el bien jurídico protegido.

8.- De no excluir el Juzgado de Garantía las fuentes de prueba que obtenida ilícitamente como consecuencia de una fiscalización aduanera en zona irregular, tendrá la defensa oportunidad de reclamar de esto en el juicio oral, oportunidad en la que los jueces del fondo podrán negarle valor probatorio (valoración negativa de la prueba ilícita). Con todo, si el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no considera que la prueba rendida en juicio ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales y en consecuencia la valora y condena al acusado, la defensa tiene el derecho de deducir un recurso de nulidad en contra

de la sentencia sustentado en la causa contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, pudiendo la Corte Suprema declarar la nulidad del juicio y la sentencia, excluyéndose la prueba obtenida de manera ilícita del nuevo juicio.

9.- La diligencia administrativa de entrada, registro e incautación puede producir efectos en el marco de un proceso penal, por lo que toda alegación referida a la respectiva resolución aduanera que funda aquella entrada y registro, forma parte del juzgamiento punitivo. De esta manera, la defensa penal tiene el derecho de efectuar las alegaciones que estime pertinente con relación a ella, en el marco del debate que susciten en las diversas etapas del proceso, a objeto de alegar su ilicitud por alguno de los motivos ya expuestos.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1 Textos de doctrina

Alvarado Velloso, Adolfo (2009): *La prueba judicial, reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago.

Balmaceda Hoyos, Gustavo (2017): *El delito de contrabando*, Librotecnia, Santiago.

Basaldúa, Ricardo Xavier (2007): “La aduana: concepto y funciones esenciales”, en Memorias del Tercer encuentro Iberoamericano de derecho aduanero, España. Disponible en [https://issuu.com/iclaweb.org/docs/memorias\\_del\\_tercer\\_encuentro\\_iberor](https://issuu.com/iclaweb.org/docs/memorias_del_tercer_encuentro_iberor). Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Basso Cerda, Osvaldo (2013): *Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo*, Librotecnia, Santiago.

Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho administrativo general*, Legalpublishing, tercera edición, Santiago.

Bermúdez Soto, Jorge (2010): “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?”, en Revista de Derecho, Vol. XXIII, N° 1, pp. 103-123. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100005) Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Binder, Alberto (2009): *Introducción al derecho procesal penal*, Editorial Ad-Hoc, segunda edición, quinta reimpresión, Buenos Aires.

Costa Cordella, Ezio (2014): “Los tribunales administrativos especiales en Chile”, en Revista de Derecho, Vol. XXVII, N° 1, pp. 151-167. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173731866007>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2007): *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Echeverría Donoso, Isabel (2011): *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita, con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa*, Editorial EJS, Santiago.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2011); “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1° semestre, pp. 251-277. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512011000100007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100007). Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Bordalí Salamanca, Andrés y Cazor Aliste, Kamel (2003): “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIV, pp. 67-81. Disponible en <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2718/2342>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Ferrajoli, Luigi (2009): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, novena edición, España.

González Holmes, Rodrigo (2013): “Facultades de fiscalización del Servicio Nacional de Aduanas”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época, año I, N° 2, pp. 203-220. Disponible en <https://doctrina.vlex.cl/vid/facultades-fiscalizacion-servicio-nacional-649016373>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Gutiérrez Carrasco, Octavio (1971): “Nociones de derecho aduanero chileno”, en *Revista de Derecho Económico*, N° 35-36, Santiago, pp. 39-56. Disponible en <https://revistaderechoeconomico.uchile.cl/index.php/RDE/article/view/42338/44375>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Ríos Álvarez, Rodrigo y González Holmes, Rodrigo (2014): *Manual de Derecho Aduanero*, Legalpublishing, Santiago.

González Martínez, José (2008): “El domicilio y su inviolabilidad”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídica de Elche*, Vol. 1, N° 3, pp. 39-50. Disponible en



<https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/03-tm-04.pdf>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Guzmán Dálbora, José Luis (1998): *Contrabando y fraude aduanero*, EDEVAL, Valparaíso.

Hernández Basualto, Héctor (2005): “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 2. Disponible en <https://es.scribd.com/doc/6983947/Hernandez-Hector-La-Exclusion-de-Prueba-Illicita>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2010a): *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

\_ (2010b) *Derecho procesal penal chileno*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Masbernat Muñoz, Patricio (2011): “Potestades tributarias fiscalizadoras y principios constitucionales en dos sentencias recientes de tribunales superiores de España”, en *Revista Ius et Praxis*, año 17, N° 1, pp. 321-330. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v17n1/art16.pdf>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Meneses Pacheco, Claudio (2015): “Admisión y valoración de la prueba ilícita de descargo”, en *Doctrina y jurisprudencia penal, Prueba ilícita parte I*, Año 6, N° 21, pp. 3-20.

Miranda Estrampes, Manuel (2010a): “La prueba ilícita: La regla de su exclusión probatoria y sus excepciones”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, pp. 131-151. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/194215/260389>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

\_ (2015b): “Regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Concepto, fundamento y tratamiento procesal”, en *Doctrina y jurisprudencia penal, Prueba ilícita parte I*, Año 6, N° 21, pp. 21-52.

Miranda Estrampes, Manuel, Cerda San Martín, Rodrigo y Hermosilla Iriarte, Francisco (2016): *Práctica de la prueba en el juicio oral, su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”*, Librotecnia, reimpresión de la primera edición, Santiago.

Núñez Ojeda, Raúl y Correa Zacarías, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, en *Revista Ius et Praxis*, año 23, N° 1, pp. 195-246. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v23n1/art07.pdf>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Queralt, Joan Josep (1990): “La inviolabilidad domiciliaria y controles administrativos. Especial referencia a la de las empresas”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 10, N° 30, Septiembre – Diciembre, pp. 41-64. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79424>. Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Ríos Álvarez, Rodrigo (2016): *Delito de contrabando, principales aspectos y revisión de casos*, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago.

Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, Magdalena (2010): *Delitos aduaneros*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Roxin, Claus (2006): *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, veinticincoava edición, Buenos Aires.

Saldivia Saa, Eduardo (2017). “Motivación de los actos administrativos. Protección jurisprudencial”, tesina para el Diplomado sobre Recurso de Protección impartido por la Academia Judicial de Chile, versión 2017, inédito.

Taruffo, Michele (2008): *La prueba*, Marcial Pons, Buenos Aires.

Toro Justiniano, Constanza (2009): *El debido proceso penal, Un estudio desde el prisma de la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.

Tosi, Jorge Luis (1997): *Derecho Penal aduanero*, Ediciones ciudad Argentina, España.

Valdivia, José Miguel (2018): *Manual de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Van Weezel, Alex (2016): *Delitos tributarios*, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la primera edición, Santiago.

## 2 **Jurisprudencia**

Sentencia Corte Suprema (2015). Rol N° 29.375-14.

Sentencia Corte Suprema (2016). Rol N° 82.509-2016.

Sentencia Corte Suprema (2014). Rol 21.413-2014.

Sentencia Corte Suprema (2014). Rol N° 28.451-2014.

Sentencia Corte Suprema (2016). Rol N° 14.275-2016.

Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso (2016). Rol Reforma Procesal Penal N° 1265-2016.

Sentencia Tribunal Constitucional (2002). Rol N° 349.

Sentencia Tribunal Constitucional (2009). Rol N° 1406-09-INA.

Sentencia Tribunal Constitucional (2009). Roles N° 1246-08-INA y 1388-09-INA.

Sentencia Tribunal Constitucional (2012). Rol N° 2142-11-INA.

Sentencia Tribunal Constitucional español (1995): Rol N° 50/1995.

Sentencia Tribunal Constitucional español (1987): 144/1987.

## 3 **Textos Normativos**

Constitución Política de la República de Chile.

Código Procesal Penal.

Código Tributario.

Ordenanza de Aduanas.

Pacto de San José de Costa Rica.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ley N° 20.997.- Sobre modernización de la legislación aduanera.

Ley N° 19.880.- de Bases de los Procedimientos Administrativos.

Ley N° 19.806.- Adecuación del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal.

Ley N° 19.718.- que crea la Defensoría Penal Pública.

DFL N° 1, de 2000, que fija el Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

DFL N° 329, de 1979, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas.

DFL N° 29, de 2005, que fija el Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Decreto N° 2.421, Ministerio de Hacienda, año 1964, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

#### **4 Actos administrativos**

Resolución Exenta N° 904, del Ministerio de Salud, de 2015, que autoriza la comercialización de los productos de tabaco que indica.

Resolución Exenta N° 4689, de fecha 11 de Septiembre de 2006, del Director Nacional de Aduanas. Acompaña como documento en Informe de Recurso de Protección, en la Causa Rol N° 1767-2016, seguida ante la Corte de Apelaciones de Chillán. Disponible en [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl). Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Informe N° 04, de fecha 29 de Diciembre de 2016, suscrito por el Subdirector Jurídico (T y P) del Servicio Nacional de Aduanas. Disponible en [https://www.aduana.cl/aduana/site/docs/20160905/20160905154721/04\\_16.pdf](https://www.aduana.cl/aduana/site/docs/20160905/20160905154721/04_16.pdf). Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

Oficio N° 4.632, de fecha 04 de Abril de 2012, suscrito por el Subdirector Jurídico del Servicio Nacional de Aduanas. Disponible en [http://www.legalpublishing.cl/contenido/AgAduana/01\\_Doc\\_Rec\\_Publicacion/02\\_Oficio/Of\\_Ord\\_4632\\_20120404\\_DNA.pdf](http://www.legalpublishing.cl/contenido/AgAduana/01_Doc_Rec_Publicacion/02_Oficio/Of_Ord_4632_20120404_DNA.pdf). Fecha última consulta: 03 de julio de 2021.

## 5 Páginas web

[www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)

[www.aduana.cl](http://www.aduana.cl)