



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN Y SU EFECTO
CONTAMINANTE EN EL PROCESO PENAL CHILENO

**Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

MARCELA CAROLINA ORTIZ ROLDÁN

DANIELA ANDREA SOTO LÓPEZ

Profesor Guía: Cristián Maturana Miquel

Santiago, Chile

2008

A mi madre, por sentir su presencia cada día de mi vida; a mi padre, por enseñarme el valor del esfuerzo y la perseverancia; a mi hermano Fernando, por ser mi apoyo en todo momento; a mi hermana María Francisca, por ser una luz de alegría; a Sebastián por confiar en mi, cuando muchas veces yo dejé de hacerlo; a mis abuelos, Julio y Yali por su infinita compañía; y, de forma muy especial, a Cathy por darme un regalo maravilloso...mi primera sobrina, Javiera Ignacia.

Marcela Carolina Ortiz Roldán.

A mi padre, por su constante apoyo y sabiduría...

A mi madre, por su entrega y amor incondicional...

A mis hermanas, mi mayor orgullo...

Y a ti, Riggi, por aparecer en mi vida en el momento que más te necesitaba... Los amo.

Daniela A. Soto López.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a nuestra querida profesora Marta Herrera Seguel por su constante apoyo y dedicación en la génesis y desarrollo de este proyecto; a nuestro profesor guía don Cristian Maturana Miquel; al personal de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público por la colaboración en la búsqueda de material que posibilitó la recopilación de información necesaria para llevar a cabo nuestra investigación; a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por otorgarnos las herramientas y conocimientos necesarios para llevar adelante este proyecto; a nuestras familias por su apoyo incondicional durante este largo camino y a nuestros queridos compañeros y amigos por ser una parte importante de esta etapa que hoy culmina.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I	
ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA DETENCIÓN	
1. REFORMA AL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO.....	16
1.1 Nace una Nueva Justicia	16
1.2 Sistemas Procesales	17
1.3 Breve Reseña de la Evolución del Sistema Procesal Penal Chileno.....	21
1.4 Principios Formadores del Nuevo Proceso Penal	22
2. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL.....	26
2.1. Concepto y Aspectos Generales.....	26
2.2 Presupuestos legales de las medidas cautelares personales.....	28
2.3 Principios generales de aplicación en las medidas cautelares.....	30
3. LA DETENCIÓN EN EL ANTIGUO SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO	32
3.1 La detención a la luz de los principios inspiradores del antiguo Código de Procedimiento Penal	33
4. LA DETENCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.....	34
4.1 Casos en que procede la detención	37
4.2 Plazos de la detención	39

CAPÍTULO II

DERECHOS Y GARANTÍAS DEL DETENIDO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DETENIDO EN EL NUEVO PROCESO PENAL.....	41
1.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.....	41
1.2 Igualdad ante la ley	43
1.3 Igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la justicia	46
1.4 Respeto y protección a la vida privada y pública, y a la honra de la persona y de su familia.....	49
1.5 Inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación Privada.....	52
1.6 Derecho a la libertad personal y a la seguridad individual	54
2. DERECHOS DEL DETENIDO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	55
2.1 Derecho a conocer el motivo de su detención y ser informado	55
2.2 Derecho a ser informado por el funcionario a cargo de la detención....	56
2.3 Derecho a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención.....	56
2.4 Derecho a solicitar que se le conceda la libertad	57
2.5 Derecho a que se conozca su calidad de detenido	57
2.6 Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado.....	57
2.7 Derecho a declarar sin juramento	58
2.8 Derecho a guardar silencio	58

CAPÍTULO III

EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

1. SITUACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	60
2. EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS ILEGALMENTE EN EL NUEVO PROCESO PENAL. ALCANCE	65
3. LA PRUEBA ILÍCITA	70
3.1. Historia y evolución de la Prueba Ilícita	70
3.2 Concepto de Prueba Ilícita	73
3.3 Ubicación de la institución: Eficacia v/s Garantismo.....	77
3.4 ¿Admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ilícita en el proceso?	79

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN DE LA DETENCIÓN ILEGAL

1. ORIGEN DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN.....	85
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN CHILE.....	86
2.1 Evolución legislativa de la declaración de ilegalidad de la detención....	86
2.2 Principios informadores del control de detención en el nuevo proceso penal chileno.....	93
2.2.1 Debido proceso o derecho a un proceso previo legalmente tramitado (nulla poena sine processu).....	94
2.2.2 Principio de inocencia o de no culpabilidad.....	96
2.2.3 Derecho a defensa.....	98

2.2.4 Principio de legalidad de las medidas restrictivas de libertad.....	99
2.3 Evolución legislativa del control de identidad como facultad autónoma de las policías y su relación con la detención.....	101
3. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL.....	105

CAPÍTULO V

EXTENSIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	113
2. LA PRUEBA DERIVADA	114
2.1 Concepto de la Prueba Derivada	114
2.2 Fundamentos de la Prueba Derivada	117
2.3 Teorías en torno a la admisibilidad de la Prueba Derivada	118
2.4 La doctrina de “Los Frutos del Árbol envenenado”	120
2.4.1 Jurisprudencia comparada que adhiere a esta doctrina	122
2.4.2 Límites o excepciones a la aplicación de esta doctrina	127
2.5 Jurisprudencia nacional en materia de Prueba Derivada en el nuevo Proceso Penal	132
3. EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL	140

4. EXCLUSIÓN PROBATORIA PRODUCTO DE UNA DETENCIÓN	
DECLARADA ILEGAL.....	142
4.1 Jurisprudencia nacional relativa a la exclusión probatoria producto de la declaración de ilegalidad de una detención	145

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES	155
BIBLIOGRAFÍA	160

INTRODUCCIÓN

Desde finales del año 2000, Chile comenzó a experimentar un cambio radical en el sistema judicial penal. La Reforma Procesal Penal remeció las bases fundamentales que inspiraban todo el sistema judicial en lo criminal, lo que se expresa esencialmente en los principios formadores del nuevo sistema, que buscan una mayor protección a las garantías y derechos de cada uno de los intervinientes, reforzando la protección del imputado contra el ejercicio de la persecución penal ejercida por el Estado, ya que se reconoce, en su mayoría, la situación de desigualdad y vulnerabilidad que sufría, en el antiguo procedimiento penal, el sujeto pasivo de la persecución penal frente al Estado.

Uno de los primordiales principios que busca proteger el nuevo Código Procesal Penal es el respeto a la garantía del *Debido Proceso*, dentro del cual se enmarcan diversos derechos básicos del imputado durante todo el transcurso del proceso penal, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la aplicación restrictiva de las medidas cautelares personales, o en el resguardo de los derechos esenciales de la persona en la recopilación de pruebas por parte del órgano persecutor del Estado. El fiscal, como exclusivo director de la investigación dentro del proceso, debe velar por el respeto de las diversas garantías o derechos del imputado y de la ciudadanía en general, susceptibles de ser vulneradas en la etapa de instrucción, tales como la dignidad, la integridad física y psíquica, la inviolabilidad de la intimidad y del hogar, etc.

Dentro del marco de protección de las garantías del imputado, encontramos el artículo 122 del Código Procesal Penal que establece expresamente el carácter restrictivo de la aplicación de las medidas cautelares personales, dentro de las cuales encontramos la medida cautelar de la detención. Esta nueva regulación está directamente relacionada con el espíritu de la Reforma, dado que busca disminuir la discrecionalidad de los órganos involucrados en la realización del Derecho Penal, con la finalidad de velar por el cumplimiento de los principios establecidos expresamente por nuestra legislación para la protección de los derechos y garantías del detenido, principalmente la libertad personal y la seguridad individual. De esta manera, es posible apreciar, a la luz de las disposiciones legales establecidas en el Código

Procesal Penal, los requisitos y presupuestos legales que deben concurrir para que la detención pueda ser aplicada y se ajuste a derecho, sin menoscabar uno de los presupuestos esenciales que subyacen al nuevo sistema procesal penal y que se encuentra recogido expresamente en el Título I del nuevo código: el principio de inocencia del imputado.

En relación con este principio, cabe señalar que dentro de sus manifestaciones más importantes surge aquella que establece que, para poder condenar a una persona, se debe construir su culpabilidad a través de los medios probatorios que se rindan en el proceso, lo que implica que las pruebas deban ser recogidas conforme a los procedimientos y requisitos establecidos en la ley. De acuerdo a esta manifestación del principio de inocencia, el Art.276 del nuevo Código Procesal Penal establece la facultad del Juez de Garantía para excluir su rendición en la Audiencia de Juicio Oral, de toda aquella prueba que provenga de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, lo que en doctrina se denomina “Exclusión de la Prueba Ilícita”.

Dentro de la doctrina mayoritaria, es posible señalar, en términos más o menos generales, que toda vez que se obtenga una prueba violando, superando o transgrediendo los límites éticos y legales que inspiran todo proceso penal y sensibles a la dignidad humana, dicha prueba resultará procesalmente inadmisibles, siendo excluida como elemento legítimo de juicio, este principio rector ha sido denominado en los diversos ordenamientos jurídicos como “*regla de exclusión*”.

Esta regla incluye con claridad la exclusión como medio probatorio de la denominada ***prueba ilícita***, es decir, la obtenida con violación de las garantías fundamentales de toda persona humana, y la ***prueba ilegal***, aquella obtenida con inobservancia de las normas procesales que la regulan, pero el problema que nos reúne consiste en determinar el alcance o extensión de la máxima de supresión, es decir, **hasta qué punto la existencia de una irregularidad inicial en la instrucción se proyecta y contamina otros actos o diligencias que provengan de esta irregularidad.**

Como ya lo señalamos, la exclusión de la prueba ilícita como medio probatorio en la audiencia de Juicio Oral en el nuevo proceso penal chileno está claramente establecida en nuestro código, cuestión que no podemos afirmar respecto de la prueba derivada de una prueba obtenida irregularmente. Así, claramente será ineficaz una confesión lograda a través de tortura o un instrumento de prueba hallado mediante una entrada y registro ilegal, pero no se puede hablar tan fácilmente de la ineficacia de una prueba obtenida lícitamente pero como consecuencia de una prueba ilícita, ¿es ineficaz la utilización del arma procedente del delito como medio de prueba obtenida mediante una incautación ajustada a derecho, si su ubicación fue dada a conocer por el imputado en una declaración obtenida durante una detención declarada ilegal?.

He aquí el tema de nuestra investigación, el debate relativo a la extensión de los efectos que surgen de la declaración de ilegalidad de una detención, en cuanto a las pruebas que de ella pueden surgir, tanto la denominada prueba ilícita como aquella en doctrina conocida como prueba ilícita “*por derivación*”, es decir, aquella lícita en sí misma pero a la que se ha llegado por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida.

En relación a la metodología utilizada en nuestra investigación cabe señalar que, atendido al objeto de estudio, los métodos más adecuados a fin de alcanzar los objetivos anteriormente especificados son: el método histórico, para determinar la evolución de las diversas instituciones en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, el cual se ha visto influenciado por los contextos históricos de cada uno de ellos; el método exegético, a fin de entender y analizar el alcance de las garantías fundamentales recogidas en nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia de nuestros tribunales y, finalmente, el método comparativo, atendiendo al análisis que se realizará del derecho comparado respecto de las instituciones de la prueba ilícita y derivada.

Para poder llevar adelante nuestra investigación recurriremos al análisis de diversas fuentes legales, doctrinales y jurisprudenciales, tanto del Derecho Chileno como del comparado. Respecto a la jurisprudencia nacional que incluiremos en nuestro trabajo, queremos hacer presente, desde ya, que nuestra intención no es más que exponer los

casos que dicen relación con el tema a tratar y no una crítica al fondo de lo resuelto. Además, se realizará una exposición de las características principales de la Detención, como medida cautelar personal, y su efecto contaminante en el sistema probatorio dentro del Proceso Penal chileno.

En la primera etapa de nuestro trabajo, analizaremos los aspectos generales de la medida cautelar de la detención, tanto en un sistema procesal penal inquisitivo como en un sistema acusatorio, de manera de poder dilucidar las diferencias que cada uno plantea en el tratamiento de las medidas cautelares personales y en los efectos que puede producirse con la declaración de ilegalidad de la detención en materia probatoria, teniendo presente, obviamente los principios que sirven de base a cada sistema procesal penal.

En una segunda etapa, recurriremos al estudio de las garantías constitucionales que se ven recogidas en el nuevo proceso penal, a fin de determinar el alcance que podría tener la declaración de ilegalidad de la detención en materia probatoria. Posteriormente, procederemos al estudio de los derechos reconocidos al detenido en el Código Procesal Penal.

Finalmente, es nuestra intención, determinar si pueden considerarse válidos y lícitos aquellos medios probatorios que emanan de una detención que ha sido llevada a cabo de forma ilegal, teniendo presente en este punto, que se hace evidente el conflicto de intereses que subyace a la aplicación de todo sistema procesal penal, en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares personales: por un lado el interés del Estado en la persecución del delito, lo que permite considerar dentro de los sistemas procesales penales la existencia de estas medidas de aseguramiento de la persona a la que se le atribuye participación en un hecho punible y, por otra parte, el interés en el resguardo de los derechos y garantías de la persona humana en el proceso penal, que actualmente se ve reconocido en todos los sistemas procesales penales de un Estado democrático.

De esta forma, en el tercer capítulo de nuestra investigación, procederemos a un análisis de la denominada regla de exclusión, tanto en el antiguo procedimiento penal chileno como en el actual, pasando, luego en el cuarto capítulo, a analizar la situación

de la declaración de ilegalidad de la detención, sus orígenes y evolución dentro de la legislación nacional.

Todo ello para que, finalmente, en nuestro capítulo quinto pasemos a revisar los efectos de dicha declaración tanto en la prosecución del proceso y de la investigación como en la posible exclusión de pruebas en la audiencia de preparación de juicio oral producto de la ilegalidad declarada y cuales serían sus alcances.

Esperamos que esta investigación pueda ser considerada como un aporte a la nueva justicia procesal penal de nuestro país, la cual hoy en día ha sido blanco de críticas por parte de la opinión pública, por considerarse “extremadamente” garantista, lo que pone de manifiesto la pugna existente entre los intereses ya mencionados.

CAPÍTULO I

ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA DETENCIÓN EN CHILE

1. REFORMA AL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

1.1 Nace una nueva justicia

Teniendo presente los diversos defectos que se comienzan a vislumbrar en el antiguo sistema procesal penal y los cambios que se fueron produciendo en el contexto histórico y cultural de nuestro país se comienza a gestar, paulatinamente en Chile, la idea de una nueva justicia, que dé cuenta y refleje los cambios en la conciencia de los ciudadanos. Era necesario un cambio radical en el sistema que permitiera un mayor resguardo de los derechos y garantías de las partes en el proceso. De esta manera, y en atención a la inmensa importancia que representa el sistema procesal penal de un Estado, la modificación del sistema procesal penal significó una reforma a la Constitución Política de la República, creándose de esta forma un órgano encargado de una de las funciones propias de la realización del derecho penal, el Ministerio Público, el cual es independiente del Poder Judicial y de todo otro poder del Estado.

El proceso de transformación del sistema procesal penal tiene sus bases en diversos actores y organizaciones no gubernamentales que se dedicaron a analizar, a estudiar y a otorgar la información técnica necesaria para poder adaptar y organizar un nuevo sistema que respondiera a la realidad chilena y subsanara los errores que se

producían con el antiguo sistema procesal penal. De esta forma, es en el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva, que esta idea toma forma y se comienza a buscar, a través de numerosas políticas públicas, la modernización del sistema judicial en lo criminal y su adecuación a los nuevos requerimientos de un Estado democrático de derecho. La concretización de estas ideas se manifiesta en el proyecto que se presenta al Congreso Nacional en el año 1995. Finalmente, el Código Procesal Penal se contiene en la Ley N° 19.696 y se publica en el Diario Oficial el 12 de octubre del año 2000, estableciéndose su aplicación gradual a lo largo del país. De aquí en adelante, se puede señalar que se ha ido abriendo paso a la doctrina de los derechos humanos como límite al ejercicio del ius puniendi, en contraposición a lo ocurrido con el antiguo sistema procesal penal. A mayor abundamiento, es posible señalar que se hacen aplicables en la práctica, y se recogen por nuestros tribunales, las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, lo que no ocurría con el antiguo sistema procesal penal, donde no existía una norma que reconociera dichos cuerpos legales. No obstante este apego a las garantías propio de la Reforma Procesal Penal ha generado con el transcurso del tiempo, numerosas críticas por parte de la opinión pública y, en cierta forma, la pérdida de legitimidad del sistema por no reflejar, para algunos, un equilibrio entre la eficiencia y el resguardo de las garantías del imputado.

Respecto al tema de nuestra investigación, nos interesa destacar que este nuevo Sistema Procesal Penal se construye sobre la base de una serie de principios y garantías que, junto con las características que mencionaremos de los sistemas procesales penales, nos permitirán dilucidar con mayor claridad el efecto que produce la declaración de ilegalidad de una detención y el alcance del mismo.

1.2 Sistemas Procesales

En primer lugar, para hablar de los sistemas procesales penales y para comprender la importancia que tienen las características propias de cada país al determinar el

suyo, es necesario tener en cuenta y destacar que cada sistema procesal penal da cuenta de una síntesis cultural que conlleva no sólo elementos técnicos, sino que también da cuenta de elementos políticos, económicos y sociológicos que determinan su configuración. De esta manera, las consecuencias que emanen de la adopción de un sistema procesal penal, serán reflejo de un contexto cultural e histórico que marcará la vida de todos sus ciudadanos y la injerencia del poder del Estado en ella, a través del instrumento que implica el sistema procesal penal en cuanto a hacer efectiva la pretensión punitiva.

En términos generales, podemos señalar que se reconocen en doctrina, fundamentalmente, dos tipos de sistemas procesales penales: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, cada uno de los cuales posee sus propias características.

A continuación procederemos a realizar un paralelo entre ambos sistemas procesales, a fin de exponer sus rasgos fundamentales.

El **sistema procesal penal acusatorio**, aparece primero en un orden histórico cronológico y se vincula a un sistema democrático. Como lo señala el autor argentino Julio B. Maier, “La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir”¹.

Dentro de sus otras características podemos mencionar las siguientes:

- a) En cuanto a la jurisdicción se puede señalar que ésta es ejercida por el pueblo, residiendo, fundamentalmente, en verdaderos tribunales populares. El juez, como representante del pueblo, es soberano, lo que se traduce, entre otras cosas, en que no debe fundamentar sus decisiones.

¹ MAIER, B. Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. El Derecho Procesal Penal como fenómeno cultural. Tomo I, Vol.b. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989. 207p.

- b) La persecución penal es ejercida por el acusador, ciudadano encargado de formular la acusación. Sin ésta no existirá el proceso, rigiendo plenamente el principio dispositivo.
- c) El procedimiento, se traduce en un debate, que se caracteriza por ser público, oral, continuo y contradictorio. En él, el juez sólo podrá examinar las pruebas aportadas por las partes, escuchar sus fundamentos y pretensiones, y finalmente, decidir en conformidad a todos estos elementos. El juez no tiene facultades para investigar, ni para seleccionar pruebas.
- d) En relación al sistema de valoración de la prueba se aprecia un sistema de íntima convicción, teniendo los jueces plena libertad en cuanto a al otorgamiento de valor probatorio de los medios de prueba.
- e) Finalmente, podemos señalar que la sentencia surge como el resultado del escrutinio de los votos acordados por una mayoría determinada de jueces o por la unanimidad de los mismos.

Por otro lado, encontramos el **sistema procesal inquisitorio o inquisitivo** que, en oposición a lo que significa el establecimiento de un sistema procesal penal acusatorio, parte del supuesto de que la defensa del orden público es deber del estado y no puede de ninguna manera quedar en las manos de los particulares. “La característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo”². En este sistema se establece que el juez debe poseer grandes facultades, que le permitan llegar a la verdad y establecer las correspondientes responsabilidades y sanciones.

² MAIER, B. Julio. Ob. cit., 210p.

En el sistema inquisitivo encontramos las siguientes características:

- a) La jurisdicción reside plenamente en el monarca o príncipe. El juez es un funcionario público, representa al Estado y se encuentra en una posición de superioridad frente a las partes.
- b) La persecución penal se encuentra junto a la función de juzgar, en las manos de la misma persona, el inquisidor. Rige el principio inquisitivo, de manera que, el Proceso Penal, puede iniciarse de oficio por el juez y sin previa acusación de un ciudadano.
- c) El procedimiento se traduce en una investigación secreta, cuyos resultados se plasman en actas escritas, que serán las bases del pronunciamiento del juez. El juez tiene libertad de investigación y de selección de pruebas, lo que se conoce como el “Principio de la investigación judicial”.
- d) En cuanto a la valoración probatoria, ésta se rige por un sistema de prueba legal. De esta manera, será la ley la encargada de fijar las condiciones que permitirán tener por acreditado un hecho.
- e) La Sentencia, a diferencia de lo ocurrido en el sistema acusatorio, es esencialmente impugnabile, a través de los recursos procesales.

A modo de conclusión, y atendiendo a lo ya señalado, podemos decir que la elección por uno u otro sistema procesal va a depender del contexto histórico, social y cultural de cada Estado, ya que sabemos que nacen una vez que se ha constituido éste y, que de acuerdo a los principios que cada país va recogiendo en su legislación interna, se van configurando los correspondientes sistemas procesales penales.

Finalmente cabe destacar que, pese a ser notoriamente opuestos, no existen los sistemas procesales penales puros de cada tipo, y más aún, podemos afirmar que lo que existe actualmente en los Estados modernos son los sistemas procesales penales mixtos, “que se caracterizan por cualquier combinación entre los caracteres de acusatorio y los caracteres de inquisitorio, combinaciones que cabe realizar en los más

variados modos”³. En el caso específico de nuestro país, podemos decir, que se han implementado, en primer lugar –cronológicamente-, un sistema penal de corte inquisitivo y, actualmente, un sistema de corte preminentemente acusatorio.

1.3 Breve reseña de la evolución del Sistema Procesal Penal Chileno

En Chile, el Código de Procedimiento Penal recogía características de ambos sistemas configurándose un sistema procesal penal de corte principalmente inquisitorio. Este sistema procesal penal, reconocía una etapa de investigación previa, el sumario, y una etapa posterior de juicio propiamente contradictorio conocida como plenario.

Dentro de este sistema de procedimiento penal existía, en un comienzo, la figura de los denominados “Promotores Fiscales”, quienes eran, en primera instancia, los representantes del Ministerio Público y del interés social afectado en materia criminal. Éstos tenían por función la promoción e investigación de aquellos asuntos que debían ser sometidos a la justicia, producto del interés social involucrado y la conmoción que provocaban en la sociedad. En términos amplios cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre actualmente en nuestro país con la reforma procesal penal, el Ministerio Público que actuaba en el antiguo sistema procesal penal, se veía en la obligación, en virtud del mandato legal, de ejercer la acción penal pública.

Hoy, en contraposición a lo señalado, si bien el Ministerio Público se rige en su actuar por el principio de legalidad procesal, se inserta en el sistema el principio de oportunidad reglado y no discrecional, que les da la atribución de no iniciar la

³ MATURANA MIQUEL, Cristián. Introducción al nuevo sistema procesal penal. Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004. 56p.

persecución penal o de abandonar la ya iniciada cuando el hecho no comprometiere gravemente el interés público, en los casos que señala la ley y, sujeto a la revisión del juez de garantía. En sentido amplio, la oportunidad implica todas las excepciones a la legalidad y, por ende, la procedencia de salidas tempranas y alternativas.

Por último, en lo que respecta al antiguo Ministerio Público, hoy denominado “Fiscalía judicial”, la diferencia primera con el actual órgano persecutor público radica en que aquel constituye y siempre ha constituido un auxiliar de la administración de justicia, a diferencia de este último.

Finalmente, cabe señalar que el antiguo sistema de procedimiento penal comenzó a fallar. En el año 1927, debido a problemas presupuestarios, entre otros, los cargos de promotores fiscales fueron suprimidos, lo que acentuó la concentración ya existente, de las tres funciones fundamentales en el juez de la causa: investigación, acusación y resolución del caso, lo que obviamente representa un grave falencia que la doctrina siempre advirtió puesto que es casi imposible imaginar que la misma persona que lleva a cabo la investigación y la acusación, no esté prejuiciado al momento de tener que dictar sentencia. Debido a esto, hubo muchos intentos por modificar tal situación, destacando el Proyecto Galesio, el cual pretendía establecer, por un lado los jueces instructores encargados del proceso y por otro lado, los jueces sentenciadores. Sin embargo y pese a los numerosos intentos del proyecto, nunca se pudo introducir en la legislación.

1.4 Principios formadores del nuevo proceso penal

Teniendo presente lo ya señalado el legislador, a través de la reforma al proceso penal chileno buscó un cambio cultural y social en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, es por esto, que ella se funda, esencialmente, en el respeto irrestricto de las garantías y derechos de todas las personas, por lo que sus principios formadores apuntaban a brindar un mayor resguardo y protección que los otorgados en la antigua

legislación procesal penal. Es así, como las bases fundamentales del nuevo proceso penal se plasman en dos grandes principios: **El Debido Proceso y el Principio de Inocencia**, los cuales estudiaremos a fondo más adelante, a propósito de los principios informadores de la institución del Control de detención.

A continuación, procederemos a exponer los principios considerados fundamentales en el nuevo proceso penal:

- a) Juicio oral y público. Tal vez sea la oralidad lo que caracterice en mayor medida al nuevo proceso, como una contrapartida al proceso escriturado. El artículo 1º del Código Procesal Penal establece, no sólo como una necesidad, sino como un derecho de todas las personas el gozar de un juicio “previo, oral y público”. Comienza señalando que “ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometidas a medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial”, lo que lleva a la conclusión de que la oralidad forma parte, desde la promulgación del Código como Ley, de un elemento del debido proceso que debe ser incorporado, junto con otros de igual magnitud (v.gr. existencia de bilateralidad de la audiencia o la posibilidad de probar los asertos) como elemento básico del “procedimiento legalmente tramitado”, como epítome del mismo, interpretativo de la Carta Fundamental en esta materia regulada en el artículo 19 N° 3.

Esta oralidad se manifestará, fundamentalmente, en diversos momentos del procedimiento que podemos resumir en dos grandes sectores:

- a.1) El primero es la existencia de numerosas “audiencias” orales, en las que se resuelven los problemas que suscita el procedimiento, particularmente en la etapa de investigación. A estas audiencias orales asisten el fiscal del Ministerio Público, el imputado (esto es, a quien se atribuye participación en un hecho punible de cualquier manera y magnitud) y el defensor de éste, como requisito de existencia de la mayoría de las audiencias.

- a.2) El segundo es la existencia de un **juicio oral y público**, que se desarrolla en la tercera fase del procedimiento, siguiendo, también, algunos

principios informadores: oralidad, continuidad, inmediación, imparcialidad, publicidad, expedición y la libertad de prueba y de la valoración de la misma.

- b) Principio de la persecución penal única o *non bis in idem*. Esto quiere decir, como señala el inciso segundo del artículo 1º, que una persona que ha sido absuelta, condenada o sobreseída definitivamente por una sentencia ejecutoriada, no puede ser sometida a un procedimiento penal por el mismo hecho. Además, el artículo 13 señala que las sentencias extranjeras tendrán valor en Chile, por lo que nadie podrá ser juzgado nuevamente por un hecho por el que fue condenado conforme a las leyes de otro país. Es decir, se consagra al interior del Código Procesal Penal la cosa juzgada que sólo tenía existencia tangencial al interior del antiguo Código de Procedimiento Penal, como causal de sobreseimiento, excepción o de nulidad por casación, pero no como principio.
- c) Principio del Juez Natural. El Código ha vuelto a consagrar una regla que se encuentra en la Constitución y que señala que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ella. Lo que el Código ha añadido al dictado constitucional es que este tribunal debe estar establecido con anterioridad “a la perpetración del hecho” (artículo 2º).
- d) Principio de exclusividad investigativa del Ministerio Público. En este sentido se sigue el artículo 83 de la Carta Fundamental que expresa que el Ministerio Público dirige “en forma exclusiva” la investigación de los hechos constitutivos de delito. Lo mismo expresa la Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional de esta institución autónoma.

El Código señala que es al Ministerio Público a quien le compete exclusivamente (esto es, sin intervención de otra autoridad o persona) la investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible o bien los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.

- e) Principio de protección a la víctima. La víctima (en concepto del Código, el ofendido por el delito) era un actor de escasa consideración en la estructura del Código de Procedimiento Penal. No tiene una calidad jurídica definida, no es “parte” del proceso, salvo que deduzca querrela, y no juega un rol decisivo en este ámbito, siendo obviada en las decisiones que pueden, incluso, vincularla más poderosamente.

La Constitución obliga, en su artículo 83 inciso primero, al Ministerio Público a adoptar medidas de protección para víctimas y testigos. Idéntica referencia hace la Ley N° 19.640. Por su parte, el artículo 6° del Código Procesal Penal expresa que el ministerio público está obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento. A la vez, tanto el Código como la modificación realizada por la Ley N° 19.665 al Código Orgánico de Tribunales, obligan a los jueces de garantía, de reciente creación, a garantizar los derechos de los intervinientes, entre ellos, las víctimas.

De ahí que la víctima adquiriera un carácter de sujeto procesal en el nuevo sistema penal, a la que se le otorgan diversos derechos que se encuentran expresamente reconocidos en el artículo 109 del Código Procesal Penal.

- f) Autorización judicial previa. El artículo 9° exige autorización judicial previa otorgada por el juez de garantía para todos los actos del procedimiento que priven, perturben o restrinjan algunos de los derechos que le asegura la Carta Fundamental a los intervinientes en el proceso. Por ello, el inciso segundo, singularizando esta necesidad, manifiesta que esta autorización es necesaria cuando el fiscal necesite realizar una diligencia de investigación que puede acarrear estos efectos o cuando el fiscal quiere practicar diligencias de investigación sin conocimiento del afectado o antes de formalizar la investigación (artículos 70 y 236). Por ejemplo, si el fiscal necesita que se realicen exámenes corporales respecto del imputado y este se niega a realizarlos, requiere autorización judicial (artículo 197).

Teniendo en consideración lo señalado en nuestra primera aproximación al tema en estudio, desde ya se vislumbra en el espíritu del legislador y de nuestro nuevo Código Procesal Penal, la finalidad inmediata de lograr una protección más estricta de los derechos y garantías de los diversos intervinientes dentro del proceso, especialmente del imputado. Es en este punto, dentro del cual surge la importancia de estudiar las principales características de la institución de la detención como medida cautelar personal, ya que es en el ejercicio de dicha facultad jurisdiccional donde encontramos, con mayor claridad, la delicada línea que separa la protección de los derechos fundamentales de todo ciudadano y la eficacia de la persecución penal a cargo del Estado.

2. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL

2.1 Concepto y aspectos generales

La detención en nuestro sistema procesal penal está contemplada dentro de las denominadas medidas cautelares que, en términos simples, corresponden a aquellos instrumentos establecidos por el legislador para asegurar la efectividad de las sentencias y los fines del procedimiento a través del tiempo, en palabras del profesor Raúl Tavolari Oliveros “.....el sistema cautelar al asegurar la eficacia de la actividad jurisdiccional, al final lo que logra es preservar el Estado de Derecho”⁴.

Las medidas cautelares, como lo señala Manuel Ortells “cumplen por esencia, una función de aseguramiento; están destinadas a evitar el peligro, que afecta a la práctica efectividad de una resolución judicial que dado el orden del procedimiento- no puede adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en daño real,

⁴ TAVOLARI, Raúl. Las medidas cautelares. Revista de Derecho Procesal, (20): 284, 2005.

impidiendo que dicha resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida”⁵

Dentro de las medidas cautelares existen numerosas clasificaciones, siendo la más importante aquella que las divide en medidas cautelares reales y medidas cautelares personales, dependiendo de su objeto.

Las medidas cautelares reales son “aquellas destinadas a asegurar los bienes del imputado y de los demás comprometidos de las consecuencias dañinas del delito, a fin de hacer efectivas sus respectivas responsabilidades civiles indemnizatorias”.⁶

Las medidas cautelares personales, en cambio, son definidas como “aquellas destinadas a asegurar a la persona del imputado con respecto al estado de sujeción a que lo somete la imputación, para los efectos de la investigación del delito, la determinación del delincuente y la imposición de la pena”⁷, por lo que implican obviamente un mayor grado de atención, no sólo por parte de los Tribunales, sino que también del legislador. En el caso del legislador, en cuanto al establecimiento de los supuestos de hecho que las hacen procedente, y en el caso de los Tribunales de justicia, en la constatación de que efectivamente se dan esos supuestos para su procedencia con el debido respeto a los principios esenciales de inocencia, de legalidad, de provisionalidad y de proporcionalidad. Es precisamente en esta clasificación, donde se encuadra la medida cautelar de la detención.

A continuación, procederemos a señalar los presupuestos básicos que se exigen por nuestro legislador para poder dar aplicación a las denominadas medidas cautelares personales, a fin de poder llevar a cabo un estudio más acabado de la institución de la detención, lo que se hace absolutamente necesario para nuestro

⁵ ORTELLS, Manuel. Citado por Cristián Maturana Miquel en “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”. Apuntes de clases. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Julio 2004. 278p.

⁶ NÚÑEZ, J. Cristóbal. Tratado del proceso penal y del juicio oral. Introducción al estudio del Proceso Penal, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 285p.

⁷ *Ibíd.*

objeto de estudio. Posteriormente, nos abocaremos al estudio de aquellos principios que rigen la aplicación de las medidas cautelares personales en nuestro Código Procesal Penal, con el mismo objeto señalado precedentemente.

2.2 Presupuestos legales de las medidas cautelares personales

Teniendo presente el espíritu de la reforma procesal penal, de acuerdo a lo ya señalado, es lógico que el legislador haya querido establecer cuáles son los supuestos que hacen procedente la aplicación de las medidas cautelares personales, de manera que ella sea restringida y sea necesaria para los fines del proceso.

Como punto de partida respecto a este tema, cabe señalar que el inciso primero del artículo 122 del Código Procesal Penal establece que “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”. De esta manera, es de fácil apreciación que uno de los supuestos esenciales que deberán concurrir para que sea aplicable una medida cautelar personal, será el de “necesidad”, lo que implica la existencia de lo que en doctrina se conoce como *periculum in mora* o un peligro en la demora de la tramitación del juicio o de la aplicación de la pena, que pueda implicar un daño jurídico derivado de la fuga u ocultación personal y patrimonial del imputado.

A mayor abundamiento, del artículo 140 del Código Procesal Penal, referente a la prisión preventiva, se desprende que para que proceda dicha medida cautelar, y en general toda medida cautelar personal, es necesario que concurren dos presupuestos esenciales, a saber:

1. El supuesto material
2. La necesidad de cautela.

En cuanto al supuesto material, podemos señalar que éste viene dado por la “razonada atribución del hecho punible a una persona determinada”⁸. A mayor abundamiento, el artículo 140 del Código Procesal Penal señala que “Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieran presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor...” De esta forma, el solicitante tendrá que justificar y acreditar, por medio de los elementos de convicción que se hayan recogido, que concurre este presupuesto de la medida cautelar personal de la prisión preventiva para que ella sea procedente, y susceptible de ser aplicada por el órgano jurisdiccional.

En cuanto al segundo presupuesto de aplicación de la prisión preventiva, y que dice relación con la necesidad de las medidas cautelares personales, el artículo 140 del Código Procesal Penal exige: “c) Que existen antecedentes calificados que permitieran al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga”. De esta manera, esta exigencia del artículo en comento, se traduce en que el Juez de Garantía deberá ponderar la necesidad de las medidas cautelares personales solicitadas por el Ministerio Público, quien deberá probar la necesidad de su aplicación a través de la exposición de los hechos que establezcan el peligro que se pretenda contrarrestar.

Además cabe destacar que, el artículo 155 del Código Procesal Penal, que alude a la aplicación de otras medidas cautelares personales, señala en su inciso final que “La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva...”

⁸ MATURANA MIQUEL, Cristián. Ob. cit., 287p.

En el caso específico de la medida cautelar personal de la detención, se aprecia una regulación escasa, que nada señala respecto del hecho delictivo ni de la participación del imputado con el hecho punible, limitándose a señalar los requisitos necesarios para que ésta concurra. “Ello trae como consecuencia que si desgraciadamente la ley no es lo suficientemente precisa en la materia, pues los supuestos en que se encuentra permitida o en que es obligatoria la detención, están regulados con gran amplitud, escasamente el principio de legalidad puede desplegar su eficacia”⁹.

En opinión del profesor Raúl Tavolari, esta escasa regulación del presupuesto material de la detención judicial alude a que ella ya no responde a una medida cautelar, sino que a una medida de apremio: “Cuando en este Código se habla de detención, el modo como se estructuró la detención, le da características de apremio antes que características cautelares...”¹⁰

2.3 Principios generales de aplicación en las medidas cautelares

En la actualidad, la adopción de una medida cautelar personal, como la detención, en un Estado de Derecho, implica la aplicación irrestricta de determinados principios generalmente aceptados y aplicados por la doctrina y la jurisprudencia. Éstos son:

- a) Jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales: Cualquier medida que implique privar o restringir la libertad personal de un individuo debe obligatoriamente ser dispuesta previamente por un acto jurisdiccional.
- b) Instrumentalidad: como consecuencia de que las medidas cautelares personales son de carácter jurisdiccional deben estar supeditadas, obligatoriamente, a un proceso penal en curso. Es decir, son sólo un

⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Citado por Cristián Maturana Miquel en “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”. Apuntes de clases. Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Julio 2004. 288p.

¹⁰ TAVOLARI, Raúl. Ob. cit., 287p.

instrumento dentro de un proceso penal principal que tiene como finalidad garantizar el éxito de éste. Esto implica, también, que dado su carácter instrumental, las medidas que se hayan dictado en un proceso se extinguen con él.

- c) Excepcionalidad: las medidas cautelares, tanto reales como personales, son excepcionales, es decir sólo deben decretarse cuando concurra el ***fumus boni iuris*** o apariencia del buen derecho que justifique la aplicación de una medida que viene a alterar la situación de igualdad de las partes dentro del proceso.
- d) Proporcionalidad u homogeneidad: al estar destinadas a proteger la pretensión punitiva que se ha hecho valer en el proceso, las medidas cautelares personales deben tener directa relación con ésta, tanto cuantitativa como cualitativamente, existiendo grados o niveles de igualdad entre ambas. Es decir, no pueden exceder, ni en tiempo ni en intensidad, a la pretensión punitiva que se espera lograr a través del proceso penal.
- e) Temporalidad: las medidas cautelares personales, necesariamente, tienen una duración limitada. En un principio, su duración no llega más allá que la dictación de sentencia, pero si ésta se demora la medida pierde su legitimidad. Es así como si el órgano persecutor solicita la aplicación de una de estas medidas existe una obligación intrínseca de hacer todo lo que este a su alcance para que el proceso concluya lo antes posible.
- f) Provisionalidad: las medidas cautelares personales sólo están destinadas a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo que permita poner fin a esta medida, ya sea la revocación de la resolución que la decretó, el otorgamiento de una caución económica por parte del imputado para asegurar su comparecencia, la dictación de la sentencia definitiva absolutoria o sobreseimiento definitivo o temporal, la suspensión condicional del procedimiento, etc.
- g) Sustituibilidad: este principio se aplica a la prisión preventiva propiamente tal, en el sentido que en cualquier momento del proceso, ya sea de oficio o a petición de parte, se podrá sustituir la prisión preventiva con cualquier otra medida cautelar de menor intensidad que asegure la comparecencia del

imputado en el proceso. Este principio está íntimamente ligado a los principios de Necesidad y de proporcionalidad.

- h) Acumulabilidad: a petición de parte el tribunal puede dictar una o más medidas cautelares en contra de una misma persona, mientras no sean incompatibles entre sí.
- i) Dignidad: las medidas cautelares personales no pueden generar situaciones que atenten o vulneren la dignidad humana del imputado. Por esto, la medida deberá llevarse a cabo resguardando las condiciones mínimas de bienestar para el privado de libertad y en lugares que estén autorizados por ley para ser utilizados como lugares de privación de libertad.
- j) Responsabilidad del Estado en la adopción de estas medidas: Comprende el derecho a indemnización por error judicial en los casos en que una persona es privada de libertad durante un proceso penal por un error judicial, siendo el Estado el responsable de indemnizar el daño provocado, cumpliéndose los requisitos constitucionales para tales efectos.

3. LA DETENCIÓN EN EL ANTIGUO SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

Para comenzar nuestro análisis acerca de las diferencias que ha planteado la medida cautelar personal de la detención en nuestro país, a la luz de la evolución de los sistemas procesales penales que se han implementado en Chile estimamos que, en primer lugar, es necesario introducirnos, a lo menos de forma somera en lo que hasta hace pocos años había sido nuestro sistema procesal penal, ya que de esta forma podremos obtener información acerca de las líneas que han guiado este proceso, de sus virtudes y defectos y, en consecuencia, de las razones que motivaron una reforma en todo lo que es el sistema procesal penal. Sólo así, descubriendo y reconociendo las bases y líneas que inspiraron ambos sistemas procesales, podremos establecer los efectos que produce la declaración de ilegalidad de una detención en particular y la extensión de los mismos.

3.1 La detención a la luz de los principios inspiradores del antiguo Código de Procedimiento Penal

Teniendo presente la exposición general de los distintos sistemas procesales que se han implementado en nuestro país, se puede vislumbrar que, en el caso del sistema inquisitivo, el tratamiento otorgado a las medidas cautelares personales se realiza sobre la base de que el interés del Estado por hacer efectiva la pretensión punitiva frente a la comisión de un delito se encuentra por encima del resguardo de los derechos y garantías de la persona. Dicha característica es de fácil apreciación, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 246 del antiguo Código de Procedimiento Penal que señala que “Todo individuo contra quien las diligencias del sumario arrojen datos que hagan presumir su responsabilidad penal, quedará sujeto a la obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de su libertad personal en la forma determinada en este título”, redacción que difiere profundamente de la establecida en el artículo 122 del nuevo Código Procesal Penal, respecto de la procedencia de las medidas cautelares personales que establece en su primera línea que “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento.....”, dejando de manifiesto el carácter restrictivo de la aplicación de dichas medidas, en resguardo de las garantías y derechos del imputado.

Teniendo presente entonces, que en el antiguo proceso penal, el interés del Estado en la persecución del delito es de orden superior, surge como consecuencia inmediata, en el caso específico de la detención, que ésta sea considerada como un instrumento de uso discrecional del órgano jurisdiccional y de aplicación indiscriminada, pudiendo aplicarse mientras se decide si la persona va a ser sometida a proceso o no. Cabe destacar que, a la luz de las bases que informaban el antiguo sistema procesal penal, la prisión preventiva era casi una consecuencia necesaria y directa del auto de procesamiento, sin que existiera previamente una discusión o una fundamentación que acreditara su procedencia.

Igualmente, llama la atención la redacción del artículo 251 del Código de Procedimiento Penal, que al referirse a la procedencia de la detención establece que “Para asegurar la acción de la justicia, podrán los jueces decretar la detención de una persona en la forma y en los casos determinados por ley”, muy distinto a lo establecido hoy en nuestro Código Procesal Penal, en que el legislador, en la primera norma contenida en el párrafo de la detención se refiere a los requisitos legales que deben concurrir al momento de proceder a la detención de una persona, estableciendo de forma impetuosa que “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuera sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”, quedando de manifiesto los principios que subyacen a la aplicación de las medidas cautelares personales en el nuevo sistema procesal penal: la legalidad, la jurisdiccionalidad y la excepcionalidad, entre otros.

Esta situación, se acentuaba con el hecho de que las funciones de investigar, acusar y juzgar radicaban en una sola persona, la cual, al reunir un conjunto de antecedentes probatorios en contra de la persona a la que se imputaba participación en un hecho punible, entendía, muchas veces, justificada la existencia del delito y la sometía a proceso, quedando esta persona sustraída del régimen de libertades, inherente a todo ciudadano, y viéndose menoscabado el principio de inocencia.

4. LA DETENCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Realizado un análisis amplio de los diversos sistemas procesales penales, el antiguo procedimiento y los principios que vienen a inspirar la reforma al sistema de justicia criminal en nuestro país, dirigiremos nuestro estudio a la institución de la detención en el nuevo Código Procesal Penal.

En primer lugar, cabe establecer que si bien nuestro Código Procesal Penal no nos otorga un concepto de la institución de la detención, es posible derivar de sus

disposiciones sus características principales, lo que deja de manifiesto la intención del legislador en torno a su aplicación exclusiva y restrictiva. De esta forma, ha sido la doctrina la encargada de otorgar un concepto de la medida cautelar de la detención, señalando que corresponde a “aquella conforme a la cual se priva por breve tiempo a un individuo de libertad, respecto del cual existen fundadas sospechas de participación en un hecho que reviste caracteres de delito o que se teme que no preste colaboración con la justicia”¹¹.

En nuestro Código Procesal Penal, la medida cautelar de la detención se encuentra establecida en el Párrafo 3º, Título 5º, Libro I, artículos 125 a 138. De esta regulación, como ya se señaló anteriormente, emanan sus características esenciales:

- a) Medida cautelar personal, lo que refuerza su carácter instrumental de aseguramiento de la persona del imputado para el buen desarrollo del proceso, y excluye la percepción de que sea considerada como una pena.
- b) Sujeción estricta al principio de legalidad, lo que se manifiesta no sólo en cuanto a los casos en que procede, como lo hace el artículo 5º del Código Procesal Penal, que señala que “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”, sino que también respecto de las personas que pueden hacerla efectiva, lo que se reconoce en el artículo 125 del mismo cuerpo legal que establece que “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuera intimada de forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”, disposición que da origen a una clasificación de la medida cautelar de la detención:

¹¹ TAVOLARI, Raúl. Ob. cit., 286p.

b.1) Detención Civil: “Aquella que constitucionalmente está autorizada para practicar cualquier persona en presencia de un delito flagrante, es decir, todo habitante del país, puede detener al hechor para el solo efecto de ponerlo a inmediata disposición de un juez”¹²

b.2) Detención Policial: Aquella practicada por la policía en su misión de velar y mantener el orden público, ya sea con orden judicial o sin ella, “la policía está sometida al imperativo jurídico de detener al delincuente flagrante, al que ha quebrantado la condena o al que se fuga estando detenido o preso”¹³

b.3) Detención Judicial: Aquella que es decretada por un juez, ya sea la que puede decretar cualquier tribunal por crímenes o simples delitos cometidos en su despacho o aquella decretada por el juez de garantía competente a solicitud del ministerio público.

c) Priva de libertad al imputado por un breve lapso de tiempo. Respecto de esta característica de la detención, cabe señalar dos aspectos importantes:

c.1) Breve lapso de tiempo. En el Código Procesal Penal, se establece expresamente en el artículo 131 que la detención en ningún caso podrá exceder de 24 horas, contados desde el momento en que se hubiere practicado, y solo en casos calificados y a petición del Ministerio Público podrá ampliarse la detención hasta por un máximo de tres días, como lo señala el artículo 132.

c.2) Recae sobre la persona del imputado. En otras palabras, la única libertad que puede verse afectada es la de la persona a la cual se le atribuye participación en el hecho punible.

¹² TAVOLARI, Raúl. Ob. cit., 286p.

¹³ *Ibíd.*

- d) Su objeto, teniendo presente su carácter de medida cautelar, reside en asegurar la eficacia del proceso en relación con el ejercicio de la pretensión punitiva que debe hacerse efectiva en el futuro producto de la dictación de una sentencia definitiva.
- e) La detención tiene ciertos rasgos disímiles a las demás medidas cautelares personales “por una parte, admite una excepción al principio de la jurisdiccionalidad permitiendo excepcionalmente que la medida se materialice por poderes extrajudiciales y, por otra parte, la característica de la provisionalidad adquiere mayor vigor en este ámbito caracterizando a la detención como una medida interina y provisionalísima”¹⁴

Tal como lo señala el artículo 125 del Código Procesal Penal, la detención sólo procederá por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

4.1 Casos en que procede la Detención

A continuación, procedemos a estudiar los distintos casos en que procede la detención, regulados en los artículos 125 y siguientes del Código Procesal Penal, normas que cumplen con el mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 7 letra c).

- a) Detención en caso de delito flagrante: el artículo 129 inciso primero señala que “cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio

¹⁴ HERRERA, Marta. Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal. En: Diplomado Nuevo Proceso Penal. Año 2006, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 11p.

público o a la autoridad judicial más próxima”, estamos frente a una norma que “autoriza a los particulares para efectuar la detención de una persona en caso de flagrancia pero no les impone la obligación de practicarla”¹⁵, pero si la obligación de poner a la persona a disposición de los órganos correspondientes en el menor tiempo posible. El artículo 130 del mismo cuerpo legal señala los cinco casos en que se entenderá que una persona se encuentra en situación de flagrancia, la doctrina basada en la definición que la RAE da de “flagrancia” señala que “para que exista flagrancia es necesaria, pues, una **evidencia sensorial**, no bastando una presunción, por muy probable que se presente la comisión delictiva; así se evidencia una necesaria real perpetración del hecho, no una mera sospecha”¹⁶.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 129 impone la obligación, a diferencia de lo que sucede con los particulares, a los agentes policiales de detener a quienes sorprendieren infraganti en la comisión de un delito, “sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales”¹⁷.

- b) Detención en caso de quebrantamiento de una condena o de una medida cautelar personal: dentro del artículo 129 inciso final encontramos dos hipótesis de detención realizada por las policías, por cuanto señala que “la policía, deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva”. En la primera hipótesis la detención no se puede considerar como una medida cautelar “sino de una medida de seguridad que busca reintegrar al condenado al estado de cumplimiento de la pena, que ya le ha sido impuesta por sentencia firme”¹⁸. En cambio, en la segunda hipótesis lo que

¹⁵ MARÍN, Juan Carlos. Las medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. Revista de Estudios de la Justicia, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, (1): 26, 2002.

¹⁶ HERRERA, Marta. Ob. cit., 2p.

¹⁷ MARIN, Juan Carlos. Ob. cit., 27p

¹⁸ *Ibíd.*

se busca es llevar al sujeto nuevamente frente al juez, a fin de continuar con el proceso de forma regular, teniendo este hecho como antecedente para la imposición de nuevas medidas cautelares personales por parte del juez.

- c) Detención Judicial: contemplada en el artículo 127 del Código Procesal Penal, el tribunal podrá, a solicitud del Ministerio Público, ordenarla, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia del imputado pueda verse demorada o dificultada. Para algunos, esta norma adolece de una omisión importante por parte del legislador, ya que “a diferencia del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, no configuró algún elemento normativo de imputación en contra del sospechoso de un delito, y sólo operar con el riesgo de entorpecimiento o de demora”¹⁹.

El segundo caso de detención judicial es aquel que señala el inciso segundo de la misma norma referida anteriormente en aquellos casos en que, previa citación judicial, el imputado no haya concurrido a una audiencia en que su presencia es un requisito de existencia de la misma, sin justificación previa.

El artículo 128 del mismo cuerpo legal incluye una hipótesis especial en materia de detención, al señalar que “todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, podrá dictar órdenes de detención contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito, conformándose a las disposiciones de este título”

4.2 Plazos de la Detención

El artículo 131 del Código Procesal Penal en su inciso primero señala expresamente que “Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de

¹⁹ MARIN, Juan Carlos. Ob. cit., 27p.

detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden. Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas”, norma que deja de manifiesto el carácter garantista del nuevo sistema, que busca disminuir en la mejor forma posible la vulneración de la garantía fundamental de la libertad personal del detenido. Respecto de la detención que realiza la policía de un sujeto sorprendido infraganti, el agente policial deberá informar al ministerio público dentro de un plazo máximo de 12 horas.

Por otra parte, tratándose de una detención por flagrancia practicada por un particular, el artículo 129 es claro, éste debe conducir inmediatamente al aprehendido ante los órganos allí señalados, “de aquí se concluye que bajo esta hipótesis la medida cautelar sólo dura el instante que media entre el acto mismo de la detención y su inmediata entrega a la autoridad correspondiente”²⁰

El detenido debe ser llevado ante el juez de garantía y en la primera audiencia, que será generalmente aquella conocida como “audiencia de control de detención”, el Ministerio Público puede solicitar la ampliación del plazo de dicha medida hasta por tres días, lo que se contempla en el artículo 132 del Código Procesal Penal, lo que difiere claramente a lo establecido por la Constitución Política de la República, que en su artículo 19 N° 7 letra c) señala que el juez por resolución fundada puede ampliar el plazo de la detención hasta por 5 días y, hasta por diez, en el caso que se investiguen hechos que la ley califique como conductas terroristas.

De esta manera, y luego de haber hecho una breve exposición del concepto y de las características esenciales de la detención en la actual legislación procesal penal, procederemos a realizar una breve exposición de los derechos y garantías del detenido en el nuevo proceso, cuya infracción puede traer como consecuencia la declaración de ilegalidad de la detención.

²⁰ MARIN, Juan Carlos. Ob. cit., 28p.

CAPÍTULO II

DERECHOS Y GARANTÍAS DEL DETENIDO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DETENIDO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Si queremos tener una visión más amplia del conflicto que se produce entre la eficacia del proceso y el resguardo de las garantías constitucionales en el proceso penal y sus posibles repercusiones en el tema en estudio, es necesario realizar un breve análisis de cada una de las garantías que se pueden ver involucradas, esencialmente en el comienzo de la etapa de investigación, al momento de la detención.

1.1 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica

Este derecho consagrado por el artículo 19 N° 1 de nuestra Carta Fundamental es la base de todas las demás garantías, ya que señala lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

1º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

El derecho a la vida fue una de las garantías más importantes introducidas a nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1980, ya que con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial la mayoría de las Constituciones no reconocían expresamente este derecho, sino que se subentendía como el supuesto de todo ordenamiento jurídico. Se puede definir como “la facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre”²¹

Esta garantía busca consagrar de forma definitiva la protección constitucional de la vida desde el mismo momento del nacimiento, otorgando el derecho a todas las personas a concurrir a los tribunales de justicia para que se le proteja de atentados de autoridades o de particulares. Así también, establece que la vida desde el momento de la gestación será protegida por la ley, consecuencia directa de esto es la tipificación de toda interrupción no natural del embarazo como delito de aborto.

Además, esta garantía incluye la protección de la integridad física y psíquica de toda persona, es decir el ser humano tiene derecho a vivir desarrollando, en pleno, sus facultades físicas e intelectuales, sin injerencias abusivas de otro particular o de autoridad alguna. Es por esto, que el constituyente termina la redacción de esta norma prohibiendo cualquier tipo de apremio ilegítimo, es decir aquel que se ejerce sobre una persona sin tener la legitimidad o autorización legal correspondiente, como la tortura física y psicológica, malos tratos crueles de palabra u obra que puedan provocar un daño a la persona en su cuerpo o desarrollo intelectual, prohibición que es total y que no permite excepción alguna, ni aún en casos excepcionales como estados de excepción constitucional, de guerra, inestabilidad política o cualquier otra emergencia pública. Aún así, existen en nuestra legislación apremios que se consideran legítimos, como el embargo, el arresto conforme a la ley, la incomunicación, entre otros.

²¹ VERDUGO M., PFEFFER E., NOGUEIRA H. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. 199p.

En relación a nuestro tema de investigación, es la garantía de protección de la integridad física y psíquica de toda persona una de las que se puede ver afectada al momento de una detención. Recordemos que el Código Procesal Penal establece en su artículo 93 diversos derechos y garantías del imputado por un delito, donde encontramos que en la letra h) señala que el imputado tendrá, en especial, derecho a “no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Si, durante el período que dura la detención o en el momento mismo de ser practicada, la policía o el órgano que realizó la diligencia comete algún acto de violencia física o psíquica contra la persona sujeta a dicha medida, ésta podrá solicitar que se declare la detención como ilegal ante el juez de garantía y que se le otorgue la libertad inmediatamente. Así también, si durante la detención la persona fue interrogada y su declaración se obtuvo mediante apremios ilegítimos o tortura, esta declaración no tendría valor alguno conforme a lo establecido por el artículo 276 del Código Procesal Penal.

1.2 Igualdad ante la ley

Esta garantía se enmarca en aquellas que parte de la doctrina ha denominado los “Derechos de la Seguridad Jurídica”, y constituye la base de las restantes igualdades que se encuentran contempladas en el Capítulo III de la Constitución Política de la República. El artículo 19 N° 2 establece:

“La constitución asegura a todas las personas:

2° La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Lo que busca proteger esta garantía es el sometimiento de todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias a un mismo estatuto jurídico en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, sin posibilidad alguna de hacer distinciones a favor o en contra de ninguna persona, ya sea por su raza, religión, nacionalidad, profesión u otro motivo. La Corte Suprema siempre le ha otorgado un alcance sociológico a esta garantía, en uno de sus fallos ha entendido que “la igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera que sea su posición social o su origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de razas, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal. Tal igualdad se manifiesta concretamente por la generalidad, característica que de ordinario corresponde a la naturaleza de esta norma jurídica; pero ello no significa que en absoluto no puedan dictarse leyes de carácter particular relativas a situaciones específicas y aun personales, como ocurre con frecuencia”²² (C.S., 25-11-1970)

Sin embargo, es cierto que en ciertos ámbitos de la vida del derecho la ley realiza ciertas distinciones que tienen directa relación con exigencias o requisitos para el ejercicio de ciertos derechos, distinciones que no afectan esta garantía en su esencia, debido a que no se estarían estableciendo discriminaciones arbitrarias, sino que son producto de la naturaleza o de la conveniencia social. Por lo tanto, no es una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias específicas, suponiendo la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición.

La doctrina ha entendido como discriminación arbitraria “toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en

²² VERDUGO M., PFEFFER E., NOGUEIRA H. Ob. cit., 214p.

otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”²³, o como se estableció en las sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución aquellas “que no se funden en la razón, en la justicia o no propendan al bien común. En síntesis, las que sólo representan un mero capricho y carecen de una motivación o fundamento racional” (Sesión N° 93)²⁴. Este mandato constitucional está dirigido tanto al legislador como a la autoridad en general, pero su defensa será diferente según quien sea el causante del agravio.

Como la mayoría de las garantías que contiene el artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, la garantía de igualdad ante la ley tiene una protección supraconstitucional en diversos tratados y convenciones internacionales, así el artículo 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica; artículo 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2º y 26) como el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 1º N° 1 y 24) reconocen el derecho a protección contra cualquiera discriminación; artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 3º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asegura a los hombres y mujeres igual título para gozar de todos los derechos allí enunciados.

Esta garantía es fundamental en el proceso penal, estableciendo una fuerte protección a todas las personas que se vean involucradas en él, especialmente en la etapa de investigación, asegurando que el trato que recibirán de las autoridades judiciales y del Ministerio Público será el mismo, sin importar su condición dentro de la sociedad. Esto implica que las normas sobre el procedimiento regular de una detención de cualquier persona ante el indicio o flagrancia de haber cometido un acto penado por la ley deben ser aplicadas de la misma forma, sin importar su calidad, grado, sexo o condición. Esto también se aplica durante el tiempo que dure la

²³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. 125p.

²⁴ VERDUGO M., PFEFFER E., NOGUEIRA H. Ob cit., 215p.

detención, tanto en el lugar donde se lleve a cabo, como en el trato que debe recibir el detenido.

Tanto es así, que fácilmente se puede apreciar en el nuevo proceso penal, que la vulneración de esta garantía puede dar cabida a que estemos en presencia de una detención ilegal, toda vez que de no aplicarse los supuestos que la hacen procedente de forma igualitaria y de acuerdo a lo expresamente señalado en la ley, para un caso particular, se podrá solicitar la declaración de ilegalidad de aquella detención, incluso presentar un recurso de amparo o de protección ante los tribunales superiores de justicia conforme a lo establecido por los artículos 20 y 21 de la Constitución, con todos los efectos que esto pueda implicar.

1.3 Igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la Justicia

Directamente vinculado a la garantía anterior encontramos el Artículo 19 N°3 que preceptúa:

“La Constitución asegura a todas las personas:

3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden o Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

Como se puede ver a simple vista, este numeral del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental es uno de los más importantes en materia procesal penal, estableciendo la igual protección en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la justicia, esencialmente al establecer constitucionalmente la protección del Debido Proceso.

En este punto nos detendremos en el análisis de la garantía de igualdad en el ejercicio de los derechos, la cual se considera una consecuencia directa de la garantía anterior de igualdad ante la ley y con ella se busca que toda persona que deba recurrir ante cualquier autoridad para la protección de sus derechos no sufra ningún tipo de discriminación arbitraria en razón de su raza, religión, sexo o condición, sino que se encuentre en un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios o fueros especiales para ciertas personas, siendo eliminados paulatinamente de nuestro ordenamiento jurídico los fueros personales. Cualquier persona que recurra a la justicia debe ser tratada en tribunales en atención a unas mismas leyes y sujeto a un mismo procedimiento, también en relación al trato que se le dio a otras personas en otros juicios y que se encontraban en la misma situación. De hecho, la jurisprudencia ha considerado como inconstitucional dar un trato igual en situaciones desiguales, el cual no resultaría razonable.

Si bien ante la transgresión de esta garantía la persona afectada no cuenta con la posibilidad de acudir a los tribunales superiores de justicia a través del Recurso de protección, sí tiene el derecho de accionar ante los tribunales ordinarios de justicia, quienes se encuentran obligados a dictar medidas de protección a favor del afectado, en relación al Principio de Inexcusabilidad que rige el actuar de los tribunales en Chile. Por lo tanto, en materia procesal penal toda persona que vea vulnerado su derecho de igualdad en el ejercicio de sus derechos puede recurrir ante el Juez de Garantía quien es el llamado por la ley para tomar las medidas necesarias para restituir el imperio del derecho en el caso específico.

La protección de la igualdad en el ejercicio de los derechos se extiende al ámbito supraconstitucional al ser reconocido como un derecho de todos los hombres en diversos tratados y convenciones internacionales, así lo consagra el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 14 N° 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En cuanto al tema que nos convoca, esta garantía asegura que toda persona que se vea afectada por una detención irregular pueda concurrir ante los tribunales de justicia, ya sea ante un tribunal superior a través de un recurso de amparo o ante el juez de garantía quien es el llamado a restituir el imperio del derecho, declarando la ilegalidad de esa detención. Además, esta garantía implica que las personas que concurren ante los tribunales de justicia en búsqueda de protección de sus derechos tengan igual acceso a dicha protección, sin importar su condición, e igualdad en las vías de acción, tanto en su derecho a recurrir a la justicia como en su derecho a un defensa letrada.

1.4 Respeto y protección a la vida privada y pública, y a la honra de la persona y de su familia

El artículo 19 N° 4 de la Constitución plantea una nueva garantía que algunos autores han denominado el “derecho a la privacidad”²⁵, incluyendo en su texto diferentes expresiones que analizaremos mas adelante. Esta norma dice así:

“La Constitución asegura a todas las personas:

4º El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan”.

Si bien el tenor de la última parte de esta norma esta dirigida esencialmente al delito de injurias y calumnias a particulares en medios de comunicación social, es el primer inciso el que nos interesa para nuestro estudio.

Para enmarcar el análisis de esta garantía es necesario definir ciertos términos básicos, como dilucidar que ha entendido la doctrina como concepto de “vida privada”. Así, para don Enrique Evans de la Cuadra “el concepto de vida privada está directamente vinculado a la “intimidad”, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro,

²⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit., 211p.

comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin intervención o presencia de terceros”²⁶.

El respeto que se debe a la vida privada, es un derecho que ninguna persona o autoridad alguna puede vulnerar, afirmación que encuentra su gran excepción en la investigación por el Ministerio Público de algún delito que signifique intromisión en la esfera privada de una persona determinada. Como ejemplo de esta excepción, podemos mencionar la investigación de delitos vinculados directamente a situaciones de la vida privada de las personas, como sería el caso de un delito de connotación sexual. Es por esto, que al encontrarnos en un caso como éste la ley exige autorización judicial previa para el actuar del Ministerio Público, quedando fuera del proceso penal toda prueba que sea recogida en una diligencia que carezca de ella, considerándose una prueba ilícita.

En este precepto, la Constitución también asegura el respeto a la vida pública de las personas, norma que no tiene antecedente alguno en la legislación chilena por lo que se cree que el constituyente quiso cautelar a aquellas personas que por su oficio o profesión deban o puedan ser conocidas por la sociedad, por lo que esta norma esta dirigida principalmente a los medios de comunicación social. Además, poder precisar el alcance de lo que debemos entender como “vida pública” es muy difícil, en especial en situaciones en que el límite entre lo público y lo privado es tan difuso. Nuestros tribunales, en términos generales, han planteado al respecto que los actos que una persona realiza en un lugar de acceso público o abierto no se pueden considerar de la vida privada de la misma, quien voluntariamente los ha desarrollado en un lugar abierto al público. Dentro del tema en estudio de nuestro trabajo esta garantía no tiene mayor trascendencia.

²⁶ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit., 213p.

Y por último, esta norma asegura el respeto a la honra de las personas y de sus familias. Este es un concepto ligado al buen nombre, a la buena fama y al bien moral, que permiten que una persona merezca la consideración de su entorno como una persona de bien. Esta protección se extiende a la honra de su familia, la que se entiende como el entorno más íntimo de la persona que alega su respeto y no al concepto amplio que se puede extraer del derecho civil que incluye a los ascendientes, parientes colaterales y afines. Como vemos esta garantía no se vería mayormente involucrada dentro de nuestro tema en estudio, sólo en relación al cuidado que debe tener el Ministerio Público al imputarle un delito a alguna persona conocida y reconocida en el ámbito público, resguardando que no se convierta en una acusación injuriosa.

Como consecuencia de esta norma, la Ley N° 19.423 del año 1995 agregó al Título III del Libro Segundo del Código Penal el Párrafo 5 “De los delitos contra el respeto y protección a la vida pública de las personas y su familia”. Además, se introdujeron importantes modificaciones a las leyes sobre Abusos de Publicidad.

Esta garantía tiene además una protección supraconstitucional en diversos tratados y convenciones internacionales ratificadas por Chile. Así, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En relación directa al derecho a la honra de toda persona y su familia, en el tema que nos convoca, el juez de garantía debe velar, en virtud del mandato legal, porque los órganos encargados de realizar la persecución penal, y de concretizar las órdenes de detención, no vulneren esta garantía, en atención a que, conforme al principio de inocencia, toda persona debe ser tratada como inocente, a fin de resguardar su honra y la de su familia, es decir, que la diligencia de la detención, propiamente tal, debe ser realizada de una forma respetuosa y digna respecto del detenido y su entorno.

1.5 Inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada

El artículo 19 N° 5 de nuestra Carta Fundamental declara que:

“La Constitución asegura a todas las personas:

La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”

El hogar o domicilio se considera como una prolongación de la personalidad y, por lo mismo, su inviolabilidad constituye una de las garantías constitucionales más antiguas, de hecho la Constitución Francesa de 1791 ya consagraba la protección de la “casa familiar”²⁷

Este artículo tuvo un gran progreso en consideración a su antecesor en la Constitución del 25, ya que refundió en un solo numeral lo que en la anterior carta fundamental se encontraba en los numerales 12° y 13° del artículo 10. Además, cambió la expresión “casa” por la de “hogar” lo que hace mas extensiva la protección de la norma, ya que esta expresión equivale a “recinto privado” lo que abarca la vivienda familiar, las oficinas, hoteles y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso de publico o de bien nacional de uso público.²⁸

En doctrina, se estima que esta protección se encuentra vulnerada no sólo cuando una persona ingresa indebidamente al hogar, sino que existen otras formas de alterar o perturbar esta garantía. Según lo que se puede rescatar de las discusiones del constituyente, lo que se pretende proteger con esta garantía no es el hogar como espacio físico propiamente tal, sino que la intimidad de la persona y su familia, la que no puede ser alterada, perturbada o molestada por acciones ilegítimas de cualquier

²⁷ VERDUGO M., PFEFFER E., NOGUEIRA H. Ob. cit., 254p.

²⁸ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Ob. cit., 220p.

tercero. El hogar no puede allanarse sino en los casos y formas determinadas por la ley.

Por otra parte, este artículo incluye la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas que comprende la protección de la correspondencia o mensajes telegráficos, telefónicos, radiales, por telex y los emitidos por cualquier otro medio, y la inviolabilidad de los documentos privados, tanto aquellos que las personas lleven consigo como los que guarden en sus hogares u oficinas. Con esto, se asegura que ninguna persona puede interceptar, allanar, abrir o registrar las comunicaciones o documentos privados de otra persona a menos que una norma legal lo autorice en casos excepcionales y siguiendo las formalidades que se exigen.

Dentro del proceso penal, el Ministerio Público debe contar con autorización judicial previa para proceder a alguna diligencia de investigación que prive o perturbe esta garantía, autorización que en casos en que se requiere con urgencia puede ser dada por cualquier medio idóneo incluso por vía telefónica, sin perjuicio de la constancia posterior, tal como lo exige el artículo 9º en su inciso final del Código Procesal Penal.

Como las anteriores garantías estudiadas, también tiene una protección supraconstitucional en diversos tratados y convenciones internacionales ratificados por Chile, así en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 9 y 10 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

Respecto de la protección de estas garantías dentro del proceso penal, y más específicamente en cuanto a la detención, se puede determinar que la resolución judicial que autorice dicha diligencia debe ser expresa y contener toda otra atribución que se otorgue al órgano que la llevará a cabo. Es así, como se podría declarar ilegal una detención en la cual se haya realizado un allanamiento de morada o interceptación de comunicaciones sin autorización judicial previa de forma expresa o en otro lugar del expresamente señalado en la orden, convirtiéndose esta garantía en

una de las fundamentales en cuanto a la declaración de ilegalidad de una detención y sus efectos.

1.6 Derecho a libertad personal y a la seguridad individual

Este derecho está establecido por la Constitución en el numeral N° 7 del artículo 19, y apunta a la consagración completa de la libertad personal, recogiendo preceptos que estaban repartidos en distintas partes de la Carta de 1925, entregando a la garantía la unidad de concepto que necesitaba y agregando a ella nuevos bienes jurídicos protegidos que vienen a enriquecerla. Conforme lo que plantea don Enrique Evans de la Cuadra, se podría entender por libertad personal y seguridad individual “el derecho de toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, de trasladarse de un punto a otro y de entrar y salir del territorio nacional guardando las normas legales y protegidas por ellas, cuidando de no vulnerar los derechos de las demás personas”.

Esta protección también se extiende al ámbito internacional, la encontramos en los artículos 3º, 9º, 13, 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 12 N° 1, 9, 10, 11, 13 y 14 N° 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 5º, 7º, 10 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta garantía resulta primordial para nuestro estudio, ya que dentro del proceso penal y esencialmente en la etapa de investigación, se puede ver afectada por diversas actuaciones de los órganos partícipes en ella, dígase policías o el órgano a cargo de la investigación que es el Ministerio Público, especialmente respecto de la detención.

De esta forma, esta garantía, es base de los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal en la aplicación de las medidas cautelares personales, ya que ellas deben ser consideradas como ultima ratio para la prosecución de los fines del proceso. Esto implica que el legislador estableció taxativamente, en orden al principio de

legalidad, los casos en que una detención será procedente y realizada conforme a derecho, exigiendo autorización judicial previa o la configuración precisa de alguno de los casos de delito flagrante establecidos. Su transgresión obligará al Juez de garantía declarar dicha detención ilegal y poner en libertad inmediata al afectado con la imputación.

2. DERECHOS DEL DETENIDO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Otro de los puntos destacables en el nuevo Código Procesal Penal, corresponde el establecimiento de un catálogo de derechos que se le reconocen en forma expresa al imputado en el párrafo IV, Título IV del Libro I, denominado “Derechos y garantías del Imputado”. Dentro de este conjunto de derechos y garantías que han sido establecidas por nuestro legislador, toman especial importancia para nuestra investigación, aquellos que se establecen expresamente para el imputado privado de libertad en el artículo 94 del Código Procesal Penal, por lo que a continuación procederemos a enumerarlos:

2.1 Derecho a conocer el motivo de su detención y ser informado

Teniendo presente todo lo ya señalado en cuanto a los principios que subyacen a la reforma procesal penal y a los defectos que se busca subsanar con ella, no es difícil entender la inmensa importancia que implica el que este derecho esté legalmente consagrado, convirtiéndose en una garantía primordial para aquella persona que es privada de libertad. A mayor abundamiento, al señalarse expresamente en el artículo 94 letra a) que “...se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad...” queda de manifiesto la intención del legislador en cuanto a resguardar la transparencia del nuevo sistema procesal penal y fundamentalmente la presunción de inocencia del imputado, lo que ha producido numerosas consecuencias, destacando entre ellas la reforma que llevó a excluir la detención por sospecha.

Además se señala en el mismo artículo el derecho a que se le exhiba la orden de detención, con la sola excepción del caso de delito flagrante.

2.2 Derecho a ser informado por el funcionario a cargo de la detención de: a) derecho de ser asistido por un abogado y de entrevistarse con él, b) derecho a guardar silencio o a prestar declaración sin juramento, c) derecho a las comodidades compatibles con la seguridad del recinto y al derecho señalado en el numeral precedente

La importancia del artículo 94 letra b) del Código Procesal Penal que, a su vez, se remite al artículo 135 del mismo cuerpo legal, radica en que en ambos artículos se regula la información que se debe proporcionar al detenido, con lo que se resguarda el principio de inocencia, se garantiza el derecho a defensa, y se da aplicación a un principio base que subyace a todo sistema procesal penal, el principio de la certeza jurídica.

2.3 Derecho a ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención

Con este derecho que se establece a favor del imputado privado de libertad, se busca resguardar los principios bases que informan la aplicación de las medidas cautelares personales, toda vez que se entiende que ellas son instrumentales y que, tal como lo señala el inciso primero del artículo 122 del Código Procesal Penal "...y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación", de manera de que como ellas no pueden ser consideradas como una aplicación anticipada de la pena, se debe garantizar que la detención dure lo menos posible, razón por la cual el legislador establece plazos brevísimos de duración de esta medida cautelar, debiendo el detenido ser conducido inmediatamente ante el juez cuando se haya practicado en

virtud de una orden judicial, o en caso de no ser posible por un período que no puede exceder de 24 horas. En el caso específico de detención por flagrancia puede ocurrir que el fiscal deje sin efecto la misma, o podrá ordenar que el imputado privado de libertad sea llevado ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas.

2.4 Derecho a solicitar que se le conceda la libertad

Teniendo presente todos los principios señalados respecto de la aplicación de las medidas cautelares personales, y sobre todo lo relacionado con la necesidad de ellas, resulta imperioso concluir que ellas no pueden ser consideradas como una aplicación anticipada de la pena en virtud del principio de inocencia.

2.5 Derecho a que se conozca su calidad de detenido

Este derecho se condice con los diversos tratados internacionales referentes a los derechos humanos, y es en virtud de él que el detenido tiene derecho a que su entorno familiar sea informado de su situación, de los motivos de la misma y del lugar en que se encuentra detenido. En relación a esto, cabe mencionar en este punto a otro de los derechos que se le reconocen al imputado privado de libertad, el derecho de recibir visitas y de comunicarse.

2.6 Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado

Con la consagración legal de este derecho se resguarda no sólo el derecho a defensa, sino que también puede ser considerado una garantía de la intimidad y de la vida privada de la persona.

Finalmente, cabe destacar otros dos derechos que resultan importantes para nuestro tema de investigación, los cuales se recogen en el artículo 93 del Código Procesal Penal que trata de manera general los derechos y garantías del imputado:

2.7 Derecho a declarar sin juramento

En el fondo, al establecerse este derecho se otorga la posibilidad al imputado de dar la versión de los hechos desde su perspectiva, lo que obviamente deberá hacerse sin ningún tipo de presión sobre la persona del imputado.

2.8 Derecho a guardar silencio

Este derecho, en primer lugar, aparece recogido por los tratados internacionales de Derechos Humanos, por lo que tiene rango constitucional por aplicación del artículo 5º de la Constitución, además de estar consagrado expresamente en ella pero sólo limitado al derecho a no ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio o de parientes, en el artículo 19 Nº 7 letra f).

Esta garantía, establecida en el Código Procesal Penal está establecido en el artículo 93 letra g), implica o permite al imputado no prestar declaración a menos que lo haga voluntariamente y, en este caso, se entiende que lo hace como un medio defensa, jamás será un medio de prueba en su contra.

Su extensión abarca los derecho a no declarar bajo juramento, el que sea interrogado ante la presencia de su defensor, no ser interrogado bajo amenazas, coacciones, promesas o sometido a procesos que afecten su memoria o capacidad de comprensión y, finalmente, el derecho personal e irrenunciable a no autoincriminarse en un proceso penal, destinados a proteger al imputado de la posibilidad de ser objeto de coacción para lograr, por ese medio, una confesión de culpabilidad.

A modo de conclusión, y luego de haber realizado una breve exposición de los principales derechos y garantías que protegen a la persona sometida a una medida cautelar personal como la detención, podemos señalar que el juez de garantía, en virtud del mandato legal, no sólo podrá declarar la ilegalidad de una detención en aquellos casos en que no se cumplan los requisitos fácticos que exige la ley para la realización de esta medida, sino que también, conforme a lo establecido en el artículo 95 del Código Procesal Penal toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida ante su presencia para que éste examine si en el ejercicio de dicha medida se han respetado los derechos y garantías que establecen los artículos 93 y 94 del mismo cuerpo legal, lo que no está expresamente señalado por dicha norma, pero que se deduce de su ubicación inmediatamente posterior al catálogo de derechos y garantías del imputado y de la persona privada de libertad.

Sin perjuicio de lo anterior, toda persona que se vea privada de algunos de los derechos o garantías consagradas en la Constitución, tendrá también la posibilidad de recurrir ante los órganos superiores de justicia, ya sea a través del recurso de protección o del recurso de amparo, en virtud de los artículos 20 y 21 de nuestra Carta Fundamental.

El conjunto de estas garantías constitucionales y derechos establecidos por el Código Procesal Penal a favor del imputado, son una muestra del avance que ha tenido nuestra legislación en su afán de concordar las leyes procedimentales con los diversos tratados internacionales ratificados por Chile, que vienen a crear un clima de seguridad jurídica acorde a los principios fundamentales de un Estado de Derecho.

CAPÍTULO III

EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO PENAL

Para abordar el tema referente a los efectos que surgen como producto de un procedimiento de detención declarado ilegal, es necesario, primeramente, tener presente lo que la doctrina conoce como regla de exclusión probatoria y su aplicación en nuestro sistema procesal penal.

1. SITUACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA ILÍCITAMENTE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Comenzaremos en primer lugar, por analizar la situación existente en el antiguo Código de Procedimiento Penal, a objeto de apreciar la evolución que ha surgido en la legislación chilena respecto a la aplicación de lo que en doctrina se ha conocido como “regla de exclusión probatoria”.

La regla de la exclusión surge en la jurisprudencia norteamericana con gran intensidad, lo que queda de manifiesto en las palabras del autor Eduardo Jauchen quién señala que “Como en todos los otros supuestos la regla de exclusión se ha aplicado inicialmente en los Estados Unidos en todos aquellos casos en que se obtuvieran pruebas a raíz de un procedimiento violatorio de las garantías constitucionales, cualquiera fuera su naturaleza, dentro de las cuales están incluidas

las detenciones ilegales...”²⁹ De esta forma, es fácil apreciar que en el caso norteamericano la regla de exclusión, tenía lugar frente a aquel material probatorio que surgiera de un procedimiento vulneratorio de los derechos y garantías constitucionales, lo que en doctrina se ha denominado como “prueba ilícita”.

En el caso de nuestro país, la situación ha sido distinta. La idea relativa a la exclusión de material probatorio en razón de la ilicitud de un procedimiento determinado, entendiendo por tal, aquel procedimiento vulneratorio de las garantías constitucionales, no fue acogida con tanta facilidad producto del contexto histórico reinante en casi toda América Latina, donde el mando de dichos países se encontraba a cargo de las Fuerzas Armadas, lo que obviamente, como lo hemos señalado a lo largo de nuestra investigación, influía profundamente en el sistema procesal imperante.

A mayor abundamiento, es posible observar que existen grandes diferencias entre la legislación recogida en el antiguo Código de Procedimiento Penal y la establecida en el nuevo Código Procesal Penal, en lo referente a la exclusión de prueba ilícita. Como punto de partida, es posible señalar que en el antiguo Código de Procedimiento Penal no existía una norma expresa que estableciera la exclusión de la prueba ilícita, sino que más bien existían ciertas normas que hacían referencia a los medios de prueba que debían ser considerados por el juez a la hora de formar su convicción. Esto ha dejado concluir que la obtención de pruebas con vulneración de las garantías fundamentales del imputado no justificaba su exclusión como material probatorio en el antiguo juicio criminal, sino que, en el mejor de los casos, estas violaciones sólo daban lugar a una sanción administrativa en caso que hubieran sido recogidas por órganos policiales y no a la invalidación de los efectos que pudieran producir aquellas pruebas en el fallo final del juez.

Para graficar esto, nuestro antiguo código incluye normas tales como el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal que establece que “la confesión que no se

²⁹ JAUCHEN, Eduardo. Tratado de la Prueba en materia penal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002. 638p.

prestare ante el juez de la causa,..., y en presencia del secretario, no constituirá una prueba completa, sino un indicio o presunción, más o menos grave según las circunstancias en que se hubiere prestado y el mérito que pueda atribuirse a la declaración de aquellos que aseguren haberla presenciado”. Este artículo deja entrever que aunque no será considerada como prueba completa, una declaración extrajudicial, es decir, una tomada sin autorización del juez de la causa, puede llegar a ser considerada como una presunción más o menos grave contra el imputado, norma tan amplia que podría permitir la valoración de todo tipo de declaraciones extrajudiciales, aunque hayan sido tomadas sin respetar las garantías fundamentales de una persona.

El Código de Procedimiento Penal sólo establece dos hipótesis de exclusión completa de pruebas obtenidas en forma irregular, en primer lugar, el mismo artículo 484 en su inciso 3° establece que “no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes”, esto sin perjuicio de que el juez ordene la utilización de estos mecanismos como medios para la investigación. La otra hipótesis se encuentra en el artículo 483 inciso 1° que establece que “si el procesado retracta lo expuesto en su confesión, no será oído, a menos que compruebe inequívocamente que la prestó por error, por apremio, o por no haberse encontrado en el libre ejercicio de su razón en el momento de practicarse la diligencia”, este precepto a pesar de ser considerado como una norma de exclusión resulta ser inoperante al establecer que el imputado debe acreditar “inequívocamente” que la confesión la prestó por apremio, lo que resulta muy difícil en la práctica.

La inexistencia de una norma expresa que ordenara la exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente en el antiguo proceso penal tuvo su principal expresión en la actividad de las policías en la recopilación de material probatorio, actividad que es llevada con bastante autonomía, ya que su control está a cargo del juez de la causa, también el encargado de la investigación, y, por lo tanto, el mayor interesado en obtener suficientes pruebas para sostener su acusación contra el imputado, sin importar la forma. Esto se tradujo en que la discusión en torno a la utilización de

pruebas ilícitas dentro del proceso, se redujera sólo a la valoración de ella y no a su exclusión como elemento de convicción.

A pesar de esto, se ha dado una interpretación favorable a la protección de garantías que sostiene que nuestra legislación procesal penal excluye las pruebas ilícitas, basada en el análisis coherente de nuestro ordenamiento constitucional, los pactos internacionales de Derechos Humanos y de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, lo que en la práctica no era tan fácil de apreciar.

Siguiendo esta interpretación, y teniendo en consideración que se establecía expresamente un sistema de valoración de prueba legal o tasada, debemos analizar lo establecido en el artículo 465 bis del antiguo código que establece lo siguiente: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el Tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que, realmente, se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”, por lo establecido en este artículo podemos deducir que se trataría de una norma de carácter general que establece que el juez no podrá condenar a una persona sino logrando la convicción mediante los “medios de prueba legal”, lo cual se entiende como aquella prueba que cumple con dos requisitos copulativos:

- a) Que se trate de medios regulados por la ley.
- b) Que se trate de medios obtenidos en conformidad a la ley (que en su gestación no haya habido infracciones, o sea, gestados en forma ilícita).

Con esta norma se puede decir que el legislador le ha negado la posibilidad al juez de obtener su convicción por medios probatorios no obtenidos en conformidad a su mandato, lo que se podría denominar como una certeza **legal** condenatoria, lo que se reafirma con lo establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución, al exigir que toda sentencia debe emanar de un proceso previo y legalmente tramitado, lo que claramente prohíbe la utilización de pruebas ilícitamente obtenidas como base de una condena. A contrario sensu, esta misma norma, contemplaría la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria basada en una “certeza moral”, lo que, en la práctica,

resultaba difícil de alcanzar, ya que el juez, como instructor, se encontraba “contaminado” de forma previa, al haber participado en la recopilación del material probatorio, sea lícito o no.

Como podemos ver, a pesar de los esfuerzos por lograr una interpretación favorable, el antiguo sistema judicial en lo penal sufría de una notable escasez en cuanto a normas que nos permitieran decir que la prueba ilícita no se admitía dentro del proceso como medio probatorio válido y sólo es posible deducirlo mediante una interpretación sistemática de las pocas normas que encontramos. Si no existían normas de exclusión de la prueba en sí ilícita, obviamente no existía norma alguna que hiciera mención respecto del tema de la exclusión de la prueba derivada

. De esta manera, producto de la inexistencia de una regla de exclusión de la prueba ilícita en una etapa previa al pronunciamiento de la sentencia, el tema referente al tratamiento del material probatorio quedaba entregado por completo a la etapa de valoración efectuada por el órgano jurisdiccional en la sentencia, lo que ya resulta ilógico en un Estado de Derecho, toda vez que era el mismo órgano quien llevaba adelante la investigación y la recolección del material probatorio, por lo que difícilmente es posible pensar en la no valoración por parte del juez del material que el mismo ha recabado, anulando de forma absoluta la garantía fundamental de un Estado democrático que impide que el juzgador tenga el más mínimo contacto con la prueba que ha sido obtenida de forma ilícita o irregular.

A modo de conclusión, lo que se observa en el antiguo Código de Procedimiento Penal, es una mera referencia a los medios de prueba consagrados en la ley, lo que dejaba abierta la puerta a distintas interpretaciones jurisprudenciales en lo referente a la exclusión de prueba y no constituía de forma alguna una garantía que permitiera resguardar y proteger los derechos del procesado.

Teniendo presente la falta de tratamiento por parte del Código de Procedimiento Penal en cuanto a la institución de la prueba ilícita, no es difícil de pensar en el poco consenso existente en la jurisprudencia en cuanto al alcance de los efectos de la declaración de ilegalidad de una detención en los elementos probatorios.

A mayor abundamiento, es posible señalar que era mayoritaria aquella opinión que no hacía extensiva la regla de exclusión de los elementos probatorios que emanaban de una detención declarada vulneratoria de los derechos del imputado, y, en algunos casos, considerándose determinante la prueba recogida como consecuencia de esa detención ilegal al momento de que el juez formara su convicción.

Las razones que fundaban estas decisiones jurisprudenciales se encuentran, en nuestra opinión, no sólo en los principios que subyacen al antiguo sistema procesal penal inquisitivo, que obviamente hacían prevalecer el interés del Estado en la persecución del delito basándose en el principio de eficiencia, sino que también, como ya lo señalamos anteriormente, en el contexto histórico que rodeaba a toda América Latina, lo que acentuaba el carácter menos garantista del sistema procesal penal, lo que influía en el actuar de los órganos encargados del mismo.

2. EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS ILEGALMENTE EN EL NUEVO PROCESO PENAL. ALCANCE.

Teniendo presente todo lo ya señalado respecto de la legislación contenida en el antiguo Código de Procedimiento Penal, en la cual no existía norma alguna que se refiriera a la exclusión probatoria en materia de prueba ilícita, cabe destacar la inmensa novedad que incorpora el Código Procesal Penal en la materia.

El legislador en su intento por adecuar nuestro sistema procesal penal a los nuevos requerimientos de un Estado democrático, instituyó una norma expresa relativa a la materia en comento, que se contiene en el artículo 276 del Código Procesal Penal y que se denomina “*Exclusión de pruebas para el juicio oral*”, la cual contiene diversas hipótesis de exclusión probatoria y donde será el juez de garantía el encargado de realizar dicha exclusión durante la audiencia de preparación del juicio oral. Las hipótesis contenidas en la disposición legal señalada son las siguientes:

a) Exclusión de prueba impertinente y de aquella que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios (inciso 1º artículo 276)

Esta hipótesis de exclusión probatoria, no requiere mayor comentario que aquel referido a señalar que la prueba impertinente será “toda prueba que no verse sobre los hechos contenidos en la acusación, que no sea necesaria para la defensa del acusado o para ponderar la eficacia de las pruebas que se hubieran rendido dentro del juicio oral”³⁰ y que la prueba que recaiga sobre hechos públicos y notorios será innecesaria y vulnerará el principio de economía procesal, toda vez que dichos hechos se deberán dar por establecidos por formar parte del acervo cultural de una sociedad. De esta manera, esta hipótesis de exclusión, no es más que una aplicación de las reglas generales en materia probatoria y no representa mayor novedad en nuestra legislación.

b) Exclusión de prueba puramente dilatoria (inciso 2º artículo 276)

En segundo término la norma del artículo 276 se refiere a la hipótesis de que la prueba testimonial y documental ofrecida por las partes produzca consecuencias dilatorias, lo que conlleva a que el juez de garantía pueda solicitar al interviniente que haya aportado las pruebas señaladas, que las reduzca en cuanto ellas tuvieran por objeto acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que será de conocimiento en el juicio oral posterior. Obviamente el objeto del legislador, con el establecimiento de esta hipótesis, no es más que resguardar uno de los objetivos que se tuvo en vista al momento de pensar en un cambio en el sistema procesal penal: la celeridad, de manera de que los derechos y garantías del imputado se vean afectados el menor tiempo posible.

³⁰ MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Procedimientos en el nuevo sistema procesal penal. Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004. 127p.

- c) Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y de aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (inciso 3º artículo 276)

Finalmente, encontramos la tercera hipótesis establecida por nuestro legislador, la cual es la más compleja por los efectos que puede producir en el curso del proceso penal y que representa parte importante de nuestra investigación. El inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal señala que “el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. De su redacción, se aprecia fácilmente que en el inciso tercero de la norma en comento, se contienen dos hipótesis de exclusión probatoria que aludirían a la regla de exclusión en materia de “prueba ilícita” y que se condicen con las vías contaminantes que pueden afectar a un procedimiento de detención que ha sido declarado ilegal, lo que nos lleva a determinar que estos vicios, conllevarían la consiguiente exclusión del material probatorio obtenido en esa actuación.

De esta manera, los elementos probatorios a excluir en la etapa de preparación del juicio oral, en virtud del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, serán aquellos afectados por una ilicitud. En la primera hipótesis del artículo, por una **ilicitud formal** que estaría conformada por la declaración de nulidad de la actuación, que en el caso de nuestro estudio sería el procedimiento de detención que da origen a la prueba, por haberse omitido alguna forma legal y en el caso de la segunda, por una **ilicitud material** que estaría dada por la vulneración o la inobservancia de las garantías fundamentales en la obtención del material probatorio surgido a raíz del procedimiento de detención que ha sido declarado ilegal.

Respecto de la primera hipótesis contenida en este inciso, esta es, aquella referida a la exclusión de material probatorio por provenir de diligencias que

hubieran sido declaradas nulas, se pueden hacer diversas observaciones. En primer lugar, hay que tener presente que la nulidad procesal corresponde a una “sanción de ineficacia respecto de actuaciones y diligencias judiciales defectuosas, esto es, las que son ordenadas o llevadas a cabo por el tribunal, ante el tribunal o mediante una orden del tribunal por un funcionario auxiliar de la administración de justicia en los casos previstos por la ley”³¹, por lo que tendrán importancia en esta hipótesis las resoluciones judiciales que se refieran a órdenes o autorizaciones judiciales requeridas por el Ministerio Público para proceder a realizar diligencias de investigación que priven o restrinjan a una persona del ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce.

En relación a las órdenes o autorizaciones judiciales, el profesor Héctor Hernández Basualto, distingue las razones por las cuales podrían ser objeto de una declaración de nulidad:³²

1. La autorización u orden es legalmente improcedente.
2. La autorización u orden es legalmente procedente, pero se ha faltado a algún trámite exigido por la ley para que ella sea otorgada.
3. La voluntad del juez está viciada por coacción o por error respecto de los antecedentes en que se funda la solicitud, al momento de otorgar la orden o autorización.

³¹MATURANA MIQUEL, Cristián. Ob. cit., 96p.

³²HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado. Santiago, 2002. pp.46-47.

4. Finalmente, cuando no concurren los requisitos materiales que permiten conceder una orden o autorización, de manera de que es totalmente arbitraria.

De esta manera, en todas estas situaciones en que la orden o autorización judicial vaya destinada a la obtención de material probatorio, la declaración de nulidad de la diligencia acarreará, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165 del Código Procesal Penal, la nulidad de los actos consecutivos que emanen de la diligencia. El tribunal de acuerdo a lo establecido en la misma norma, determinará los actos que se vean afectados por la declaración.

Teniendo presente lo señalado respecto a la regla de exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas, recogida de forma expresa por nuestro legislador en el artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal, procederemos al análisis general de la institución conocida como “prueba ilícita”, a fin de dilucidar, posteriormente, el tema central de nuestra investigación que es determinar el alcance de esta regla de exclusión en cuanto a si ésta sólo afectará directamente a la prueba obtenida durante la realización de una detención que posteriormente fue declarada ilegal por el juez de garantía, o si también abarcará a la que deriva de ella.

3. LA PRUEBA ILÍCITA

3.1 Historia y evolución de la prueba ilícita

Actualmente, podemos afirmar que las legislaciones son uniformes en cuanto a negarles valor a las pruebas directamente obtenidas por un medio ilícito debido a la proclamación constitucional de derechos invulnerables de las personas, a su reconocimiento en el derecho interno de cada país y sobre todo a su reconocimiento a nivel internacional en tratados y convenciones. Sin embargo, esto no siempre fue así y el origen de la exclusión de la prueba ilícita lo encontramos en la jurisprudencia, ya que en principio, ninguno de los textos clásicos hacía alusión al problema. Debido al enorme desarrollo jurisprudencial que se alcanzó al respecto, numerosos autores comenzaron a realizar estudios más acabados del tema y fue así como en el año 1903, con la obra “Las prohibiciones probatorias como límites a la averiguación de la verdad”, Beling comenzó sus estudios en Alemania, siendo este país junto con Estados Unidos los primeros en referirse al tema de la prueba ilícita, aunque con ciertas diferencias basadas en aspectos culturales y sociales.

En el caso alemán, las prohibiciones probatorias se basan en un fundamento ético de existencia de valores supremos que sobrepasan las necesidades de la persecución penal por parte del Estado, pero atendiendo a la evolución jurisprudencial alemana, es posible percatarse de la convicción existente en los tribunales de la posibilidad de integrar la persecución penal efectiva con valores y principios superiores.

En Norteamérica, el tema aparece a comienzos del siglo XX, debido a la evolución de las directrices de la jurisprudencia, y es, quizás, en este país, donde podemos encontrar el mayor desarrollo en cuanto a la discusión en relación a la regla de exclusión probatoria por vulneración de las garantías y derechos fundamentales. El primer caso importante que da origen a esta evolución, es el caso “*Boyd v. US*” en 1886 en el que un acusado de importación ilegal y de fraude de impuestos aduaneros,

debía entregar al Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal, la contabilidad, las facturas y las cuentas. El hecho de no dar curso a esta petición se considera como una confesión, lo que puede llevar a la imposición de sanciones penales y de una confiscación civil. Cuando algo prohibido por la Quinta Enmienda³³, en este caso la autoinculpación, se realiza en el marco de una pesquisa o de un embargo de libros, devienen en una pesquisa y un embargo ilegítimos en el seno de la Cuarta Enmienda³⁴, utilizándose, en este caso, un criterio restrictivo a la regla de exclusión, ya que sólo se aplicaría relacionando y unificando lo dispuesto por la cuarta y quinta enmienda.

Otro caso que sigue el mismo criterio del anterior es el fallo “*Adams v. New Cork*”³⁵ donde la sentencia es impugnada por el acusado, debido a que la prueba en que ella estaba basada consistía en papeles obtenidos en un allanamiento ilegal. Sin embargo, la Corte estimó que no procedía la exclusión de la prueba, debido a diferencia del caso anterior, no se violaba la quinta enmienda que protege contra la autoincriminación involuntaria.

Posteriormente, y al seguir avanzando en la evolución de la jurisprudencia norteamericana, nos encontramos, quizás, con el caso más significativo en cuanto a la aplicación de la regla de la exclusión probatoria: “*Weeks v. US*”(1914)³⁶, en el cual la Corte invalidó una prueba que sólo había violado la cuarta enmienda estableciendo, por primera vez de forma expresa y sin otorgarle el criterio restrictivo de los dos casos anteriores, que no podía utilizarse en juicio, como prueba, la evidencia obtenida con

³³ La quinta enmienda, por su parte, señala “.....tampoco podrá obligársele (a la persona) a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial.

³⁴ La cuarta enmienda señala que “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y no se expedirán órdenes en ese sentido sino en virtud de causa probable, apoyada en juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas”.

³⁵U.S. SUPREME COURT. *Adams v. New Cork* [En línea]<<http://laws.findlaw.com/us/192/585.html>>[Consulta: 08 Noviembre 2007]

³⁶ ZAPATA, María Francisca. La prueba ilícita. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2004. 102p.

infracción a dicha enmienda, quedando así establecida como la regla de exclusión por excelencia para los tribunales norteamericanos, por referirse fundamentalmente a la seguridad de las personas. Otro de los momentos importantes que marcan esta evolución lo encontramos en los casos “*Silverthorne Lumber Co. V. US*” (1920)³⁷ y “*Nardone*” (1939)³⁸, donde se establece, además, la ineficacia de la prueba derivada, surgiendo así lo que se conocerá como la “doctrina de los frutos del árbol venenoso”. Por último, y en lo que a la evolución de la jurisprudencia Norteamérica en relación a este tema, es importante destacar el caso “*Mapp v. Ohio*” (1961)³⁹, el cual extiende y hace obligatoria la exclusión de evidencia obtenida con infracción de la cuarta enmienda, a las jurisdicciones estatales.

En cuanto a la evolución de este tema en América latina, el tema es reciente y sólo en los últimos años se ha realizado un estudio generalizado, y a diferencia de lo ocurrido en los países forjadores de la institución, como en el caso de Alemania o Estados Unidos, en América latina se ha dado reconocimiento legal a la regla de la exclusión de prueba ilícita teniendo como precedentes aquellos países en que se dio apertura a la discusión acerca de la institución a nivel jurisprudencial. Como ejemplo, podemos mencionar la situación de Argentina donde recién en 1981 en el caso “Montenegro”⁴⁰, se marca el inicio de la exclusión de la prueba ilícita por los tribunales, en cuyo fallo, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia dictada por un tribunal de primera instancia al considerarla contraria a derecho, por cuanto, lo resuelto habría transgredido el principio constitucional que dispone que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y con ello la inviolabilidad de la defensa en juicio, ya que el

³⁷ALCAIDE, José. En busca de la antigua doctrina penal americana de los frutos del árbol envenenado:

La influencia de su efecto expansivo en la moderna doctrina española del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. [En línea]<<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200206-1456717510211671.html>>[Consulta: 24 Noviembre 2007]

³⁸ ZAPATA, María Francisca. Ob. cit., 151p.

³⁹PEARSON EDUCATION INC. *Mapp v. Ohio* (1961). [En línea]<<http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar19.html>> [Consulta: 24 Noviembre 2007]

⁴⁰DERECHO CONSTITUCIONAL. Fallo Constitucional. [En línea]<<http://fallosconstitucional.blogspot.com/2006/05/montenegro.html>> [Consulta: 11 Diciembre 2007]

imputado habría sido víctima de apremios ilegales lo que invalida la declaración en sede policial en la que había confesado el ilícito.

En términos generales actualmente el problema de la exclusión de la prueba ilícita ha sido abordado por el derecho positivo en la mayoría de las legislaciones, lo que lo ha llevado a un plano secundario frente a nuevos problemas que se plantean, como es el caso específico de la prueba derivada.

3.2 Concepto de prueba ilícita

Para lograr un concepto unívoco de prueba ilícita debemos comenzar por diferenciarla claramente de ciertos términos que suelen utilizarse como sinónimos para referirse a la institución, pero que en la realidad implican instituciones diversas a la estudiada:

- a) Prueba Irregular o defectuosa: “es aquella obtenida o practicada con transgresión de normas que no participan de la construcción protectora de un derecho constitucional”⁴¹. Estaríamos ante pruebas obtenidas con infracción a las normas de naturaleza procedimental. Ejemplo: declaración de perito efectuada sin que previamente haya prestado juramento.
- b) Prueba Viciada: “se refiere a la capacidad de ser valorada como veraz, con total independencia de su modo de obtención”⁴².
- c) Prueba Clandestina: “es aquella obtenida de un comportamiento oculto o realizado sin publicidad, es decir, infringiendo la intimidad o derecho a la

⁴¹ ZAPATA, María Francisca. Ob. cit., 23p.

⁴² *Ibíd.*

privacidad de las personas”⁴³ . Se encuadra perfectamente dentro del concepto de prueba ilícita.

- d) Pruebas prohibidas por la ley: “Todo elemento que contribuya a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo”⁴⁴. En este caso nos encontramos ante una idea amplia de prohibición, abarcando todo caso en que la prueba esté afectada de algún grado de ilegalidad.
- e) Prueba impertinente: “Es aquella que no versa sobre hechos que suponen un elemento útil para la declaración judicial del *factum probandum*”⁴⁵. Se trata de la prueba sobre hechos que no deben probarse para resolver la cuestión.
- f) Prueba inútil: “Es aquella que por su inadecuación de medio a fin, se puede conjeturar razonablemente que no alcanzará el resultado previsto”⁴⁶.

Una de las distinciones más importantes en materia procesal acerca de la prueba, es aquella que distingue entre prueba lícita y prueba ilícita, aludiendo a factores como la licitud, fuente y origen. Más aún, y de acuerdo a la doctrina, se establece que la ilicitud es uno de los límites al derecho a la prueba, el cual forma parte integrante del derecho al debido proceso y que otorga a las partes la facultad de utilizar los medios de prueba pertinentes que tengan para acreditar sus afirmaciones de hecho.

En atención a esto, podemos señalar que la prueba lícita es aquella prueba que no es contraria ni vulnera los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales, de manera que puede ser utilizada por las partes y valorada por el juez al momento de decidirse el conflicto suscitado entre ellas.

⁴³ CAROCCA, Alex. Una aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. [En línea] <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740213.pdf>> [Consulta: 15 Diciembre 2007].

⁴⁴ MIDÓN, Marcelo. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Argentina, Ediciones jurídicas Cuyo, 2002. 30p.

⁴⁵ CAROCCA, Alex. Manual de derecho procesal. Los procesos declarativos. Tomo II. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003. 178p.

⁴⁶ *Ibíd.*

La prueba ilícita, en cambio, presenta mayores problemas al momento de intentar definirla, debido a que se señala que es aquella que se obtiene con infracción de ciertas normas jurídicas, pero no ha existido consenso en las distintas legislaciones sobre cuáles serían estas normas infringidas que dan origen a la ilicitud, si bien se trata de normas meramente formales o de fondo.

En una primera etapa de la evolución de esta institución, se establecía simplemente que la prueba ilícita era aquella contraria al ordenamiento jurídico, incluyéndose en el término, por lo tanto, la prueba contraria a la Constitución, a la ley y a las buenas costumbres. Ejemplo de esta conceptualización, lo encontramos en aquella definición que señala que la prueba ilícita es “aquella contraria a la Constitución, la ley, la moral, las buenas costumbres o incluso a aquellos principios de carácter general”⁴⁷ o que en palabras del mismo autor se define como “las que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, las que atentan contra la moral, las buenas costumbres del respectivo medio social, la dignidad, la libertad, o violan los derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”⁴⁸. Obviamente, atendiendo al carácter amplísimo que se le otorgaba a la prueba ilícita, fueron surgiendo innumerables problemas que hicieron necesario restringir y reformular el concepto, para que tuviera una mayor aplicabilidad en sede jurisdiccional.

Posteriormente, surge el concepto de prueba ilícita ligado a la existencia de una infracción de normas legales importantes, incluyéndose las normas constitucionales. Ejemplo de esta tendencia, es aquella definición que señala que la prueba ilícita es “aquella contraria a una norma de derecho, es decir, la obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas, tanto constitucionales como legales, incluso aquellas violatorias de disposiciones o principios generales implícitos”⁴⁹. Al igual que lo ocurrido

⁴⁷ DEVIS, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires, Editorial Zavalia, 1984. 539p.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ VESCOVI, Enrique. Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, N°2: 69, 1970.

con las definiciones surgidas en la primera etapa de evolución de la prueba ilícita, éstas son extremadamente vagas al momento de llevarlas a la práctica, no siendo fácil proceder a la aplicación de estos conceptos en el caso particular y produciendo la incertidumbre en cuanto al derecho a la prueba.

Continuando con la evolución, y acercándonos al desarrollo de la legislación y jurisprudencia actual, podemos señalar que el concepto de la prueba ilícita está íntimamente relacionado al tema de los derechos fundamentales. De esta manera, podemos destacar las siguientes definiciones: “aquella prueba que se ha obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implican un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes en el proceso”⁵⁰; y en palabras de otro autor, “aquella que en sentido absoluto o relativo, es contraria a la forma establecida en la norma o va contra principios y garantías protegidos por el derecho positivo, que recoge además la protección contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos”⁵¹.

En Chile, el profesor y primer Defensor Nacional Público Alex Carocca Pérez, define la institución como “aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos”⁵².

De esta manera, y luego de analizar la extensa evolución del concepto de prueba ilícita, creemos importante destacar aquella definición dada por el autor Bernardette Minvielle que recoge todos los elementos que a nuestro parecer posee la institución de la prueba ilícita, y que señala que “es aquella que se produce en el momento que se adquiere una prueba fuera del proceso en clara violación a los derechos y garantías

⁵⁰ JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., 622p.

⁵¹ SÁENZ, María Antonieta. Pruebas valederas e ilícitas. [En línea]<<http://www.monografias.com>> [consulta: 08 de octubre 2005]

⁵² CAROCCA, Alex. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Revista “Ius et praxis”*, N°2: 308, 1998.

que asegura la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes⁵³.

Por último, y atendiendo al caso particular de nuestro país, cabe destacar que, como ya se señaló anteriormente, nuestro legislador al referirse en el artículo 276 del Código Procesal Penal a la exclusión en materia probatoria, no está haciendo más que referirse a la institución en comento, coincidiendo con las definiciones doctrinarias más restringidas que hacen alusión a los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile.

3.3 Ubicación de la institución: Eficacia v/s garantismo

Desde un punto de vista general, podemos decir que, tanto la institución de la prueba ilícita como de la prueba derivada, se enmarcan dentro del conflicto que surge entre la eterna búsqueda por la justicia que aclama la sociedad y el debido respeto que merecen los derechos fundamentales de todos los seres humanos. En el fondo, se plantea el problema de determinar si existen dos intereses en juego, por un lado el interés público, en atención a que se cumpla con la potestad punitiva del Estado y por el otro lado el interés privado, en torno al imputado; o si, en cambio, se trata del mismo interés público en dos aspectos, lo que nos permitirá dilucidar la eficacia y legitimidad que tendrá la prueba ilícita y la prueba derivada de ella.

Así, en el sistema de justicia inquisitivo originario fundamentado en principios e ideales religiosos, que buscaban la expiación de las culpas a través de la pena, no parece posible concebir la exclusión de pruebas de cargo por su obtención ilícita, ya que uno de sus rasgos ideológicos fundamentales se encontraba en la íntima conexión entre las nociones de daño social y pecado, siendo el esclarecimiento del delito el fin

⁵³ MINVIELLE, Bernardette. La prueba ilícita en el derecho procesal penal. Córdoba, Editora Córdoba, 1987. 12p.

superior del proceso. Posteriormente, la aparición de la Ilustración en Europa continental provoca grandes cambios en los modelos de persecución penal, perdiendo definitivamente la perspectiva teológica que reinaba el modelo inquisitivo. Esta nueva filosofía combina el utilitarismo, la proporcionalidad y la legalidad como fundamentos básicos para la determinación de la pena, por lo tanto, la pena ya no tiene un fin expiatorio sino de protección del medio social. A partir de este momento, los distintos países de la cultura occidental fueron incorporando en su legislación estos principios, lo que ha originado un nuevo conflicto entre dos intereses jurídicamente relevantes: la Eficacia del *ius puniendi* del Estado versus el respeto irrestricto de las Garantías Fundamentales.

Como veremos más adelante, incluso en los modelos más modernos de persecución penal existen aún detractores de la protección irrestricta de las garantías constitucionales, ya que para éstos tiene una consecuencia directa sobre la eficacia de la persecución penal, debido a que las autoridades administrativas o jurisdiccionales que estén a cargo de ella se verían sumamente limitadas en su actuar, haciendo cada vez más difícil su labor ante la actividad criminal. Ante esto, se busca una mayor libertad de actuación para los agentes del Estado, a favor de la eficacia del *ius puniendi*. Es ésta la posición que se ha podido apreciar en la ciudadanía o en la opinión pública frente a la incipiente aplicación de la Reforma Procesal Penal.

En una postura intermedia, encontramos voces que están a favor de la protección de las garantías fundamentales ante la actuación del Estado, pero con la condicionante de que esta protección no se convierta en un obstáculo absoluto para la persecución penal eficaz, sino que en un límite que es posible sobrepasar cumpliendo con ciertos requisitos básicos, lo que obviamente resulta ser la posición más acorde con los ideales de un Estado moderno, respetuoso de todos sus ciudadanos, que vele por el interés público y por el bien común.

Y por último, encontramos la postura irrestrictamente garantista que ha inspirado muchas de las reformas en el sistema de justicia criminal en el mundo para eliminar definitivamente todo atisbo del sistema inquisitivo imperante durante muchos años en

la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Así, se exige una mayor rigurosidad dentro del proceso para la realización de actuaciones que puedan vulnerar las garantías del imputado o acusado, siendo la autorización judicial previa la única que puede validar tal actuación, sin ésta será declarada ilícita y no tendrá efecto alguno dentro del proceso.

De esta manera, es posible apreciar que nuestro país, si bien ha seguido esta corriente de inspiración, no ha podido desligarse de forma radical de todo lo que implica haber tenido por años un sistema de corte inquisitivo, quizás de forma intencional por parte del legislador, vislumbrando los numerosos problemas de implementación que podrían presentarse con este inmenso cambio y, sobre todo, teniendo presente el cambio de mentalidad que se requiere, por parte de toda la ciudadanía, para aceptar la reforma.

3.4 ¿Admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ilícita en el proceso?

Muchos de los países que aceptan la exclusión de la prueba ilícita, se basan en el Estado de Derecho. De esta forma, y paulatinamente, se fue sosteniendo, en su jurisprudencia, que en el proceso de persecución penal, el individuo se encuentra en una notoria posición de desigualdad frente a todo el poder punitivo del Estado, de manera, que es necesario proteger los derechos y garantías fundamentales de todo individuo, debido a que sólo de esta forma se legitima, no sólo la posición de persecutor del Estado, sino que también la de garante de los derechos reconocidos. En otras palabras, la exclusión de la prueba ilícita o su inadmisibilidad es vista como un límite frente al poder del Estado.

Por otra parte, encontramos la posición contraria, donde se ha favorecido el establecimiento de la verdad como el gran fin del proceso penal, en desmedro de las garantías y derechos fundamentales. Caso emblemático en este sentido ha sido Inglaterra, cuya jurisprudencia se inclina por la búsqueda de la verdad, sin importar las

infracciones constitucionales, siendo excepcionales los casos en que los jueces pueden excluir prueba inequitativa para el acusado.

Actualmente, nos encontramos frente a una nueva etapa con relación a la exclusión de la prueba ilícita, donde ya no sólo la jurisprudencia es la que decide el caso particular, sino que el tema ha sido abordado en diversas legislaciones formando parte del derecho positivo, como en el caso de la Constitución de Córdoba, en que el principio básico es la ineficacia de la prueba que vulnera garantías fundamentales.

Los argumentos a favor de la admisibilidad y eficacia de la prueba obtenida ilícitamente, tienen su pilar fundamental en la búsqueda de la verdad como fin del proceso, no importando la fuente de la prueba que se hará valer. De esta manera, al analizar este punto de vista, es posible apreciar el derecho a la prueba como un derecho casi absoluto. Los argumentos principales que sustentan esta posición, son los siguientes:⁵⁴

- a) El principio de la búsqueda de la “verdad procesal” y la justicia como fin de todo proceso: esta doctrina es muy clara y su finalidad es buscar la “verdad material e histórica”, que consiste en la idea esencial de que todo lo relacionado al juicio debe constar en el proceso sin importar si los medios fueron obtenidos fraudulentamente. En el fondo, esta teoría opta por asegurar el interés colectivo de esclarecer los hechos tal y como realmente ocurrieron a objeto de asegurar el orden jurídico, en contraposición al interés individual, de la protección de los derechos fundamentales legalmente establecidos. La gran consecuencia que conlleva la aplicación de la regla de la exclusión probatoria, según este argumento, es la denegación de justicia, siendo suficiente sanciones civiles o administrativas para quienes infrinjan las normas que se refieren a la obtención de elementos probatorios.

⁵⁴ CAROCCA, Alex. Una aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. [En línea] <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740213.pdf>>[Consulta: 21 diciembre 2007]

- b) El principio de autonomía de las normas procesales respecto de las materiales, estableciéndose como argumento la diferencia existente entre las normas que regulan la institución de la prueba ilícita y las normas constitucionales o sustantivas de las que emana la necesidad de exclusión del material probatorio obtenido con violación de los derechos y garantías fundamentales.
- c) El carácter metajurídico de la prueba, es decir, la prueba tiene un fin dentro del proceso, que es la reconstrucción o descubrimiento de los hechos que son materia de la investigación, por lo que debe juzgarse más por su veracidad que por su moralidad, lo que lo relaciona directamente con el primer argumento esgrimido.
- d) El costo social, es uno de los argumentos preponderantes en esta posición, ya que plantea que el hecho de excluir un elemento de prueba por adolecer de ilicitud no parece equiparable al costo que debe soportar la sociedad o el interés colectivo ante la imposibilidad de acreditar la ocurrencia del hecho delictivo o la participación en el.
- e) El principio *male captum, bene retentum*, que alude a que lo trascendental es contar con el material probatorio dentro del proceso, sin importar su origen ilícito, lo que no implica que dicha ilicitud no implique la sanción administrativa, civil o penal para quien haya cometido el acto irregular, lo que no afectará su fuerza probatoria.
- f) El argumento de la no doble sanción por un mismo acto: destaca la indebida acumulación de “sanciones” que supondría la inadmisibilidad de la prueba ilícita y la responsabilidad que la misma puede originar, o sea existiría una sanción sustantiva establecida en la legislación, que sería la sanción al infractor de un derecho fundamental, y una procesal que conlleva la exclusión del material probatorio.

- g) El principio “*factum infectum fieri nequit*”: puede expresarse en la idea de que lo hecho no puede devenir en no hecho, es decir que el juez deberá tener en consideración el actuar de las partes en la realización de dicha prueba, lo que daría legitimidad a la misma, como en el caso de una prueba presentada posteriormente por el imputado a pesar de haberse declarado su detención como ilegal.

Los argumentos a favor de la inadmisibilidad de esta prueba, se basan en la protección y resguardo de los derechos y garantías esenciales, lo que se reconoce ampliamente hoy, no sólo en la legislación interna de cada país, sino también a nivel internacional, siendo la corriente dominante en la actualidad. Los argumentos principales son los siguientes:

- a) La concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del respeto al ordenamiento jurídico.

Lo que plantea este argumento es fundamentalmente la idea del debido proceso, que se fue imponiendo a lo largo del desarrollo de los estados modernos y con la evolución de los medios de solución de conflictos. De manera que, no sería posible concebir un proceso que no fuera protector de las garantías y de los derechos esenciales de las personas al momento de resolver un conflicto jurisdiccional. De acuerdo con esta idea, es inconcebible la posibilidad de un medio o elemento probatorio que vulnere dichas garantías, ya que se estaría atentando contra uno de los pilares fundamentales de un estado democrático. En palabras de un profesor de derecho procesal “El solo hecho de aceptar en un juicio una actuación que contraría una norma jurídica, atentaría contra el debido proceso”⁵⁵.

⁵⁵ CAROCCA, Alex. Una aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. [En línea] <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740213.pdf>>[Consulta: 21 diciembre 2007]

A mayor abundamiento, se sostiene de acuerdo a este argumento, que la exclusión de la prueba ilícita es un mandato constitucional, toda vez que es deber de los órganos del Estado el resguardo de los derechos fundamentales.

- b) El principio general del derecho “*nemo ex delicto conditionem suam meliorem facere potest*”: los actos ilícitos no pueden aprovechar o beneficiar al autor de los mismos, ya que de esta manera se estaría legitimando una actuación dolosa lo que sería contrario a todo ordenamiento jurídico basado en un estado de derecho. En el fondo se atentaría contra una de las bases de los ordenamientos jurídicos actuales, esto es, la probidad o lealtad procesal.
- c) Su efecto disuasorio, garantizador de la eficacia de la norma vulnerada, ya que se señala que de forma contraria, se incentivaría la infracción de las normas por parte de los órganos encargados de la investigación. Incluso, en una posición extrema podría aseverarse que de admitirse la prueba ilícita como elemento probatorio en el proceso, no existirían límites en cuanto a la obtención de material probatorio, con lo que se simplificaría el actuar del órgano investigador permitiéndole valerse de medios tan contrarios al estado democrático como la tortura.
- d) La nulidad del acto material de obtención del elemento probatorio implica la nulidad posterior de toda su eventual eficacia (*quod nullum est, nullum producit effectum*). Dicho argumento tiene su sustento en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, de manera que la infracción producida acarrearía inexorablemente consecuencias en el ámbito procesal.

Finalmente a modo de conclusión, se puede afirmar que el tema referente a la admisibilidad de la prueba ilícita ha pasado a segundo plano, atendiendo a que es la regla general la incorporación de norma expresa sobre su exclusión. En el caso particular de nuestro país, podemos señalar que no existe duda acerca de la posición adoptada por nuestro legislador, toda vez que el inciso tercero del artículo 276 señala expresamente que el juez de garantía excluirá aquellas pruebas que hubieran sido

obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Sin embargo, y pese a esta consagración a nivel legal, muchas veces es necesario que la propia jurisprudencia resuelva en el caso concreto el alcance de la regla de la exclusión, debido a las circunstancias particulares que se suscitan y a las diversas interpretaciones que puedan otorgarse.

Lo único seguro que podemos afirmar, es que el fundamento primero de la exclusión de la prueba ilícita por parte de nuestro legislador se basa en la dignidad humana, lo que conlleva implícitamente el derecho a un debido proceso, y también en la legitimidad de la acción estatal, toda vez 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; en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación”⁵⁶.

Así también, podemos señalar que pese a las dificultades que pueden suscitarse en torno a la institución de la prueba ilícita y a la aplicación de la norma que establece expresamente su exclusión como elemento probatorio, no puede ponerse en duda que luego de una extensa evolución, el tema está de cierta forma zanjado, y no puede dudarse de la solución dada frente a su existencia. El problema que actualmente se presenta y respecto del cual no existe uniformidad alguna en materia jurisprudencial, es aquel que plantea la extensión de la regla de exclusión a las pruebas derivadas, que analizaremos más adelante, y que nos permitirá dilucidar el alcance de los efectos de la declaración de ilegalidad de una detención en el tratamiento del material probatorio.

⁵⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. cit., 61p.

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN DE LA DETENCIÓN ILEGAL

1. ORIGEN DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

La relevancia del estudio pormenorizado de esta institución, radica en el hecho de que un gran número de las causas penales, en el nuevo proceso, tienen su inicio, en la práctica, en la audiencia conocida como “audiencia de control de detención”, siendo las resoluciones adoptadas en ella importantes para el futuro de la investigación y del proceso en general.

La detención, como institución, ha existido a lo largo de toda la historia del hombre, en las distintas épocas de la historia y en todo tipo de sistemas de gobiernos. Pero sólo fue con la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano, en el siglo XVIII, en Francia, cuando se tomó conciencia de las aberraciones que cometían los gobiernos en el ejercicio del poder, así el artículo 7º de esta declaración establecía que “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia”, consagrando por primera vez en la historia de forma expresa el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, como base de cualquier Estado de Derecho.

Fue a partir de este hito histórico que en los distintos ordenamientos jurídicos se han ido estableciendo límites al ejercicio del ius puniendi, en aras del respeto de los derechos fundamentales de las personas que de uno u otro modo se ven enfrentados con el Estado persecutor en un procedimiento penal, ya sea a nivel legal, constitucional y, más importante aún, a nivel supraconstitucional en los diversos tratados internacionales, en los cuales también es parte nuestro país.

De esa necesidad de establecer límites, nace la institución de la declaración de ilegalidad de una detención, cuando en ella no se han respetado principios básicos de un Estado de Derecho, con más o menos requisitos según estemos frente a un sistema penal de corte inquisitivo o uno más garantista.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN CHILE

2.1 Evolución legislativa de la declaración de ilegalidad de una detención

Como ya se planteó anteriormente, el tratamiento otorgado a las medidas cautelares personales en el antiguo Código de Procedimiento Penal, con una vigencia de más de 100 años en nuestro país, se realiza sobre la base de que el interés del Estado por hacer efectiva la pretensión punitiva frente a la comisión de un delito, se encuentra por encima del resguardo de los derechos y garantías de la persona. Es por esto, que se le entregaba un porcentaje de discrecionalidad mayor al juez de la causa, como sabemos juez y parte, para la aplicación de estas medidas. Así, el inciso primero del artículo 246 del antiguo Código de Procedimiento Penal señala que “Todo individuo contra quien las diligencias del sumario arrojen datos que hagan presumir su responsabilidad penal, quedará sujeto a la obligación de comparecer ante el juez de la causa o a la restricción de su libertad personal en la forma determinada en este título”, redacción de la cual podemos deducir que las medidas cautelares personales no se

establecían cumpliendo las garantías mínimas que ahora se exigen, especialmente las garantías de la excepcionalidad y de la necesidad.

En el antiguo procedimiento penal la detención no estaba regulada como una medida cautelar personal específica, sino como un instrumento discrecional del juez y de las policías en su interés superior de una persecución penal efectiva. Así el artículo 251 del Código de Procedimiento Penal señala que “Para asegurar la acción de la justicia, podrán los jueces decretar la detención de una persona en la forma y en los casos determinados por ley”, norma que nos viene a confirmar el alto grado de discrecionalidad que se daba a los jueces al momento de decretar una medida privativa de libertad, siendo una norma de interpretación amplia, sin mayores limitaciones para su ejecución.

La situación se ve aún más severa cuando analizamos la institución de, lo que era, la “**Detención por sospecha**”, la que se contemplaba en el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, que generó un gran debate nacional, respecto de su legitimidad, ya que era una facultad que se le entregaba a la policía para detener a quienes anduvieren disfrazados y rehusaren darse a conocer, y a los que se encontraban a deshora o en lugares o en circunstancias que prestaban motivo fundado para atribuirles malos designios, si las explicaciones que daban de su conducta no desvanecían las sospechas, lo que claramente se aleja del respeto de los derechos fundamentales del ciudadano, como la libertad personal. Esta institución fue eliminada el año 1998 por la Ley N° 19.567 no sólo por su carácter inconstitucional, en razón de transgredir el artículo 19 N° 7, letra c) de la Carta Fundamental, sino también porque viola los preceptos contenidos en los diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que nuestro país observa como leyes de la República, con rango constitucional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño, pero también principalmente por la percepción (constatada en los hechos), de que este mecanismo era utilizado con bastante discrecionalidad y abuso, muchas veces, utilizándolo en base a aspectos físicos o relacionados con la

vestimenta de personas (especialmente de jóvenes), que reflejaban más bien los prejuicios de quien utilizaba la figura, a un real peligro para la seguridad ciudadana.

Siguiendo con la misma línea, tanto el gobierno como el poder legislativo toma conciencia de que el procedimiento penal en vigencia por tantos años no estaba acorde con la protección de las garantías y derechos que nuestra propia Carta Fundamental establecía, lo que se manifiesta en el proyecto que se presenta al Congreso Nacional en el año 1995, durante el gobierno de don Eduardo Frei Montalva. Finalmente, el Código Procesal Penal se contiene en la Ley N° 19.696 y se publica en el Diario Oficial el 12 de octubre del año 2000, estableciéndose su aplicación gradual a lo largo del país. En él, al establecerse un sistema penal de corte acusatorio, se plasman las protecciones necesarias a favor de los intervinientes dentro del proceso, siendo, incluso, criticado por parte de la ciudadanía por ser demasiado garantista.

Dentro de las mayores novedades que presenta este nuevo sistema, y dentro del tema que nos convoca, destaca la consagración expresa de la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad en el artículo 5° del nuevo código y su aplicación a través de la regulación de diversos principios fundamentales de las medidas cautelares personales (principio de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, excepcionalidad, necesidad o idoneidad, proporcionalidad y homogeneidad, provisionalidad, temporalidad, sustituibilidad, acumulabilidad y dignidad), que vienen a dar cumplimiento al mandato constitucional emanado de los artículos 1°, 5° y 19 de nuestra Carta fundamental.

Así también, en el nuevo Código Procesal Penal se creó una nueva instancia judicial denominada como “**Control de detención**” que es aquella primera audiencia a la que debe ser llevado aquel que haya sido detenido dentro del plazo de 24 horas desde su detención y que se desarrolla ante el juez de garantía con la presencia obligatoria (como requisito de validez) del fiscal a cargo de la investigación, consagrada en los artículos 95 y 132 del Código Procesal Penal. En dicha audiencia, el fiscal deberá formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que considere necesarias, siempre que cuente con los antecedentes suficientes para dicha solicitud y que se encuentre presente el defensor del imputado, sino es así podrá

solicitar que se amplíe el plazo de detención, sólo por 3 días más, petición a la que accederá el juez sólo si existen antecedentes que justifiquen esa medida.

Pero, lo que más nos importa respecto de esta primera audiencia ante el Juez de Garantía, es que éste como órgano a cargo de velar por el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes dentro del proceso penal (tal como lo señala su denominación) puede declarar que la detención del individuo, llevado a su comparecencia, no ha sido realizada de forma regular, ya sea por no contar con autorización judicial previa, por no haber sido realizada en los casos de flagrancia que la ley establece taxativamente o, simplemente, por haber incurrido el órgano que realizó la detención en una vulneración a los derechos y garantías de todo individuo. Aquí nace la institución de la “**Declaración de Ilegalidad de una Detención**” conforme a lo que el Código establece en su artículo 125 que “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuera sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”.

Esta evolución desde un sistema penal de corte inquisitivo a uno más garantista se considera como un gran logro en pos del respeto de las garantías fundamentales de todos los ciudadanos del país, pero también ha implicado un cambio cultural que ha influido en la opinión pública y en la posterior dictación de diversas leyes que buscan facilitar la tarea de las policías y del Ministerio Público en la persecución penal, las que han modificado ciertas instituciones propias de nuestro tema de estudio, lo que pasaremos a analizar a continuación:

a) Situaciones de flagrancia:

Es esencial el análisis de las modificaciones que ha sufrido el artículo 130 del Código Procesal Penal titulado “situación de flagrancia”, ya que será la interpretación y aplicación de esta norma uno de los fundamentos principales esgrimidos por la defensa y por el juez de garantía para declarar la ilegalidad de la detención, especialmente en la hipótesis señalada en la letra d).

Este artículo en su redacción original señalaba “Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: a) el que actualmente se encontrara cometiendo el delito; b) el que acabare de cometerlo; c) el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice; d) el que, en un tiempo inmediato a la perpetración del delito fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos que permitieren sospechar su participación en el, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y e) el que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaran como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse”.

La primera modificación sufrida por esta norma fue incorporada con la Ley Nº 20.074 del año 2005, en la cual se sustituyó la letra e) incluyendo a los testigos presenciales como aquellos que podían también señalar a los autores o cómplices de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato, lo que se puede considerar como una clara señal de que, tanto el Congreso Nacional como el Ejecutivo, pretendían ampliar las facultades de la policía con la finalidad de lograr una mayor eficacia en la persecución penal y así, evitar la sensación de impunidad por parte de la ciudadanía, aumentando las hipótesis de flagrancia.

Esta misma norma ha sido modificada por la Ley Nº 20.253, comúnmente denominada “Agenda Corta Antidelincuencia”, publicada con fecha 14 de Marzo del 2008, en la cual se buscó una definición objetiva de lo que se entiende por “tiempo inmediato” respecto de las hipótesis de flagrancia de las letras d) y e), como consecuencia de la discusión que se aprecia en la historia fidedigna de la ley, en la cual diversas instituciones del quehacer nacional, especialmente Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, solicitaban la objetivización de dicho término, debido a la jurisprudencia disímil emanada de los jueces de garantía en relación a lo que se podía considerar como tiempo inmediato entre la comisión del delito y la detención por flagrancia. Esto se tradujo en que esta ley señalara expresamente en el inciso final del artículo 130

que “se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hayan transcurrido más de doce horas”.

b) Declaración de ilegalidad de la detención:

Si bien la redacción original del Código Procesal Penal no contenía una regulación específica de la revisión de legalidad de la detención, no cabía duda que esta revisión se consideraba como una de las tareas fundamentales de los jueces de garantía, por lo que, a pesar de algunas mociones realizadas por parlamentarios, se consideró que no era necesario regularla de forma expresa.

Sin embargo, la Ley N° 20.074 sustituyó el inciso primero del artículo 132 referente a la comparecencia judicial a la primera audiencia del detenido, permitiendo no sólo al fiscal, sino que también a su asistente concurrir a ella, teniendo en consideración, en la historia de su establecimiento, la carga de trabajo que conllevaba para los fiscales su asistencia a las audiencias de control de legalidad de la detención, lo que implica un reconocimiento implícito de que en la primera audiencia del detenido se puede debatir y resolver respecto de la legalidad de una detención. Esta modificación, en la práctica, no tuvo los efectos que se esperaban debido a que algunos jueces no permitían que los abogados asistentes del fiscal pudieran formalizar la investigación o solicitar medidas cautelares, y aún seguía existiendo jurisprudencia contradictoria respecto de las cuestiones debatidas en la primera audiencia, como el control de identidad, la flagrancia e incluso la consideración como prueba ilícita de aquella prueba o evidencia recogida durante la detención declarada ilegal, cuya resolución era inapelable.

Esta situación se mantuvo de esta forma, hasta la dictación de la Ley N° 20.253, que sustituyó el inciso segundo del artículo 132 señalando expresamente que el abogado asistente de fiscal actuando expresamente facultado por éste podrá formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado.

Otra gran modificación realizada por la Ley N° 20.253 es aquella que vino a establecer que la resolución que dicte el juez de garantía en la primera audiencia será susceptible de ser apelada en determinados casos como lo señala el nuevo artículo 132 bis, en el sentido siguiente “Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el sólo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable”. Esta nueva norma, incluida en el Código Procesal Penal, pretende uniformar la jurisprudencia en relación a la declaración de ilegalidad de una detención, ya que la experiencia hasta entonces indicaba una disparidad de criterios entre los jueces de garantía en dicha declaración, especialmente en los casos de las detenciones por flagrancia. La doble instancia establecería estándares más uniformes que entregarían mayor seguridad en el actuar de las policías y el Ministerio Público al momento de practicarse las detenciones.

c) Exclusión de la prueba:

Además, la Ley N° 20.253 en el inciso final del artículo 132 estableció que la declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276, modificación de la cual se entiende que, de la declaración de ilegalidad de una detención, no necesariamente se calificará de ilícita la prueba obtenida en dicha actuación, pudiendo solicitarse su inclusión en el auto de apertura del juicio oral, ya que la declaración de ilegalidad de la detención no será vinculante para el juez de garantía o para la Corte de Apelaciones en un eventual recurso de apelación del fiscal. Esto, se considera como un gran avance a favor de la eficacia de la persecución penal, ya que en la práctica, en general, los jueces de garantía entendían que la declaración de ilegalidad de la detención conllevaba, necesariamente, la exclusión de la prueba obtenida en ella, sin distinguir si la

ilegalidad había sido pronunciada por infracciones de forma o de fondo, limitando los medios probatorios con los cuales podía contar el Ministerio Público para lograr la convicción del Tribunal Oral en lo Penal. En conclusión, en la primera audiencia del detenido no se debería discutir ni decidir respecto de la licitud o ilicitud de la prueba recogida durante la detención, lo que es materia propia de la audiencia de preparación del juicio oral, esto, porque la ley, claramente, intenta separar los problemas de la legalidad de la detención con los de la ilicitud de la prueba.

La dictación de las Leyes N° 20.074 y 20.253, ha implicado la morigeración de los principios que inicialmente inspiraron la Reforma Procesal Penal, incorporando modificaciones que buscan dar mayor libertad al trabajo de las policías y del Ministerio Público ante la sensación de impunidad que se plantea, por parte de la ciudadanía, desde la entrada en vigencia del nuevo proceso en el año 2000.

2.2 Principios informadores de la institución del control de detención en el nuevo Proceso Penal Chileno

El nuevo proceso penal chileno está inspirado en una infinidad de principios de corte liberal que buscan proteger los derechos fundamentales o garantías de las personas de forma más enérgica que en el antiguo procedimiento penal amparado por la discrecionalidad que se le entregaba al juez investigador y sentenciador.

Es así como, en esta parte de nuestro trabajo buscamos hacer un análisis más específico de la garantía fundamental del Debido Proceso y de aquellas garantías o derechos fundamentales que emanan de él y que se ven directamente involucrados en la declaración de ilegalidad de una detención: el principio de inocencia, el derecho a defensa y el principio de legalidad en la aplicación de medidas cautelares personales.

2.2.1 Debido Proceso o Derecho a un proceso previo legalmente tramitado (*nulla poena sine processu*):

Esta garantía fundamental, que tiene rango constitucional, es aquella que tiene un ciudadano frente a una investigación y procesamiento penal dirigido y llevado a cabo ante un órgano del Estado, definiendo el rol y la denominación de uno de los actores básicos del nuevo proceso penal, el *juez de garantía*. Bajo el concepto de Alfonso Alvarado⁵⁷ el debido proceso se relaciona, fundamentalmente, con el concepto de proceso como sistema de solución de conflictos- en oposición a la fuerza ilegítima, o la autocomposición- en que un tercero imparcial soluciona el conflicto entre dos antagonistas, y los principios que funcionan como directrices del proceso para darle coherencia a su funcionamiento. Estos principios se relacionan con las garantías fundamentales contempladas por los sistemas constitucionales y son agrupados- por el autor- en cinco categorías, a saber, igualdad de las partes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad (relacionada con el concepto de cosa juzgada), eficacia, y moralidad del debate.

Tomando en cuenta lo anterior, la definición del autor versa como sigue: “El debido proceso no es más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.”⁵⁸

Por otro lado, Vásquez, cita al autor español Francisco Ramos Méndez que lo define como “Aquel juzgamiento que debe efectuarse conforme a las reglas y derechos establecidos por el constituyente en un Estado democrático, las cuales deben, acto seguido, ser recogidas y garantizadas eficazmente por el legislador procesal.”⁵⁹ De este modo se toman en cuenta las garantías constitucionales a la

⁵⁷ ALVARADO, Alfonso. El Debido Proceso. En Gaceta Jurídica año XIV, (110): 17, 1989.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ VÁSQUEZ, Marcos. El debido proceso. Una perspectiva procedimental práctica. [En línea] <<http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.html>> [Consulta: 20 de octubre 2007]

hora de determinar cuáles son las reglas a seguir para que un proceso pueda ser calificado como “debido”.

En lo respectivo a nuestro derecho positivo, la Constitución de la República contempla en su artículo 19 N° 3 inciso 5° la garantía del debido proceso en los siguientes términos “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Por otra parte, debe recordarse que el artículo 5° de la Carta Fundamental establece como límite el respeto a los derechos esenciales de la persona humana, tomando en cuenta los tratados internacionales ratificados y vigentes, de este modo, las normas contenidas en dichos tratados referentes al debido proceso se hacen aplicables a nuestro derecho. De este modo, el concepto de debido proceso, siguiendo a Vásquez⁶⁰, se relaciona tanto con el concepto de los artículos citados, como con los conceptos contemplados con los tratados internacionales, entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 contempla las llamadas garantías judiciales.

En concepto de Ruiz⁶¹, la garantía del debido proceso “asegura a todas las personas la tramitación de un proceso con respeto a todas las garantías consagradas en nuestra Constitución Política”. De este modo, la autora analiza la incidencia de la prueba ilícita en los derechos consagrados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, como son el derecho a la integridad física y síquica de la persona (artículo 19 N° 1), el derecho a la defensa procesal (artículo 19 N° 3 inciso segundo), el derecho al respeto y protección de la vida privada de las personas (artículo 19 N° 4 inciso primero), el derecho a la libertad personal (artículo 19 N° 7), y, por supuesto el derecho al debido proceso (artículo 19 N° 3 inciso quinto). El respeto a estas garantías, por lo tanto, sería requisito del debido proceso, así como

⁶⁰VÁSQUEZ, Marcos. El debido proceso. Una perspectiva procedimental práctica. [En línea] <<http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.html>> [Consulta: 20 de octubre 2007]

⁶¹ RUIZ DE LA FUENTE, María Consuelo. Prueba Ilícita Civil. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. pp. 80-87.

las garantías consagradas en los tratados internacionales anteriormente nombrados.

Si bien esta garantía no está expresamente consagrada en el nuevo Código Procesal Penal, si se considera como uno de los requisitos de legitimidad para la validez de las sentencias extranjeras en nuestro país, además de ser base de las garantías propias del juicio, tales como el Derecho a un juicio oral y público, los principios de inmediación, de continuidad y concentración, entre otros. Esto implica, la aplicación irrestricta de las normas procedimentales establecidas para la práctica de las medidas cautelares personales, en especial la detención, existiendo normas precisas en cuanto a los casos en que procede, su tiempo de duración, los órganos facultados para su realización, etc., y su omisión puede provocar que dicha diligencia sea declarada como ilegal en la primera audiencia ante el Juez de Garantía.

2.2.2 Principio de inocencia o de *no culpabilidad*:

Esta es una de las garantías que se encontraba más seriamente afectada en el antiguo sistema inquisitivo, es por esto que el artículo 4º del Código Procesal Penal establece expresamente la garantía de Presunción de inocencia del imputado, es decir que sólo se puede considerar culpable a quien haya sido condenado en virtud de una sentencia firme, lo que impide presumir de derecho la responsabilidad penal. Este principio también está consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República y también en el Pacto de San José de Costa Rica, pero aparece por primera vez en Francia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta garantía establece que ninguna persona tiene la obligación de acreditar su inocencia, sino que es la parte que acusa la que tiene la responsabilidad de destruir la presunción de inocencia mediante pruebas.

De este principio básico, podemos derivar algunas consecuencias, entre las que destacan:

- La presunción de inocencia rige en todas las etapas del procedimiento, por lo que el imputado debe ser tratado como inocente.
- El imputado no está obligado a prestar declaración indagatoria llegando a considerarse más que un medio de prueba, un medio de defensa.
- El tribunal debe condenar sólo basado en la convicción suficiente sobre la culpabilidad del imputado, cualquier duda razonable acerca de la participación de la persona en la conducta delictiva debiera llevarlo a absolver.
- La parte acusadora para poder destruir la presunción de inocencia del imputado tiene que generar prueba suficiente que le permita al juez alcanzar su convicción, por lo tanto la carga de la prueba recae sobre el Estado.
- Se establecen límites a los plazos de investigación.

Los alcances de este principio son enormes y merecen un acabado estudio. De aquí se desprendería, por ejemplo, que todos los efectos extra procesales del auto de procesamiento, sean del rango que fueran (constitucionales o legales) deberían entenderse derogados y, además, de este principio se desprende el carácter restrictivo en la aplicación de medidas cautelares personales durante el proceso. Es decir, la pena penal resulta ser el inicio de las sanciones y no podrían aplicarse “sanciones” anexas por su calidad de imputado y sólo deja cabida a la detención y la prisión preventiva cuando se funda en la necesidad de éstas para evitar el peligro de fuga o de destrucción de prueba. Es así, como la reforma al sistema procesal penal todavía tiene una deuda con este principio, ya que su pleno respeto implicaría la eliminación del criterio de “peligro para la seguridad de la sociedad” como fundamento de la prisión preventiva.

2.2.3 Derecho a Defensa:

Esta garantía fundamental en cualquier proceso penal se ha definido como “ el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente”⁶². Es así como, el artículo 8º del Código Procesal Penal establece que el imputado (esto es, de acuerdo a los criterios del Código, aquel respecto del cual se atribuyere participación en un hecho punible) debe ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

Esta declaración reviste una importancia capital, debido a que el estatuto de la defensa, que en el antiguo procedimiento penal se establecía como efecto secundario del auto de procesamiento, adquiere fuerza propia y extensión. Adquiere dimensión propia, sin someterse a otra resolución ya que no se la vincula a ninguna determinación del fiscal o del juez de garantía, sino que obra por sí misma, desde que un procedimiento se sigue respecto de una persona. Consecuencialmente, la presencia del defensor del imputado será requisito ineludible para la realización de las audiencias en que este deba intervenir, so pena de ser consideradas nulas.

La defensa puede estar constituida por un defensor nombrado libremente por el imputado, antes de la primera audiencia a la que éste fuere citado, o bien, el Ministerio Público solicitará se le nombre un defensor penal público o el juez procederá a hacerlo (artículo 102). A fin de dar cumplimiento a esto, se ha creado la *Defensoría Penal Pública*, la cual es imprescindible para el buen funcionamiento

⁶² GIMENO SENDRA, citado por Julián López Masle y María Inés Horvitz Lennon en “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I. Chile, Editorial Jurídica, 2002. 76p.

del proceso penal, ya que las garantías de justicia igualitaria deben cubrir a la víctima y querellantes, pero principalmente a el o los imputados.

Debe hacerse presente, en este punto, como muestra de la importancia que el Código le atribuye a la existencia de la defensa del imputado, que es causal de recurso de nulidad, que permite invalidar el juicio oral o la sentencia definitiva, el que se le hubieren impedido ejercer las facultades que la ley le otorga al defensor (artículo 374 letra c) y que existe nulidad ante la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exija expresamente su participación (artículos 103 y 286).

Ahora bien, de conformidad al inciso segundo del artículo 8º, el imputado tiene derecho a formular todos los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

Los artículos 93 y 94 del Código dotan al imputado de derechos, sea que se encuentre o no privados de libertad, los que pueden ser hechos valer desde el primer acto de procedimiento en su contra hasta la terminación del proceso, lo que implica que este derecho puede ser exigido por el imputado desde el mismo momento de practicarse la detención, diligencia que, en muchos casos, suele ser la primera dentro del proceso de persecución penal. A la vez, el juez de garantía, el fiscal y los funcionarios policiales deben dejar constancia en el registro de la investigación de haberse cumplido con las normas legales que señalan derechos y garantías para el imputado (artículo 97).

2.2.4 Principio de legalidad de las medidas restrictivas de libertad:

Como consecuencia directa del principio de inocencia que inspira el nuevo proceso penal y siguiendo lo señalado por el texto constitucional del artículo 19 N° 7 letras b) y c), el artículo 5º del Código manifiesta que nadie puede ser citado, arrestado, detenido, sometido a prisión preventiva ni sometido a alguna forma de

privación o restricción de libertad, sino en los casos y en la forma señalado por la Constitución o las leyes.

A este respecto, es necesario señalar que el Código ha añadido a la citación como una forma de restricción de libertad que la Carta Fundamental no considera unida indiscutiblemente a este principio.

El Código ha modificado en forma relevante la concepción que hoy día se desliza sobre las medidas cautelares personales, especialmente la de prisión preventiva, reafirmando su estructura genuina de medida cautelar. Así, como botones de muestra, deben mencionarse los artículos 122 y 139. El primero señala que las medidas cautelares personales sólo serán impuestas “cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”. El segundo asevera que “la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las necesidades del proceso”.

Más aun, el inciso segundo del artículo 5º ya señalado establece como sub-principio que estas medidas restrictivas o privativas de libertad (de otros derechos del imputado) deben ser interpretadas restrictivamente y no pueden ser aplicadas por analogía. Dicho en otros términos, la libertad personal durante el proceso no puede ser interpretada como una “concesión graciosa” al mismo nivel que la prisión preventiva.

Los cambios, a nuestro entender, son lo suficientemente profundos como para adaptar el artículo 19 Nº 7 de la Carta Fundamental a ellos. De partida, el sólo concepto de “libertad provisional” ya no tiene sentido, siendo contrario también a la garantía de Presunción de inocencia del imputado.

La importancia que tienen estos principios en el tema que nos convoca, es que su irrestricta aplicación está resguardada de diversas formas dentro del proceso penal, y en el caso específico de la detención, la vulneración de uno o más de estos principios al momento de realizarse la diligencia acarreará la nulidad de la misma en la audiencia de Control de detención, poniendo en riesgo el éxito de la persecución penal, ya que la declaración de la ilegalidad de la detención podría

acarrear también la exclusión de toda prueba que haya sido recogida en esa diligencia, impidiendo contar con ella en un futuro juicio oral.

2.3 Evolución legislativa del Control de Identidad como facultad autónoma de las policías y su relación con la detención

Otra institución que nace con la nueva justicia es el llamado “**Control de Identidad**” que se encuentra reglamentada en el artículo 85 del Código Procesal Penal como una facultad autónoma de las policías, que si bien no se trata de una actividad jurisdiccional dentro de la persecución penal puede derivar en una detención, en los casos señalados por la ley, por lo que es importante su evolución legislativa para el tema en estudio.

En relación a esto, podemos señalar que el denominado control de identidad resulta importante, toda vez que, al llevarse a cabo, puede ocurrir que no se realice de conformidad a lo establecido para su procedencia en el artículo 85 del Código Procesal Penal y si de esta diligencia deriva una detención por flagrancia podrá dar lugar a una posterior declaración de ilegalidad de la misma, en la instancia correspondiente, por infracción a los requisitos de procedencia del control de identidad propiamente tal, y no así de los establecidos para proceder a realizar una detención por flagrancia.

Cabe destacar que, en la práctica, es esta situación la que mayormente dará lugar a la ilegalidad de una detención y, posteriormente, a la posible exclusión de prueba obtenida durante dicho control, producto, en su mayoría, de vicios de carácter meramente formales en la actuación de las policías y no de vicios de fondo.

En el mensaje del ejecutivo se señaló: “Sabemos que el control de identidad reemplazó en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal a la detención por sospecha, por la inconstitucionalidad contenida en esa facultad policial, más propia de sistemas

represivos que desconocen los derechos fundamentales de todo ciudadano a la libertad personal y la seguridad individual, en los términos del artículo 19 N° 7 de nuestra Constitución Política.... De allí que, tomando como ejemplo la legislación española, se optó por configurar una hipótesis de intervención policial circunscrita a la existencia de indicios que permitieran suponer que una persona hubiese cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiese a cometerlo o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación correspondiente”.

Al promulgarse la ley que aprobó el nuevo Código Procesal Penal esta institución se entendía como una facultad discrecional de las policías, en atención a que se quería evitar totalmente que esta facultad autónoma de las policías se convirtiera en una nueva “detención por sospecha”, es así como la primera parte del artículo 85 tiene la siguiente redacción: “Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados...”, como se puede apreciar la norma comienza poniendo límites a las policías en su actuar, ya que sólo se trata de una función facultativa y no obligatoria y que sólo se podrá llevar a cabo en los casos fundados que el mismo artículo señala taxativamente, lo que deja de manifiesto el interés del legislador por limitar el ejercicio del *ius puniendi* desde su inicio.

Además, reafirmando esta intención, el legislador incluyó en el inciso final del mismo artículo lo siguiente: “Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos a que se refiere el presente artículo, deberán realizarse de la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto a un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad”.

Pero esta norma, como muchas otras dentro del código, ha sufrido diversos cambios generados por la crítica referida a un excesivo garantismo para el imputado. Es así como el 30 de Enero del año 2002 sufre su primer cambio con la Ley N° 19.789 que reemplaza el inciso primero del artículo 85 en cuanto a los casos fundados en que

procede el control de identidad, ya que en el código original se limitaba el ejercicio de esta función contra una persona a “la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito.” Pero la ley antes señalada establece lo siguiente: “sustitúyanse las expresiones "crimen o simple delito" las dos veces que se las menciona, por "crimen, simple delito o falta", es decir, amplía la facultad de realizar el control de identidad aún cuando exista un indicio que se ha cometido o que se cometerá una falta. Además, con esta ley se autoriza a las policías a la revisión de vestimentas, equipaje y vehículo de la persona controlada, sin necesidad de autorización judicial previa o instrucción del fiscal. Y, en tercer lugar, y para el caso de haberse negado o no haber podido acreditar su identidad el controlado, permite practicarle la toma de huellas digitales, sin necesidad de su autorización escrita, en el evento que una vez trasladado a la oficina policial y habiéndole otorgado las facilidades inherentes, no le resultare posible acreditar su identidad, aumentando de cuatro a seis horas el tiempo que puede durar la retención con esos fines.

Posteriormente, la Ley N° 19.942 de 15 de Abril de 2004 introdujo un cambio fundamental a esta norma, señalando lo siguiente: “En el inciso primero, reemplázase la expresión "podrán", por "deberán"...", es decir, que desde ese momento la institución del control de identidad pasaba a ser una obligación para las policías y dejaba de ser una facultad, lo que implica que todo funcionario debe cumplir con dicha orden legal, arriesgando sanciones de tipo administrativo si no la cumplen.

Estas dos modificaciones han generado diversas reacciones en el mundo político y en la opinión pública, ya que para aquellos que promovieron la derogación de la “detención por sospecha”, esta pequeña pero importante modificación al Código Procesal Penal implica un retroceso hacia lo que significaba esta institución hace unos años en Chile, ya que el hecho de que sea una obligación legal de las policías provoca que éstas, por temor a una posible sanción, realicen sin mayor discriminación esta función, a pesar de que la norma establece los casos en que se puede aplicar. Para otros, “las modificaciones no implican en caso alguno la reinstauración de la "detención por sospecha".

Con todo, el desafío planteado es el siguiente: como una sociedad libre, es capaz a la vez, de generar un equilibrio entre entregar mayores facultades de control de identidad o cierto marco de acción preventiva a las policías, que genere una potente señal a los delincuentes y "suba" los costos de delinquir; con no caer en los abusos y la discrecionalidad en el ejercicio de estas facultades. Así, la nueva normativa importa por tanto, un gran desafío para las policías cual es seguir perfeccionado a su dotación para hacer buen uso de las mayores facultades otorgadas en materia preventiva, precisamente para no caer en el uso discrecional de ellas”⁶³ sino que esta modificación era necesaria dada la situación que vivía el país en ese entonces, ya que desde la aplicación de la reforma en las diversas regiones del país los índices de delincuencia se habían elevado significativamente, junto con el hecho de que ahora el proceso es público, lo que permite un mayor acceso de la población en general, principalmente a través de los medios de comunicación masivos, de lo que se realizaba y resolvía en el nuevo proceso.

Asimismo, fue esta institución la que mayores discusiones generó en la tramitación legislativa de la Ley Nº 20.253, siendo la idea central del mensaje del Ejecutivo. Las modificaciones más importantes que incorporó al artículo 85 del Código Procesal Penal son los siguientes:

- En el inciso primero se reemplaza la expresión “la existencia de un indicio...”, como un elemento objetivo, por la expresión “estimaren que existen indicios...”, como un elemento subjetivo, lo que da mayor atribuciones a las policías para estimar si los indicios que se presentan hacen procedente el control de identidad, sin que esto implique que dicha apreciación sea analizada posteriormente por el juez de garantía.

⁶³ GARCÍA, Francisco. Control de identidad: Buena señal, pero insuficiente. Programa político de libertad y desarrollo. [En línea]<<http://www.lyd.com/noticias/control.html>>[Consulta: 15 de noviembre de 2007]

- El inciso segundo se modificó agregando la expresión “sin necesidad de nuevos indicios”, en relación a la posibilidad de las policías para proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, lo que para algunos era innecesario, ya que desde un principio se entendía que esta facultad se incluía dentro del control de identidad, pero fue necesaria su regulación expresa debido al criterio que se aplicaba en la práctica por algunos jueces de garantía, quienes declaraban ilegal las detenciones derivadas de un control de identidad si se consideraba que no existían nuevos indicios que justificaran el registro.
- En el inciso cuarto se reemplazó la expresión “seis horas” por la expresión “ocho horas”, modificación que fue muy discutida pero que tuvo su gran aliado en Carabineros de Chile, cuyo representante en la Comisión de legislación del parlamento señaló que el plazo de 6 horas era insuficiente en razón de las dificultades técnicas que aún se encontraban en el Servicio de Registro Civil e Identificación para la identificación del controlado y la verificación de las posibles órdenes de detención pendientes.

3. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

A continuación, procederemos a exponer diversos casos jurisprudenciales que se han dado en nuestro país desde la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, relativos a la ilegalidad de una detención y los criterios aplicados por los tribunales para su declaración.

En causa RIT 143-2007, ante el juez de garantía de Nueva Imperial por el delito de lesiones menos graves, se presentó recurso de amparo a favor de don Roberto Segundo Quinchavil Cea conforme a los siguientes antecedentes de hecho. ⁶⁴

a) Inicio de la investigación:

El día 15 de febrero de 2007 ante el tribunal de garantía de Nueva Imperial, se llevó a efecto la audiencia solicitada por el Ministerio Público a fin de proceder a la formalización de la investigación, audiencia a la cual no concurrió el imputado. El juez antes de otorgar la palabra a los intervinientes les informa que al momento de practicar la citación, el padre del imputado señaló que estaba fuera de la ciudad de Santiago, desconociendo su actual domicilio, y que la víctima habría sido citada por intermedio de un vecino. Con estos antecedentes el Ministerio Público solicitó la detención del imputado pues entendió que su presencia puede verse demorada o dificultada y conforme al artículo 127 inciso primero del Código Procesal Penal correspondería que se despache una orden de su detención en su contra. A esto, la defensa se opuso argumentando que una persona no está obligada a conocer que está requerida judicialmente mientras no sea citada, por lo que en este caso correspondería citarla previamente antes de despachar una orden de detención.

Oídos los intervinientes el tribunal decidió dar lugar a lo solicitado por el Ministerio Público en atención a que ésta fue solicitada conforme al artículo 127 inciso primero del Código Procesal Penal, es decir, sin citación previa. Esta resolución se basó en el hecho de que se desconocía el domicilio actual del imputado y, por lo tanto, no existiría manera alguna de practicar una citación. El imputado recurrió de amparo.

⁶⁴ GACETA JURÍDICA. Santiago, Editorial Lexis Nexis, N° 321: 270 y ss., marzo 2007.

b) Argumentos del recurso de amparo:

Ante la Corte de Apelaciones de Temuco se interpone recurso de amparo causa ROL N° 191-2007 R.P.P, con fecha 16 de febrero del año 2007 fundamentado en que en la audiencia respectiva la defensa se opuso a la orden de detención, por tratarse de la primera citación el amparado nunca había concurrido al tribunal ni al Ministerio Público, por lo que no se encontraba en la obligación de fijar domicilio dentro del radio urbano, sin habersele advertido de las consecuencias que de ello pudieran derivar, agregando que no es suficiente para ordenar la detención que la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada, sino que ésta se deba a una acción u omisión del propio citado tendiente a burlar la acción de la justicia. En este caso, el imputado nunca ha sido notificado legalmente por lo que tenía conocimiento de que era objeto de una investigación, siendo tarea del Ministerio Público otorgar un domicilio o realizar las averiguaciones tendientes a dar con su paradero

c) Resolución del tribunal:

La Corte de Apelaciones de Temuco no da lugar al recurso de amparo en atención a que según lo informado por el juez de garantía y el registro de audio de la audiencia respectiva, se desprende inequívocamente que la orden de detención emana de la facultad que concede el artículo 127 inciso primero del Código Procesal Penal. De esto, aparece que la resolución recurrida tiene fundamento claro, ya que como consta de los antecedentes el amparado carece de domicilio determinado y conocido para efectos de su citación.

Conforme a esto, la orden de detención habría sido dictada por el tribunal competente dentro de sus atribuciones, para ser efectiva y posible la persecución penal, cuando el imputado con antecedentes de cargo suficientes se hace inalcanzable para proceder a su citación.

d) Resolución Corte Suprema:

Finalmente, la Corte Suprema revoca la resolución de alzada, acogiendo el recurso de amparo en atención a que el caso de autos se encuentra regido por el inciso segundo del artículo 127 del Código Procesal Penal y no por el inciso primero, toda vez que se relaciona con la normativa del párrafo 5°, del Título I, Libro II del Código Procesal Penal sobre formalización de la investigación, particularmente a lo establecido por los artículos 229 y 231 del mismo cuerpo legal, ya que la audiencia a la cual corresponde que sea citado el amparado debe ser legalmente notificada y haberse puesto después de ella en situación de rebeldía, lo que no se cumplió debidamente.

e) Comentarios:

En el caso en cuestión, resulta importante destacar la aplicación de los nuevos principios informadores del sistema procesal penal por parte de la Corte Suprema, a pesar de que la Corte de Apelaciones de Temuco rechazó el recurso de amparo, en atención a que, según su entender, el juez de garantía dictó la orden de detención conforme a lo establecido en el artículo 127 inciso primero, lo que vulneraría gravemente la presunción de inocencia del imputado y el debido proceso, ya que como argumento la defensa señaló que sin previa citación el amparado no tenía forma alguna de conocer las imputaciones en su contra, privándosele de la posibilidad de cooperar personalmente en la investigación de los hechos.

En causa RIT 3208-2005 del Juzgado de Garantía de Viña del Mar por infracción al artículo 3° de la Ley N° 20.000 se recurrió de amparo a favor de don Juan Manuel Romero Nilo, Claudia Andrea Cárdenas Silva y Néstor Eulalio Miño Velásquez en atención a los siguientes hechos:⁶⁵

⁶⁵ GACETA JURÍDICA. Santiago, Editorial Lexis Nexis, N° 304: 237 y ss., octubre 2005

a) Fundamentos del recurso:

Con fecha 24 de Mayo de 2005 la juez de garantía de Viña del Mar otorgó al Ministerio Público una orden de detención en contra de los amparados, la que posteriormente fue ampliada de acuerdo a una petición formulada por la fiscalía. A mayor abundamiento, se agrega que la Defensa Penal Pública sólo tuvo conocimiento de estos antecedentes el 27 de mayo a pocas horas de iniciarse la audiencia de control de detención y de la formalización de la investigación, siendo notificada la defensa sólo el 27 de mayo, a más de 48 horas de su detención, lo que implica una infracción al derecho de que los imputados cuenten con un abogado.

b) Informe del juez de garantía:

Indica que de acuerdo a lo señalado por la fiscalía, en la audiencia de control de detención, a los imputados se les leyeron oportunamente sus derechos, tanto los policías como el fiscal de la causa, situación que constató el juez personalmente al constituirse en el recinto policial durante el periodo de la detención, consultándoles a los imputados sobre el conocimiento que tenían del derecho a solicitar un abogado. Agrega que los hechos que sirven de fundamento al recurso fueron planteados en la audiencia como apoyo a la solicitud de ilegalidad de la detención, la cual fue desestimada por el juez.

c) Resolución del tribunal:

La Corte de Apelaciones de Valparaíso acoge el recurso de amparo interpuesto por la defensa de los imputados, para el solo efecto de que se guarden las formalidades legales y se adopten las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de los amparados, en atención a que de lo expuesto se han vulnerado normas constitucionales y legales por parte de la Policía de Investigaciones, del Ministerio Público y de la señora juez de garantía, en lo que respecta a los plazos y al procedimiento que originan la detención. Los primeros por incumplir el artículo 131 del Código Procesal Penal en cuanto a su obligación de

ponerlo a disposición del juez de garantía en el plazo allí mencionado por tratarse de una detención judicial; el Ministerio Público por no advertir que en la especie la orden de detención fue dictada por el juez de garantía a su requerimiento y no obstante ello solicitar fuera de la audiencia una ampliación de la detención y finalmente de la señora juez de garantía al conceder dicha ampliación, apartándose de la normativa que se viene señalando, lo que implicó vulnerar los derechos de los amparados. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.

d) Comentarios:

En este caso, cabe destacar que, tanto la Corte de Apelaciones de Valparaíso como la Corte Suprema, reconocen la supremacía del derecho a defensa de los imputados en un proceso penal por sobre la eficacia en la persecución del delito, velando por la aplicación irrestricta de la garantía de legalidad de las medidas privativas de libertad, por cuanto considera que la ampliación de la detención de los imputados no está conforme a derecho, negándole al Ministerio Público la posibilidad de recolección de una mayor cantidad de antecedentes necesarios para la formalización de la investigación, en virtud de que el resguardo de las garantías de los imputados está consagrado a nivel constitucional en el artículo 19 N° 7, lo que limita las actuaciones de los órganos encargados de la persecución penal.

En causa RIT 3125-2006 ante el juzgado de garantía de Colina, recurre de amparo doña Militza Lorena Seguel Bravo solicitando se deje sin efecto la detención ordenada en su contra bajo los siguientes antecedentes de hecho⁶⁶:

a) Fundamentos del recurso:

Con fecha 8 de enero del año 2007 no se lleva a cabo la audiencia de formalización de la investigación en consideración a que no fue posible notificar a la imputada, se

⁶⁶ GACETA JURÍDICA. Santiago, Editorial Lexis Nexis, N° 322: 274 y ss., abril 2007

fijó nuevo día y hora para el 5 de febrero del mismo año, la cual no se efectuó dada la incomparecencia de la imputada, se fija nuevamente día y hora para el día 5 de Marzo del mismo año, ordenándose la notificación de la imputada en forma personal bajo el apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal. El 5 de marzo del año en curso, dada la incomparecencia de la imputada, no obstante encontrarse notificada personalmente se fija otra vez nuevo día y hora para el día 2 de abril del año en curso, nuevamente bajo el apercibimiento del artículo ya mencionado.

El día 2 de abril dada la no comparecencia de la imputada y habiéndose informado por Carabineros de la sexta Comisaría de Recoleta de que se había notificado personalmente a la imputada se estimó que se había dado cabal cumplimiento a lo ordenado por el tribunal, incluido el apercibimiento del artículo 33 del Código Procesal Penal, a pesar de que no se haya dejado constancia expresa de esto en el oficio de respuesta de carabineros, ordenándose la detención de la imputada.

b) Resolución de la VII sala de la Corte de Apelaciones de Santiago:

El Tribunal declara no a lugar al recurso de amparo en atención a que según se infiere de los antecedentes, la amparada fue legalmente citada a la audiencia de formalización, habiéndose efectuado el apercibimiento de arresto verbalmente por el funcionario policial, por lo que cabe concluir que la orden de detención aparece expedida por orden de autoridad competente con facultad para ello y en un caso previsto por la ley.

c) Resolución de la Corte Suprema:

La Corte revoca la resolución de alzada, acogiendo el recurso de amparo en razón a que como se aprecia de los antecedentes la amparada fue notificada solo en forma verbal de la fecha y hora de citación, como asimismo de lo dispuesto en el artículo 33 antes referido. Que el principio de seguridad jurídica implica que las resoluciones judiciales deben ser expresas y contener todas las exigencias que plantea la ley, ellos supone que deben bastarse a sí mismas, de modo tal que el funcionario que cumpla la

orden se limite a consignar que se ha dado o no cumplimiento a lo dispuesto. La citación practicada en autos, fundamento de la orden de detención cuestionada, no satisface el estándar que la ley exige, desde que no aparecen cumplidos los requisitos relativos a la información y advertencias que el tribunal debe hacer a la imputada.

d) Comentarios:

Respecto de este caso, es necesario destacar la aplicación por parte de la Corte de otro principio que subyace al nuevo sistema procesal penal, el principio de seguridad jurídica, que implica, como así lo estableció la Corte, la realización de las diversas actuaciones judiciales de una forma que permita el pleno ejercicio de los derechos de los intervinientes dentro del proceso, haciendo efectiva la bilateralidad de la audiencia y con ello el debido respeto al derecho de defensa.

CAPÍTULO V

EXTENSIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Si bien como se planteó anteriormente, la exclusión de la prueba denominada ilícita se encuentra expresamente consagrada en nuestro Código Procesal Penal, no ocurre lo mismo con la denominada “Prueba Derivada”. El nuevo código no la incluyó expresamente en la norma de exclusión, encontrándonos con un vacío legal que se ha ido solucionando caso a caso, según el criterio de los diversos actores del sistema, y según su posición frente al conflicto constante entre la eficacia de la persecución penal y el mayor resguardo de las garantías perseguido con la nueva justicia.

Debido a esta situación de vacío legal, y las importantes consecuencias que puede conllevar el tratamiento otorgado a esta institución, el gran objetivo de esta investigación, será determinar el tratamiento otorgado por los tribunales y los demás intervinientes del proceso penal, de aquel material probatorio que ha sido obtenido en conformidad a las normas legales, pero que surge a consecuencia de otro elemento de prueba que ha sido recogido en un procedimiento de detención que ha sido declarado ilegal, en otras palabras, que deriva de una prueba ilícita. Para esto, será necesario comenzar con un análisis exhaustivo de la concepción de la institución de la prueba derivada, sus fundamentos y excepciones, analizando diversas teorías y casos de la jurisprudencia comparada y, finalmente, de nuestra jurisprudencia.

2. LA PRUEBA DERIVADA

2.1 Concepto de la Prueba Derivada

La prueba derivada es conceptualizada como “aquella prueba en sí misma lícita pero a las que se llega por intermedio de información obtenida por la prueba ilícitamente recogida”⁶⁷ o “una prueba que, aún procediendo de un medio legítimamente obtenido, tiene su origen en otro obtenido con infracción de los derechos fundamentales”⁶⁸.

En el fondo lo que plantea la prueba derivada, es si existe la posibilidad de valerse de un medio de prueba que ha sido introducido debidamente al proceso y que cumple con las normas legales, pero cuyo origen plantea problemas debido a que esta ha sido obtenida gracias a otro medio o elemento probatorio el cual está directamente viciado, o sea que ha sido obtenido con infracción de derechos y garantías fundamentales.

Para reflejar de una mejor forma el problema exponemos a continuación una serie de ejemplos dados continuamente por la doctrina:

- ¿Qué posibilidad existe de valerse del testimonio de dos policías que presenciaron y filmaron una transacción de droga por haber tenido conocimiento de esto antes en virtud de la interceptación ilegítima de las conversaciones telefónicas de uno de los sujetos?

- ¿O que ocurre, también, en el caso de interceptación telefónica clandestina, cuando el sujeto realiza una declaración que lo incrimina?

⁶⁷ MIDÓN, Marcelo. Ob. cit., 142p.

⁶⁸ ASCENCIO M., José. Los derechos fundamentales en el Proceso Penal. España, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998. 131p.

En el caso específico de nuestro estudio, en torno a la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba derivada, obtenida a raíz de una prueba ilícita en un procedimiento de detención declarado ilegal, la pregunta a plantearse, a modo de ejemplo, sería la siguiente:

- ¿Qué validez tiene el arma usada en el delito que ha sido regularmente incautada, pero que se ha llegado a su conocimiento por medio de la confesión del imputado arrancada mediante tortura durante el procedimiento de detención, que posteriormente fue declarado ilegal?

Las respuestas a todas estas preguntas sólo las podremos entregar en atención a cada ordenamiento jurídico, y a la eficacia que cada uno otorgue a la prueba derivada. Sin embargo, esto no es fácil, debido a que la regla general, a diferencia de lo que ocurre con la prueba ilícita, es que no exista una norma expresa donde se señale su admisibilidad o exclusión, y más aún, la doctrina y jurisprudencia en cada país ha sido totalmente diversa. Como uno de los casos de excepción, donde la institución se trata expresamente, señalamos a Costa Rica donde en su Código Procesal Penal, no sólo se hace referencia a la exclusión de la prueba ilícita, sino que también en su artículo 15 inciso segundo se alude expresamente a la exclusión de la prueba derivada, estableciendo que “No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito”.

A grandes rasgos, podemos señalar que en la doctrina y en la jurisprudencia se observan tres posturas relacionadas a la admisibilidad y eficacia de la prueba derivada en el proceso penal.

La posición más conservadora acepta la validez de la prueba derivada al interior del proceso, debido a que lo que impera es el interés público que hay involucrado tras todo un sistema procesal penal, siendo indiferente el origen de la prueba. De manera, que ante la pregunta planteada de forma precedente, la respuesta no sería otra que, la de señalar que el elemento probatorio obtenido por medio de la incautación regular y cuya toma de conocimiento emana de una detención declarada ilegal es plenamente

válido para que el juez lo utilice como elemento de convicción, no pudiendo ser excluido del proceso.

En una posición intermedia, encontramos la solución del “caso a caso”, ya que de acuerdo a ésta, resulta imposible establecer normas para su admisibilidad atendido a los distintos factores que pueden intervenir, por ejemplo, factores de conexión entre ambas pruebas como en el caso de la teoría de la conexión atenuada. De tal forma, que en esta postura, serían los tribunales de justicia los llamados a determinar la admisibilidad con su posterior valoración o inadmisibilidad del elemento probatorio incautado de forma regular.

En el caso específico de nuestro país, el juez de garantía sería el encargado de determinar su exclusión o su no exclusión durante la audiencia de preparación del juicio oral, debido a que esa sería la única oportunidad para hacerlo, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia⁶⁹. Dependiendo de la decisión adoptada por el juez de garantía se determinaría, posteriormente, por el Tribunal Oral en lo Penal, la valoración correspondiente al medio probatorio.

En tercer lugar, encontramos la posición contraria a su validez dentro del proceso, sostenida por buena parte de la doctrina y jurisprudencia, afirmando su completa exclusión dentro del proceso como prueba válida. Así, en esta postura, el elemento probatorio obtenido en la incautación practicada de forma regular, debería ser excluido, en el caso de nuestro país, en la audiencia de preparación del juicio oral.

Con relación a este punto, de las diversas posturas que se han adoptado por parte de la doctrina, nos referiremos con más detalle al tratar de las diversas teorías que se han elaborado sobre la institución en comento, con el objeto de poder determinar el tratamiento otorgado a la prueba derivada que surge de una detención declarada ilegal y las consecuencias que de ello se siguen para el proceso penal, en torno a su admisibilidad o inadmisibilidad.

⁶⁹ Véase causa RIT N° 51-2004 ante tribunal del juicio oral de Calama.

2.2 Fundamentos de la Prueba Derivada

Como primera observación, podemos señalar que la institución de la prueba derivada puede presentar mayor complejidad que la de la prueba ilícita, debido a que la prueba derivada es una prueba lícita en sí misma, en la que se ha dado pleno cumplimiento a las normas legales. Sin embargo, en lo que a fundamentos se refiere, podemos decir que ambas creaciones jurisprudenciales basan su existencia, en el respeto a las garantías y derechos esenciales de los individuos frente al poder estatal, de forma tal, que en la administración de justicia se busque la verdad, resguardando un proceso lo más transparente posible y garantista de los derechos de los ciudadanos.

Así, es preciso establecer que pese a que la mayoría de las legislaciones modernas establecen sistemas de valoración libre de la prueba, esto no significa que la valoración sea arbitraria, sino que muy por el contrario, el juicio debe ser racional y coherente con los derechos y garantías de los individuos, lo que nos lleva a la idea de un método reglado para alcanzar el fin del establecimiento de la verdad.

La base esencial de toda exclusión de prueba radica en que existen principios superiores que escapan al ámbito legal de cada país que protegen esencialmente la dignidad del hombre. En este sentido, destacan como principios esenciales y reconocidos por la mayoría de los tratados internacionales: el del debido proceso, el derecho a la intimidad de las personas, el derecho a su integridad física y psíquica, entre otros. En apoyo a señalar a estos principios supra legales como fundamento de la exclusión de prueba, podemos indicar el hecho de que en algunos casos de jurisprudencia comparada se ha aceptado excepcionalmente la prueba ilícita, cuando ésta ha sido beneficiosa para el imputado.

Desde otro punto de vista y en atención al rol del Estado, cabe señalar como fundamento de la exclusión de prueba, el hecho de que no tendría sentido que el Estado se aprovechara de lo que él mismo ha prohibido y menos para inculpar a uno de sus ciudadanos. Un Estado de Derecho debe tener su base más sólida sobre un

gobierno respetuoso de las normas dictadas conforme a su Constitución, sin esto pierde toda legitimidad en su actuar frente a los ciudadanos. En palabras de un autor argentino "Los fundamentos de esta doctrina (refiriéndose a la exclusión de prueba) se basan principalmente en la irrefutable razón ética derivada de la imposibilidad de que el Estado aproveche para el juzgamiento elementos de convicción que fueron obtenidos en forma ilegítima, inobservando las mismas normas por él predispuestas".⁷⁰

2.3 Teorías en torno a la Admisibilidad de la Prueba Derivada

Numerosas son las teorías mediante las cuales se ha intentado explicar la institución de la prueba derivada, aceptando su eficacia al interior de los ordenamientos o negando su admisibilidad, obviamente influenciadas enormemente por las condiciones históricas y por el contexto en que aparecieron. De esta forma, a fin de adquirir una mayor comprensión de la institución en comento, comenzaremos nombrando las tesis que se han dado respecto del tema por la doctrina, para poder determinar, con posterioridad, el tratamiento que se ha otorgado en nuestro país a aquella prueba obtenida en un procedimiento de detención declarado ilegal que se origina en una prueba ilícita:⁷¹

- a) Tesis Restringida: planteada como "el supremo fin de adquirir la verdad ennoblece el empleo de cualquier medio, aún ilícito", hay quienes sostienen que todo aquello que pudiere servir para descubrir la verdad debe ser valorado por el juez para formar su convicción, independiente a su modo de obtención. Para los autores que apoyan esta postura resulta irrelevante a efectos de la admisión y posterior apreciación de la prueba los "efectos reflejos"⁷² de una prueba ilícita, esto resulta obvio si para esta postura aún la prueba ilícita o

⁷⁰ JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., 614p.

⁷¹ MIDÓN, Marcelo. Ob.cit., pp 146-149.

⁷² La expresión ha sido utilizada por la jurisprudencia norteamericana para referirse a la institución de la prueba derivada.

ilegal de manera directa resulta eficaz en el descubrimiento de la verdad en sede procesal.

- b) Tesis Ecléctica: esta posición intermedia considera necesario encontrar una solución que respete las garantías protegidas por todo ordenamiento jurídico, pero que no limite excesivamente el derecho a la prueba. La solución podría hallarse distinguiendo el fundamento de las normas violadas y que establecen prohibiciones probatorias. Si la finalidad de la norma prohibitiva se cumple sólo limitando la ineficacia de la misma, se consideran válidas las pruebas indirectamente derivadas. Podría reducirse la ineficacia en los casos en que la prueba no pueda ser obtenida por un procedimiento lícito, minimizando o ampliando la validez, según se pudiera presumir o no la obtención legítima de la misma.

Dentro de esta tesis se considera que una prueba derivada será ineficaz siempre que no sea favorable al imputado, así la declaración de inocencia de un inculpado es demasiado relevante como para ser sacrificada por una irregularidad en el procedimiento de su obtención.

- c) Tesis Amplia: para esta postura, la justicia no se puede justificar en el hecho de que debe reprimir una infracción ilegal para valerse de una infracción constitucional, lo que sería totalmente contrario a la prelación normativa que establece la supremacía absoluta de la Constitución por sobre cualquier otra norma dentro de todo Ordenamiento Jurídico. El respeto de las garantías constitucionales priva de todo valor, no sólo a las pruebas que constituyan propiamente su violación, sino que también aquellas que sean consecuencia directa y necesaria de ellas, por lo tanto se busca descalificar no sólo las violaciones evidentes sino que también aquellas encubiertas.

Para los autores que adhieren a esta tesis, sería injusto beneficiar con la invalidez probatoria sólo a aquel que hubiese sufrido directamente la ilegalidad, pero no a quien también la sufre pero de manera indirecta, ya que esto podría

llevar a la mala práctica de obtener pruebas de manera ilegal, sabiendo que será invalidada, pero, sabiendo también, que se podrá valer en juicio de la prueba que se derivó de la primera ilegal. En la dicotomía planteada entre las garantías individuales y el interés social en la investigación y represión de los delitos, sólo cabrá una alternativa en el marco de un Estado de Derecho: optar por la irrestricta operatividad de las garantías constitucionales, lo que nos conduce forzosamente a la exclusión de la prueba ilícita y su derivada.

2.4 La Doctrina de “Los Frutos del árbol envenenado”

Analizaremos de forma detallada esta doctrina, que tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana, debido a su importancia en la aplicación de la tesis amplia, antes mencionada, en los diversos ordenamientos procesales del orbe.

Esta doctrina plantea que si el árbol está envenenado su fruto necesariamente también ha de estarlo, ya que la prueba ilícita pudre, contamina o envenena a las derivadas de la misma fuente probatoria. Los tribunales de Estados Unidos han entendido que siendo el procedimiento inicial violatorio de las garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad.

Dar valor probatorio a una prueba derivada de otra ilícita, según esta doctrina, sería otorgar valor al resultado de un delito o al fruto de un procedimiento ilegítimo, con el fin de lograr la eficacia de la persecución penal, lo que equivale a admitir la utilización de medios ilícitos. Si la exclusión se limitara a una confesión obtenida mediante torturas, pero no a los testimonios de otras personas u otras evidencias a las que se llega por vía de aquella confesión, parece claro que ello implicaría continuar otorgando valor al resultado de un delito, y continuar comprometiendo la buena administración de justicia, la cual seguiría siendo beneficiada del hecho ilícito.

La regla de exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas debe ser amplia, ya que de otro modo se desconocería el derecho al debido proceso que tiene toda persona de acuerdo con las garantías otorgadas por las constituciones de cada país y con los diversos tratados y declaraciones universales de Derechos Humanos. Además este principio cumple un fin utilitario, el de evitar que las policías o el órgano persecutor del Estado se valgan de medios ilegítimos para iniciar una investigación y luego presentar, una vez anuladas las primeras actuaciones obtenidas por esa vía, las pruebas necesarias para fundamentar la imputación, aunque hayan sido una derivación de las excluidas.

Tanto es así, que para algunos autores, “la discusión sobre el efecto remoto o reflejo de la exclusión de prueba ilícita, esto es, si debe excluirse también la prueba derivada sólo mediatamente de la actuación ilegal, los llamados *frutos del árbol envenenado* de la doctrina norteamericana, plantea un falso dilema”⁷³, en el sentido que llegar a pensar en no excluir en un juicio penal una prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilicitud le quita todo su fundamento y fuerza a la regla de exclusión, siendo ineficaz en la protección de las garantías fundamentales.

Sin embargo, para la aplicación de esta doctrina es necesario analizar, una vez descartado el elemento obtenido en violación de las garantías constitucionales, los elementos restantes, para determinar en qué medida la ilegitimidad de la prueba ilícita afecta la validez de los actos subsiguientes, hasta qué punto el vicio de origen expande sus efectos anulatorios, es decir, qué es “fruto” de la ilicitud inicial y qué no. Esto se puede realizar de diversas formas, pero lo que más se comparte, dentro de la doctrina, es la valoración de cada elemento probatorio como una función de los jueces en cada caso concreto, resultando beneficioso el análisis de la concatenación causal de los actos, pero no de una manera meramente física sino que sujeta a las reglas de la lógica, con el fin de producir la eliminación de los eslabones viciados por consecuencia de la prueba originalmente ilegítima.

⁷³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. cit., 76p.

2.4.1 Jurisprudencia comparada que adhiere a esta doctrina

Esta doctrina tuvo su origen en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, pero diversos sistemas han implementado esta teoría en sus fallos. A continuación conoceremos algunos casos, incluido el norteamericano.

- a) Estados Unidos: la génesis de la expresión “fruto del árbol envenenado” se remonta al caso “*Silverthorne Lumber Co. Vs. United State*”⁷⁴ de 1920 en el que la Corte estadounidense decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara su documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. Posteriormente, en “*Nardone vs. United State*”⁷⁵ de 1939, ese Tribunal hizo uso por primera vez de la expresión “fruto del árbol venenoso”, al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones.

La aplicación de esta doctrina se revela en diversos precedentes como “*Wong Sun vs. United State*”⁷⁶ de 1963, donde se resolvió la exclusión como prueba de los dichos de testigos y de objetos a los que se llegó como

⁷⁴ U.S. SUPREME COURT. *Silverthorne Lumber Co. v. United States*. [En línea]<<http://vlex.com/vid/20019363>>[Consulta: 14 de Diciembre 2007]

⁷⁵ U.S. SUPREME COURT. *Nardone v. United States*. [En línea]<<http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>> [Consulta: 14 de Diciembre 2007]

⁷⁶ U.S. SUPREME COURT. *Wong Sun v. United States*. [En línea]<<http://supreme.justia.com/us/371/471/case.html>>[Consulta: 14 de Diciembre 2007]

consecuencia de un allanamiento y arresto ilegal; “*Brown vs. Illinois*”⁷⁷ de 1975; “*Davis vs. Mississippi*”⁷⁸ de 1969 y otros.

Sin embargo, el examen de la jurisprudencia norteamericana deja en evidencia que la “*fruit of the poisonous tree doctrine*” ha venido sufriendo una paulatina aplicación restringida, esencialmente por motivos de política criminal y defensa social, como ha ocurrido a lo largo de la historia de esta doctrina, la que ha visto mermada su aplicación.

Esto se ha dado debido a la aplicación de diversas excepciones o limitaciones representadas por las doctrinas de “la fuente independiente”, “inevitable descubrimiento” y “*good faith exception*” que conoceremos más adelante.

- b) Argentina: la Corte Suprema de la Nación ha aplicado esta doctrina en diversos fallos, un punto de partida se da en los casos “Montenegro, Luciano Bernardino”⁷⁹ del año 1981 y “Fiorentino, Diego”⁸⁰ del año 1984. En el primer caso nos encontramos con una condena basada, esencialmente, en las pruebas obtenidas mediante la confesión del imputado pero realizada por medio de apremios ilegítimos, y el segundo caso muestra la obtención de pruebas contra el acusado por medio de un allanamiento de su hogar sin autorización judicial. Llegados ambos casos a conocimiento de la Suprema Corte, ésta sólo se limitó a excluir como pruebas en el proceso, aquellas que hayan sido consecuencia directa del accionar ilegal de la policía, sin juzgar las otras pruebas obtenidas mediante la confesión coactiva o por el allanamiento ilegal.

⁷⁷ U.S. SUPREME COURT. *Brown v. Illinois* [En línea]< <http://supreme.justia.com/us/422/590/case.htm>>[Consulta : 16 de diciembre 2007]

⁷⁸ U.S. SUPREME COURT. *Davis v. Mississippi* [En línea]< <http://supreme.justia.com/us/394/721/case.html>> [Consulta: 14 de Diciembre 2007]

⁷⁹DERECHO CONSTITUCIONAL. Fallo Constitucional [En línea]< <http://fallosconstitucional.blogspot.com/2006/05/montenegro.htm>>1> [Consulta: 16 de Diciembre 2007]

⁸⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Fiorentino, Diego E.* [En línea]< http://www.eco.unlpam.edu.ar/jurisprudencia/d_procesal/Fiorentino.pdf>[Consulta: 16 de Diciembre 2007]

Sin perjuicio de ello, el lenguaje utilizado por el Tribunal en sus fundamentos, nos dejan entrever que no estaría en contra de una interpretación amplia de la regla de exclusión. Expresiones tales como “no corresponde otorgar valor al resultado de un delito”, o más concretamente en “Fiorentino”, la Corte reconoce la idoneidad de lo que no es sino “el fruto de un procedimiento ilegítimo... equivaldría a admitir la utilidad del empleo de medio ilícitos en la persecución penal”, nos permiten dilucidar atisbos de lo que vendría en los próximos fallos de la Corte argentina.

En el año 1986, la Corte repudia enérgicamente las pruebas obtenidas a partir de una investigación viciada en el caso denominado “*Raydford, Reginald y otros*”⁸¹, realizando una generosa aplicación de la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente. En tal fallo, la Corte considera que la regla de exclusión de las pruebas obtenidas por vía ilegítima debe ser amplia, de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por la Constitución de ese país. Se excluirían así, todas aquellas pruebas obtenidas mediante el allanamiento sin orden judicial realizado por la policía, y la ausencia de reparo por parte del imputado contra tal actuación no se puede interpretar como un consentimiento tácito del interesado.

En su razonamiento, la Corte abarca diversos aspectos de la doctrina en estudio y de la aplicación amplia de la regla de exclusión, determinando que el alcance del efecto contaminante de la ilicitud de las actuaciones policiales debe ser valorada en forma particular de cada caso en concreto por el juez, así estableció que el vicio de origen, en este caso concreto, había expandido sus efectos nulificantes a toda la investigación, dado que toda ella se basó en los datos recogidos en aquella actuación declarada ilícita e improcedente, sin existir cauces independientes a ella en la investigación, contaminando todo su

⁸¹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Raydford, Reginald y otros* [En línea]<<http://www.pensamientopenal.com.ar/28rayford.doc>>[Consulta: 16 de Diciembre 2007]

curso. Aunque la corte se cuidó de no utilizar esta denominación, se puede decir que aplicó en este caso la doctrina del fruto del árbol venenoso, lo que repitió en otros casos como “Ruiz, Roque”⁸² del año 1987; “Francomano, Alberto Daniel”⁸³ de ese mismo año, y en otros.

A pesar de los avances que se vieron en estos casos, la Corte en el caso “Fiscal con Fernández” se vio en la necesidad de reducir la amplia interpretación de esta regla de exclusión por motivos de interés público, razones de justicia y determinación de la verdad en juicio, frente a lo cual expresaría que “sólo cabe prescindir por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegítimos”, con esto se vería desterrada la doctrina del fruto del árbol envenenado de las cortes argentinas, pero un fallo posterior denominado “Daray, Carlos A.”⁸⁴ del año 1994, haría retomar el rumbo trazado por el fallo “Rayford”, la cual se mantiene hasta hoy en el vecino país.

- c) Alemania: una serie de fallos del Supremo Tribunal de Alemania han aceptado la regla de exclusión basada en su agregado del “fruto del árbol venenoso”, comprobado mediante la existencia en diversos fallos de la siguiente afirmación: “carecen de eficacia todas aquellas pruebas que han sido fruto de otras pruebas originarias obtenidas ilegítimamente”. Esto se refleja en resoluciones que no admiten las declaraciones de los testigos y del imputado que tenían como base la documentación que fue resultado de una intervención telefónica no autorizada, o en el caso en que se realizó una intervención telefónica para

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Ruiz Roque A. s/hurtos reiterados* [En línea]<<http://www.abogarte.com.ar/confesionportorturas.htm>>[Consulta: 16 de Diciembre 2007]

⁸³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Francomano, Alberto J.* [En línea]<<http://www.elfaroderecho.com.ar/fallos.htm>>[Consulta: 17 de Diciembre 2007]

⁸⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Daray, Carlos Ángel* [En línea]<<http://www.elfaroderecho.com.ar/fallos.htm>>[Consulta: 17 de Diciembre 2007]

investigar un hecho que no cabe en los supuestos en que se autoriza tal intervención, y otros.

- d) España: su jurisprudencia al respecto se ha dado, en su mayoría, respecto de las irregularidades cometidas en las intervenciones telefónicas, donde se ha ido reconociendo el efecto reflejo de las pruebas obtenidas ilícitamente. Así, se ve reflejado en la sentencia 85/1994⁸⁵, del 14 de marzo, donde el Supremo Tribunal Constitucional español establece que todo elemento que pretendiera deducirse del contenido de conversaciones intervenidas irregularmente no debe ser objeto de valoración probatoria, no sólo por ser violatorio de los derechos reconocidos en la Constitución sino que también atenta contra el criterio de legalidad que debe gobernar en el Poder Judicial. Muchos otros fallos del tribunal han seguido esta misma línea, pero exigiendo como presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que exista una derivación inmediata entre la prueba indirecta y aquella otra inicial que fue obtenida de manera inconstitucional. Así, no se considerarán contaminadas las pruebas derivadas si es posible acreditar una desconexión causal entre las pruebas ilícitas y las lícitamente obtenidas, consagrando así la teoría de la fuente o cauce de investigación independiente.

Esto se ve reflejado en la sentencia del Tribunal Supremo, con fecha del 4 de Marzo de 1997, que expresa que la prohibición de incluir una prueba ilegal alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan (directa o indirectamente) de la anterior, pues sólo así se asegura que la prueba ilícita inicial no tendrá efecto alguno en el proceso. La valoración de estas pruebas indirectas incluso podría incitar a la utilización

⁸⁵ SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sala Primera N° 85/1994 [En línea] <<http://vlex.com/vid/15355857>> [Consulta: 17 de Diciembre 2007]

de medios inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. A criterio de este fallo “los frutos del árbol envenenado deben estar y están jurídicamente contaminados”, el efecto expansivo sólo permite valorar en juicio las pruebas independientes, es decir, que no tengan relación causal con la prueba ilícitamente practicada.

- e) Costa Rica: como ya lo señalamos anteriormente, estamos frente a un caso excepcionalísimo dentro del derecho comparado, ya que la exclusión de la prueba derivada de otra ilícita está expresamente establecida en su legislación, por lo tanto el debate jurisprudencial se ha centrado en determinar cuándo estamos frente a una prueba derivada ilegal o ilícita y cuál es su alcance. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha venido adoptando, casi por mayoría, la exclusión de la prueba sobre la base de la “supresión hipotética de la prueba espuria”, es decir, que junto con negarle todo valor probatorio dentro del proceso, es necesario suprimirla mentalmente del proceso, suponer que nunca existió y, por ende, invalidar otras pruebas no ilegítimas por sí mismas cuando se hayan obtenido por su medio. Por lo tanto, si suprimida se puede determinar que la otra prueba legítima no se hubiera obtenido de otro modo, siendo la segunda inmediata derivación de la primera, seguirá su mismo destino de exclusión.

2.4.2 Límites o excepciones a la aplicación de esta doctrina

La jurisprudencia comparada ha visto como la doctrina del fruto del árbol envenenado, y su interpretación amplia de la regla de exclusión de la prueba ilícita, ha sido un punto firme de apoyo para la lucha contra las violaciones de los derechos fundamentales de toda persona en el curso de una persecución penal. Sin perjuicio de esto, también se ha ido desarrollando una fuerte evolución en la determinación de límites o excepciones a su aplicación, ya sea por razones de política criminal, como la eficacia de la persecución penal, o por otros motivos de justicia, fundamentalmente porque se ha puesto en duda el efecto disuasorio de la

regla de exclusión, “ya que por regla general el funcionario que ha vulnerado la Constitución no recibe castigo ninguno en tanto que el criminal queda en la impunidad, con lo cual la sociedad sufre doblemente”.⁸⁶

A continuación realizaremos una exposición simple de todas aquellas teorías que han sido elaboradas con este fin:

a) Pruebas Ilegales “in bonam partem”. Es generalmente aceptado en la doctrina y en jurisprudencia comparada que sea aceptada y valorada en juicio una prueba que ha sido obtenida por medios ilegítimos, siempre que su valoración tenga una eficacia a favor del imputado, es decir que beneficie a su defensa. Para su justificación se ha dicho que la ilicitud en el procedimiento de obtención es eliminada por causas legales, como la legítima defensa, que excluye la antijuricidad, esto teniendo en consideración que la regla de exclusión ha sido establecida, precisamente, para la protección de las garantías del imputado, por lo que la prueba favorable al él no podría ser excluida a pesar de su ilicitud, sino “el orden jurídico incurriría en una contradicción: el mandato que tiene como fin proteger al ciudadano poniendo un límite al Estado, habría sido empleado para perjudicarlo”⁸⁷, cuyo fundamento da vida a la teoría ecléctica en la admisibilidad de la exclusión de la prueba derivada en el juicio.

Esta excepción a la regla de exclusión debe limitarse a admitir las pruebas que beneficien la situación del imputado, lo que se da mediante una adecuada ponderación de los intereses y circunstancias que están en juego, por lo tanto, no podrá reconocerse plena eficacia a esta misma prueba para perseguir la eventual responsabilidad penal de otra persona que se haya podido detectar gracias a la prueba admitida a favor del imputado.

⁸⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. cit., 13p.

⁸⁷ HARAIBEDIÁN, Maximiliano. Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2002. 90p.

- b) Doctrina de la “fuente independiente” o existencia de un cauce de investigación autónomo. Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde se bautizó como la excepción de la “*independant source*”, sosteniendo que “no debe excluirse la prueba que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial”⁸⁸, un caso claro de esto sería aquella prueba obtenida con anterioridad al acto ilegal.

También se ha admitido en casos en que hubiere un cauce de investigación distinto del que culmina con el procedimiento ilegítimo, de lo cual se puede deducir que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente disímil o autónoma.

Lo que se discute entre diversos autores es respecto del grado de certeza en cuanto a la posible obtención de la prueba por otra fuente, especialmente si ésta aparece con posterioridad al acto ilegal. Así, algunos establecen que la fuente independiente debe brindar una “razonable seguridad o certeza” de obtener la misma prueba por medios legítimos, en cambio otros, señalan que sólo basta con que con esta fuente haya existido una “simple posibilidad” de que ello hubiere ocurrido en el caso concreto. La conclusión hipotética tendiente a determinar si hubo o no una fuente independiente que haya podido o no conducir a la obtención de la misma prueba, es tarea del órgano jurisdiccional apreciando cada caso concreto, tomando en cuenta que aquella fuente independiente debe estar probada y que la posibilidad de haber adquirido ese medio independiente sea cierta y no remota, en casos de duda debe estarse a lo más favorable para el imputado y excluir la prueba.

- c) La actuación de Buena Fe o “good faith exception”. La jurisprudencia de Estados Unidos ha admitido excepciones a la regla de exclusión cuando “por error se lleve a cabo un procedimiento que vulnera la garantía constitucional en

⁸⁸HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. cit., 22p.

juego o su reglamentación, en el cual ha habido buena fe de los funcionarios actuantes”⁸⁹, esto se funda en que el fin disuasivo que tiene la regla de exclusión se pierde en los casos en que el agente policial actúa en la creencia de que lo hace dentro de los márgenes legales, de buena fe. Esta excepción ha sido criticada sobre la base de que lo que busca la regla de exclusión, no es sólo disuadir a la práctica de actuaciones irregulares por parte de la policía, sino que también el respeto a las garantías fundamentales de todo ciudadano y, además, no valerse de métodos ilegales a la aplicación de justicia, haciéndola beneficiaria de un hecho ilícito.

- d) Los testimonios provistos de “voluntad autónoma”. Esta excepción se sujeta sobre la distinción entre la prueba material y los testimonios de personas en el proceso, estableciendo que la prueba material ilícitamente obtenida siempre será desechada, en cambio, los testimonios de personas dotadas de voluntad autónoma permiten un mayor margen de atenuación a la regla de exclusión. Esto se basa en que el grado de quien declara no es irrelevante al momento de juzgar la libertad de sus manifestaciones. Esta postura ha sido adoptada por la Corte Suprema de Argentina en diversos fallos, siendo criticada ampliamente por la mayoría de la doctrina de ese país por sus argumentos livianos que permitirían la violación irrestricta de la ley con el fin de obtener una prueba de tipo testimonial.
- e) El Hallazgo inevitable o “inevitable discovery”. Elaborada por la jurisprudencia norteamericana, en la que “se admite la prueba obtenida en procedimientos ilícitos si la misma hubiere sido inevitablemente descubierta por otros medios legales en curso”⁹⁰. Esto se aplica en casos en que la prueba no pudiera permanecer oculta durante mucho tiempo atendiendo las circunstancias y la modalidad de la investigación, por lo tanto, tarde o temprano hubiera sido encontrada.

⁸⁹ HARAIBEDIÁN, Maximiliano. Ob. cit., 79p.

⁹⁰ ZAPATA, María Francisca. Ob. cit., 32p.

- f) La admisibilidad de las pruebas ilícitas recogidas por particulares. En Estados Unidos se considera que la regla de exclusión de las pruebas ilícitas no se aplica cuando las pruebas han sido obtenidas ilegalmente por particulares. Esto se funda en que, para los norteamericanos, el fin máximo de la *exclusionary rule* es la disuasión contra la práctica irregular de los órganos del Estado en la adquisición de pruebas para el proceso penal, por lo cual no cumpliría su fin si es aplicada contra los ciudadanos, excepción que “termina cuando la conducta privada se conecta significativamente con una actuación estatal, concretamente cuando aquélla se produce a instancias o en cooperación con agentes estatales, siendo decisivo en el último supuesto si la actuación estatal añade algo a la conducta privada en términos de descubrimiento”⁹¹.

Esta excepción a la regla de exclusión ha sido criticada, desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos, ya que no sería correcto sólo limitar el trabajo de los órganos del Estado en pro de ello, sino que los particulares también tienen un deber correlativo de respeto a los derechos de otro igual, también pensando que la labor policial sirve a un interés de carácter público, que debería prevalecer sobre otros, lo que no se puede afirmar respecto de los particulares.

- g) La “Seguridad Pública” como fundamento de limitación. La jurisprudencia norteamericana y muchas otras del orbe, se han visto en la disyuntiva eterna que se produce cuando la irregularidad cometida por los agentes de policía es considerablemente menor que la gravedad del delito investigado. Así, se ha admitido, en casos excepcionales, limitar la regla de exclusión de pruebas ilícitas o sus derivadas cuando es justificado en razón de la gravedad del delito, la cual debe ser tal que ponga en peligro la seguridad pública si el imputado es dejado en libertad por falta de otras pruebas que no sean ilegítimas.

⁹¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob. cit., 20p.

2.5 Jurisprudencia nacional en materia de prueba derivada en el Nuevo proceso penal

Debido a que la reforma de todo el sistema procesal penal ha sido aplicado gradualmente en el país, y debido a que es relativamente poco el tiempo que lleva en funcionamiento el nuevo proceso penal, es difícil encontrar jurisprudencia registrada en textos emanada de los nuevos tribunales de justicia.

Sin embargo, la jurisprudencia relativa al recurso de nulidad ha sido abundante, sobre todo en lo relacionado con el aspecto cautelar de un procedimiento justo y racional, invocándose para ello la causal genérica del artículo 373 letra a), que señala que “procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

A continuación, en lo referido a la prueba derivada propiamente tal, es muy escasa aún la jurisprudencia y, por esto, en nuestra exposición nos referiremos a casos donde expresamente se reconoce su ineficacia y se acepta la teoría de los frutos del árbol envenenado que es propia de la jurisprudencia norteamericana y otros casos en que se ha admitido como prueba dentro del proceso a pesar de su origen.

En Causa RIT Nº 04/2003 ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, por tráfico ilícito de estupefacientes contra don Juan Flores Soza y don Eduardo Flores Soza, quienes son condenados conforme a los siguientes antecedentes⁹²:

⁹² En oficio Nº 284 de 9 de Junio de 2003, enviado por don Guillermo Piedrabuena a los señores Fiscales Regionales y Adjuntos. [En línea]<<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Prueba%20ilicita/284%202003.doc>>[Consulta: 08 de Diciembre 2007]

a) Fundamentos de hecho:

En este caso el Ministerio Público deduce acusación en contra de Eduardo Flores Soza y Juan Flores Soza, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Sobre la base de antecedentes que poseía el OS7 de Carabineros de Chile se designó a uno de sus funcionarios, para que bajo la figura de un agente encubierto recolectara información necesaria para determinar la comisión de delitos. Este agente trabajó en una pensión de propiedad de Eduardo Flores Soza, el cual le habría manifestado que proveía drogas a diferentes lugares. El día 4 de Julio del 2002 Eduardo Flores se comunicó con el agente para concretar una transacción ilícita, la cual se llevó a cabo por Juan Flores Soza, lo que derivó en la detención de ambos sujetos.

b) Fundamentos de la defensa:

La defensa del imputado Eduardo Flores Soza solicita considerar como ilegal la investigación realizada por este agente encubierto, ya que no solo se invoca que se ha realizado al margen de la ley, sino que además se sostiene que ha vulnerado garantías esenciales de los imputados. De manera que la defensa no sólo está considerando la institución de la prueba ilícita por vulneración de estas garantías, sino que además está invocando la institución de la prueba derivada, ya que señala “la investigación iniciada ilegalmente a través de la figura del agente encubierto, y todo lo obtenido con ellas es ilegítimo por vulnerarse los derechos fundamentales de los acusados...” Así, de aceptarse esta defensa y considerarse como ilícita la prueba de la investigación realizada por el agente encubierto por vulnerar garantías y derechos esenciales como el respeto y protección a la vida privada, tampoco deberían considerarse las pruebas que deriven o dependan de ella aunque estas sean lícitas, como ocurre con la incautación de la droga y los posteriores análisis de éstas.

c) Resolución del Tribunal:

Posteriormente el Tribunal señala que acoge toda la prueba rendida por el Ministerio Público y que los hechos establecidos configuran el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Sin embargo, en los alegatos de clausura la defensa de Eduardo Flores vuelve a invocar la petición de exclusión de prueba ilícita y justificando el por

qué de su invocación en esa oportunidad, ya que la exclusión de prueba ilícita debe ser realizada por el juez de garantía en la etapa intermedia, de preparación del juicio oral, y no en el juicio oral propiamente tal.

Finalmente, y tal como lo indicamos anteriormente, el tribunal rechaza los fundamentos en torno a la prueba ilícita, considerando que está fuera de sus facultades el pronunciarse acerca de la exclusión de prueba, y que sólo le compete valorar la prueba que se rinde en el juicio. Por otra parte, rechaza también lo referido a que la investigación por parte del agente no cumple con los requisitos establecidos en la ley, de manera que demuestra su licitud.

En consecuencia de todo lo expuesto y basándose en otras consideraciones que escapan a nuestro tema, el tribunal condena a los acusados a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autores del delito de Tráfico de Estupefacientes.

Mención aparte merecen los argumentos de la jueza doña Carla Troncoso esgrimidos en el voto disidente quien reconoce la ilicitud de la prueba del agente encubierto, por vulnerar garantías esenciales, entre las que menciona la honra de la persona y de la familia, la inviolabilidad del hogar y el respeto a la vida privada. Así también señala que “Las pruebas de cargo que presentó el Ministerio Público resultan todas emanadas de la intervención del agente encubierto de manera tal que realizando un ejercicio de supresión mental hipotética no existen evidencias independientes al accionar del encubierto. Existe así una conexión de antijuricidad entre todas ellas, - además de la relación natural entre la intervención del agente y el procedimiento -, por lo que el tribunal no puede valorar en términos constitucionales exigibles la prueba aportada para atribuir la responsabilidad a ambos acusados, ni aún justificarlas a posteriori por el éxito de las diligencias de ellas se derivaron. Concluir de manera diferente supondría, a juicio de quién discrepa, que se vería lesionado el derecho al proceso con garantías, por lo que las pruebas presentadas (testimonios, peritajes y documentos) no tienen la entidad para constituir medios válidos y aptos para fundar una condena.”

Sin perjuicio de esto, la jueza en su voto disidente, deja claro que una vez percibida la prueba rendida la consideración de que la prueba debe ser excluida o declarada inadmisibile resulta, para el presente caso, imposible, por lo que al tribunal solo le resta ponderarla dentro de la libertad que le confiere el artículo 297 del Código Procesal Penal, habiendo ya justificado las razones por las cuales se estimó que los hechos de la causa no podían ser probados con la prueba rendida por la Fiscalía.

d) Comentarios:

Si bien en este caso el tribunal oral en lo penal no acogió la solicitud de la defensa ni se pronunció respecto de la ilicitud de la prueba obtenida por las policías por considerar que no era la oportunidad procesal para ello, lo destacable de esta sentencia se encuentra en el voto disidente de la jueza Carla Troncoso, ya que ella no sólo considera como ilícita la prueba obtenida por el agente encubierto sino que además hace extensiva la ilicitud a aquellas pruebas que derivaron directamente del actuar de la policía, aunque haya sido recogida dentro del marco legal, lo que se puede considerar como una aplicación tácita de la doctrina del fruto del árbol envenenado. Además, plantea que dicha prueba no puede ser considerada por el tribunal ya que existe una conexión de antijuricidad entre la prueba ilícita propiamente tal y aquella que es su consecuencia, lo que implica que, a su parecer, si existirían excepciones a la inadmisibilidad de la prueba derivada, siempre y cuando ésta se pueda considerar como independiente.

En causa RUC N° 0200046348-8 ante el Juzgado de Garantía de Illapel, por el delito de violación se deduce Recurso de Apelación ante la I. Corte De Apelaciones La Serena, rol de ingreso N°565-2003, conforme a los siguientes hechos:

a) Fundamentos del Recurso:

En la audiencia de preparación del juicio oral del día 14 de Octubre del 2003, la jueza de garantía doña Aholibama Morales realizó la exclusión de las siguientes pruebas presentadas por el ministerio público, en razón de lo expuesto en el artículo

276 del nuevo Código Procesal Penal: 1) Prueba documental N° 6, envío de antecedentes y muestras de exámenes de paternidad del Servicio Médico Legal, en virtud de que no se le advirtió al imputado los derechos que tiene en relación a la práctica del examen de ADN; 2) prueba N° 7, consistente en el examen de ADN. Los argumentos que aquí se señalan reconocen expresamente la institución de la prueba derivada, debido a que este examen debe ser excluido como prueba como consecuencia de la exclusión de la prueba N° 6, que es la prueba ilícita que sirve de antecedente a esta por violar garantías fundamentales del imputado; 3) prueba documental N° 5, consistente en el informe psicológico practicado al imputado y que se excluye por ser también una prueba derivada de otra prueba ilícita; 4) cuatro pruebas periciales por tener conexión directa con otros documentos que han sido obtenidos mediante violación de garantías fundamentales.

En contra de esta resolución que excluye distintos medios de prueba por haber sido obtenidos de una prueba que ha infringido derechos y garantías sustanciales consistentes en el envío de antecedentes y muestras de sangre de la persona, la fiscal doña Solange Huerta deduce recurso de apelación ya que dicha resolución carece de la fundamentación necesaria infringiendo el artículo 36 del Código Procesal Penal y además se basa en otros argumentos como el hecho de que el imputado al momento de practicársele el examen de ADN, era un mero testigo y no un imputado, por lo que no se ha violado ninguna garantía al no advertirle de sus derechos.

Posteriormente el tribunal, señala que al practicársele la prueba de ADN a Pedro Jiménez Castillo no tenía “formalmente la calidad de imputado”. Sin embargo esto se deduce desde el momento que la fiscalía ordena practicar determinados exámenes, de lo que se desprende que era indispensable dar a conocer los derechos de los cuales se podía valer, de lo contrario se ven violados e infringidos sus derechos y garantías.

Por otro lado, y en atención a la prueba derivada de los antecedentes y exámenes de sangre que se practicaron al imputado sin señalarle sus derechos, el tribunal reconoce expresamente que deben excluirse atendiendo a la teoría de los frutos del árbol envenenado la cual señala que si estas provinieran de una fuente independiente deberían ser aceptadas, pero como emanan directamente de estas muestras de

sangre deben ser excluidas por vulnerar aquellas las garantías del imputado. Es así como en el numeral cuarto de su resolución señala “Que en cuanto a la exclusión de la prueba documental N° 7, examen de ADN efectuado por el Servicio Médico Legal de Santiago N° D-4430 al 4434/02, resulta claro que basándose o emanando esta prueba de la referida en el motivo precedente consistente en el envío de antecedentes y muestra de sangre para el estudio de paternidad, la que fue excluida por inobservancia de garantías fundamentales, debe concluirse que el examen de paternidad N° 983-02 y el informe N° D-4430 al 4434/02, también debe ser excluido como prueba para ser rendida en el juicio oral, por aplicación de la llamada teoría de los frutos del árbol envenenado: si el árbol está envenenado, su fruto necesariamente también ha de estarlo, ya que la prueba ilícita pudre, contamina o envenena a las derivadas de la misma fuente probatoria.”

b) Resolución del Tribunal:

La Corte de Apelaciones de La Serena confirma la sentencia apelada ya que, en su opinión, la sentencia recurrida se encuentra suficientemente fundada y cumple con las exigencias establecidas en el artículo 36 del Código Procesal Penal y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 276 del mismo cuerpo legal, la audiencia de preparación de juicio oral es la etapa procesal idónea para discutir y resolver lo relacionado con la exclusión de las pruebas para el juicio oral y, por lo tanto, habiéndose determinado que las pruebas excluidas fueron obtenidas con vulneración de las garantías fundamentales establecidas en el artículo 19 N° 3 y N° 7 de la Constitución Política de la República, rechaza el recurso interpuesto por la fiscalía.

c) Comentarios:

La importancia de este fallo es inmensa en atención a todo lo que implica la reforma de nuestro sistema procesal penal, ya que se persigue un procedimiento justo y racional, basado en el resguardo de los derechos y garantías de los imputados. En él, no sólo se reconoce en Chile la eficacia de la exclusión de la prueba ilícita como medio efectivo de protección reconocido a nivel internacional, sino que también se reconoce la ineficacia de la prueba derivada como mecanismo de protección, ajustándose cabalmente a la “*Teoría de los frutos del árbol envenenado*”, ya que se

excluye como prueba, no sólo el examen de ADN practicado con vulneración de las garantías constitucionales del imputado, sino que también todas ella que son una consecuencia de ésta.

Sin embargo, y como vimos en los casos anteriores no es fácil que esto se admita por los tribunales del juicio oral, sobre todo en atención a que escapa al ámbito de sus facultades lo que nos hace dudar entre una correcta y estricta aplicación de las normas procedimentales y el debido resguardo de los derechos y garantías que está en la base de todo el nuevo sistema procesal penal.

En causa RIT Nº 44-2005, por tráfico de estupefacientes ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, la fiscalía presenta recurso de nulidad en contra de la Sentencia definitiva, en atención a los siguientes hechos:

a) Fundamentos del Recurso:

En Talca, el día 3 de Abril del 2003, el acusado don Sergio Suárez Rojas fue detenido después de haber lanzado un envoltorio plástico hacia el interior del recinto Viñedos del Maule, ante lo cual la policía ingresa al recinto privado, sin autorización judicial previa, con el fin de incautar el paquete, el cual contenía cocaína, lo que se determinó gracias a pericias posteriores. El Tribunal determinó que no se había configurado el delito de tráfico de estupefacientes, ya que consideró como ilícita la incautación de la droga por no contar con autorización para realizarla, desestimándola como prueba y desestimando, además, todas las demás pruebas que emanaban de esta diligencia declarada ilegal, con lo que el Ministerio Público no tuvo material probatorio suficiente para acreditar su acusación, absolviéndose al imputado.

La fiscalía considera que en la dictación de la sentencia el tribunal incurrió en una errónea aplicación del derecho ya que señala que, conforme a los artículos 259 y siguientes del Código Procesal Penal, corresponde al Juez de Garantía pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la prueba, alegando que el tribunal en ninguna parte de su fallo se hizo cargo de la prueba rendida.

b) Resolución del Tribunal:

Teniendo en consideración los antecedentes otorgados por las partes, la I. Corte de apelaciones de Talca rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, en atención a que “al razonar los jueces los motivos por los cuales desestiman la prueba y afirmar que éstos hayan sido obtenidos sin vulneración de garantías, no está rechazando la prueba por ilícita, sino que al hacer la valoración la está desestimando”. Además agrega que “nada impide que los jueces del tribunal oral al valorar la prueba desestimen alguna por -estimar a su entender- adolecen de vicio”, por lo cual no se configuran las causales alegadas por la fiscalía para que se declare la nulidad del juicio.

c) Comentario:

Lo más destacable de este caso es que tanto el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal como la Corte de Apelaciones de Talca consideran que, si bien la oportunidad procesal para alegar la ilicitud de una prueba es la audiencia de preparación de juicio oral, no es menos cierto que al momento de ser valorada la prueba el tribunal oral puede desestimarla como prueba conducente a crear su convicción plena, más allá de toda duda razonable, para condenar al acusado por infringir las garantías esenciales de éste.

Además, dentro del tema en comento, es importante destacar que el Tribunal Oral se hizo cargo tácitamente de la teoría del fruto del árbol envenenado, excluyendo como prueba de cargo de la fiscalía no sólo la prueba obtenida ilícitamente, sino que también todas aquellas pruebas que derivaban directamente de ella, como la incautación de la droga y las pruebas realizadas en ella.

3. EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Como hemos venido señalando, la norma del artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal contiene expresamente la norma de exclusión probatoria que contiene un mandato legal dirigido al juez de garantía, quien deberá excluir aquella prueba que proviniera de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

En cuanto la extensión de esta norma, es necesario decir que se trata de una norma absolutamente imperativa, ya que este inciso comienza con la expresión “el juez excluirá...”, lo que no deja lugar a dudas que si se cumplen los requisitos establecidos en la norma, el juez de garantía está obligado a cumplir el mandato legal excluyendo dichas pruebas. Esto se traduce en que deberá descartar dicho material probatorio y dejarlo fuera del auto de apertura del juicio oral, para no ser rendida ante el Tribunal Oral en lo Penal. Esto queda confirmado en otras normas dentro del mismo cuerpo legal, tales como el artículo 277 que señala el contenido del auto de apertura del juicio oral o el artículo 295 que señala que los hechos pertinentes para la adecuada solución del caso podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

Cuando la norma en comento habla de “las pruebas obtenidas” se refiere a aquel medio apto para acreditar un hecho dentro del proceso, que está en poder de algunas de las partes, ya sea la defensa o el ministerio público, y que ha sido declarado ilícito por el juez de garantía, lo que incluye todo tipo de prueba sin excepción alguna, tanto los objetos materiales, como las declaraciones de testigos, peritos y documentos.

Si bien esta norma establece los casos en que se procederá a la exclusión de material probatorio en la audiencia de preparación del juicio oral, también es cierto que ésta es incompleta, ya que no resuelve expresamente problemas que se pueden generar al momento de proceder a la exclusión, así no señala los efectos remotos de

la exclusión (problema de la prueba derivada), no señala quien tiene la legitimación activa para reclamarla ni las excepciones que se podrían aplicar a la regla de exclusión, como la buena fe del agente, el principio in dubio pro reo, etc. Así, la resolución de estos vacíos legales ha quedado en manos de la jurisprudencia o de la doctrina.

Como el fundamento de esta norma es esencialmente ético y no utilitarista, otorgando legitimidad al *ius puniendi* del Estado, el gran efecto que se puede deducir de la exclusión probatoria es el eterno conflicto entre el interés general en la persecución exitosa de los delitos y el interés superior de protección de los derechos y garantías fundamentales de toda persona, ya que, para parte de la doctrina, esta norma se convierte en un obstáculo para las policías y el ministerio público dentro de la investigación, poniendo en riesgo el éxito de la persecución de la responsabilidad criminal por no contar con el material probatorio suficiente para acreditar en juicio la existencia de un ilícito penal y la participación del o los imputados en él. Para otros en cambio, el obstáculo no lo pone esta norma en particular, sino las propias garantías fundamentales, en términos tales que “es indudable que las garantías fundamentales entraban de modo más o menos significativo la persecución penal, pero no es menos indudable que éstas son las condiciones elementales del Estado de Derecho y que por debajo de eso no hay debate jurídico posible”⁹³.

Si nuestros tribunales aplicaran irrestrictamente la regla de exclusión de la prueba ilícita y la derivada de ella, sin excepción alguna, nos encontraríamos frente a otro gran conflicto entre la eficacia de la persecución penal y el derecho, reconocido a nivel legal y jurisprudencial, a defensa, ya que se puede ver afectado por la exclusión de pruebas que hayan sido recogidas de forma ilícita y que sean favorables al imputado. Por esto, en la jurisprudencia comparada se han incluido casos en que la prueba ilícita es acogida por el tribunal siempre y cuando beneficie a su defensa, lo que se ha denominado como “*pruebas ilegales in bonam partem*”.

⁹³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Ob cit., 61p.

Un efecto secundario, pero no por eso menos importante, de la regla de exclusión de la prueba ilícita es su efecto disuasivo respecto del comportamiento de las policías y demás órganos que participan en la persecución penal, provocando que dichos órganos tiendan a ser más cuidadosos en su actuar dentro de la investigación criminal, evitando cometer acciones que resulten ilegítimas y que provoquen la ineficacia del material probatorio recogido.

4. EXCLUSIÓN PROBATORIA PRODUCTO DE UNA DETENCIÓN DECLARADA ILEGAL

Habiéndonos referido a aquel material probatorio que puede surgir como consecuencia de diligencias o actuaciones ilegales, a saber, las denominadas prueba ilícita y prueba derivada cabe centrarnos, a continuación, en el tema específico de nuestra investigación, a fin de poder determinar el alcance que tendrá aquella declaración de ilegalidad de la detención en el material probatorio que ha sido recopilado en aquella diligencia y determinar, posteriormente, en el caso específico de la prueba derivada, a la luz de lo establecido por la jurisprudencia de nuestros tribunales, su posible utilización como elemento de convicción por parte del órgano jurisdiccional, toda vez que como lo hemos señalado precedentemente, en el caso de la prueba ilícita, ha sido el legislador el encargado de establecer expresamente su exclusión en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Si bien, las estadísticas entregadas periódicamente por el Ministerio Público revelan que las declaraciones de ilegalidad de la detención por parte de los jueces de garantía no superan el 2% de los casos, la situación dista mucho de ser irrelevante y menos aún de pasar desapercibida para la opinión pública, por los efectos que aquella declaración puede llegar a generar en el actuar del Ministerio Público al momento de sostener su acusación ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, sobre todo en lo concerniente a los elementos probatorios de que puede valerse en dicha audiencia.

De aquí la importancia de intentar determinar el efecto contaminante de aquella declaración de ilegalidad, toda vez que evidencia la interminable pugna entre la eficacia en la persecución penal del Estado, que pretenderá la recolección necesaria de material probatorio para poder sostener la acusación en la audiencia del juicio oral, y el resguardo de los derechos y garantías inherentes a la persona humana, que pone el límite ineludible de su no vulneración en todas las diligencias que lleven a cabo las policías y el fiscal en su función persecutora.

Teniendo presente este conflicto de intereses, importante es señalar y concluir, en esta etapa de nuestra investigación, que no todos los vicios que se generen en un procedimiento de detención deberán tener las mismas consecuencias y efectos reflejos sobre los elementos probatorios que se hayan obtenido durante su realización. La decisión que se adopte respecto de aquellas pruebas no será una decisión fácil, sobre todo si consideramos el caso de la flagrancia, que ha sido la situación emblemática que ha dado lugar al mayor número de declaraciones de ilegalidad de un procedimiento de detención por parte de los jueces de garantía, lo que ha quedado de manifiesto en las actas de discusión de la Ley N° 20.253.

Esta Ley, denominada comúnmente “Agenda Corta Antidelincuencia”, como ya lo hemos señalado con anterioridad, ha sido consecuencia de este conflicto de intereses, realizando, en aras de una mayor eficacia en la persecución penal, diversas modificaciones tendientes a facilitar o favorecer el trabajo de las policías y del Ministerio Público en su labor persecutora.

En relación al punto que nos convoca, las modificaciones más importantes introducidas son aquellas que permiten al Ministerio Público apelar contra la resolución del Juez de Garantía al declarar la ilegalidad de la detención en ciertos casos expresamente señalados en el nuevo artículo 132 bis del Código Procesal Penal y la inclusión de un inciso al final del artículo 132 del mismo cuerpo legal que señala expresamente y a fin de evitar cualquier discusión en la materia, que la declaración de ilegalidad no producirá efecto de cosa juzgada en relación a las solicitudes de exclusión probatoria.

Estas dos normas dejan abierta la posibilidad al Ministerio Público de evitar que la sola declaración de ilegalidad de una detención impida la incriminación del acusado, ya que, sea a través de la revocación por parte de la Corte de Apelaciones respectiva de la resolución del juez de garantía sea por la inclusión de dicha prueba en el auto de apertura del juicio oral, podrá utilizar la prueba recogida en dicha actuación contra el acusado, impidiendo así que se vea afectada la persecución penal de los delitos.

Esto también entrega mayor libertad a los jueces para decidir, caso a caso, los medios probatorios que se entenderán contaminados por la actuación inicial declarada ilegal, al no producir cosa juzgada dicha declaración, permite su discusión en la audiencia preparación de juicio oral, instancia en la cual todos los intervinientes dentro del proceso tienen más información relevante en relación a los hechos materia de la acusación y de las pruebas que se necesitarán para probar una u otra hipótesis.

Esto no sucede en la primera audiencia en que se determina si la detención es ilegal o no, ya que ni el juez de garantía ni los intervinientes tienen información suficiente para determinar, fehacientemente, en el mismo acto, si la prueba obtenida en dicha actuación es o no relevante para los fines del proceso, si dicha prueba pudo haber sido obtenida por otro medio legítimo, si es o no favorable al imputado o si, simplemente, es producto directo de la actuación ilegítima o deriva de ella, es decir si se encuentran ante una prueba ilícita o derivada.

Esta clara división en las etapas de discusión respecto a la inclusión o exclusión de material probatorio permite que ésta se lleve a cabo de una forma más profunda y seria, entrando en temas de fondo que no se podrían valorar correctamente en una primera comparecencia ante el juez de garantía, lo que vulneraría la eficacia de la persecución penal pero también el derecho a defensa que protege al imputado o acusado durante todo el proceso.

Es así, como en la audiencia de preparación de juicio oral el juez de garantía podrá considerar diversos aspectos al momento de excluir pruebas en el auto de apertura del juicio oral, aspectos ya estudiados con anterioridad en relación a los límites a la regla

de exclusión, como las pruebas ilegales *in bonam partem*, la conexión de antijuricidad entre una prueba ilícita y aquella que deriva de ella, etc.

Por ello, la regulación expresa de la exclusión de prueba ilícita y derivada obtenida durante una detención declarada ilegal posteriormente, no parece ser la mejor solución, sino que, por el contrario, la posición de dejar un marco de libertad a los jueces para determinar, caso a caso, la necesidad de exclusión conforme a los antecedentes propios de dicha causa sería lo óptimo, tanto desde el punto de vista de la defensa como del órgano persecutor.

4.1 Jurisprudencia Nacional Relativa A La Exclusión Probatoria Producto De La Declaración De Ilegalidad De Una Detención

Finalmente, y una vez que ya hemos analizado todas las instituciones que pueden tener lugar producto de una declaración de ilegalidad de una detención, hemos querido destacar, en un acápite aparte, aquella jurisprudencia emanada de nuestros tribunales en relación al tema objeto de nuestro estudio durante el tiempo en que ha estado vigente la reforma procesal penal, centrándonos fundamentalmente en aquellos extractos de las sentencias que se refieren a la exclusión probatoria, con el objeto de tener una visión amplia de que es lo que han dicho nuestros tribunales de justicia, sin la intención de criticar lo resuelto por cada uno de los tribunales involucrados, sino que, más bien, ilustrar las distintas posiciones que ellos han tenido respecto al tema de nuestra investigación.

Causa RIT Nº 1156-2004 caratulada Ministerio Público contra Gloria Angélica Pasmíño Pilquiñir por el delito de tráfico de estupefacientes ante el Tribunal de Garantía de Los Andes. Se declara la ilegalidad de la detención de la imputada conforme a los siguientes fundamentos de hecho:

a) Fundamentos de la declaración de ilegalidad:

El día 16 de noviembre del año 2004, se realiza la audiencia de control de detención y formalización de la investigación ante la juez titular doña Karen Atala Riffo, donde la defensa solicita que se declare ilegal la detención efectuada por la policía por falta de verdaderos indicios que justificaran su acción, ya que la policía realizó un control de identidad en atención a que un grupo de personas que se encontraba en un lugar oscuro, en una población, se da a la fuga ante la presencia policial, ante lo cual se realiza el registro de las vestimentas de la detenida encontrándose droga en su poder. Oído los intervinientes el tribunal declaró que la detención fue ilegal, ya que de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal en este caso no existían los “indicios” necesarios para realizar dicho control de identidad, en atención a que la sola huída de un grupo de personas ante la presencia policial no puede estimarse como la situación regulada en dicha norma.

Frente a esto, el Ministerio Público presenta un recurso de apelación ante de la 4° Sala de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, a fin de dejar sin efecto la resolución que declaró ilegal la detención, en el cuál, en relación a la admisibilidad del recurso, hace alusión de que conforme a lo establecido en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, la declaración de ilegalidad de la detención necesariamente hace imposible la prosecución del procedimiento, en relación con lo que se señala en el artículo 276 del Código Procesal Penal, en orden a que la prueba nacida de esta detención será declarada prueba ilícita en la audiencia de preparación del juicio oral.

b) Resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso:

La Corte de Apelaciones acoge el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público, resolviendo que dicha detención es legal, en atención a que los hechos configuran los supuestos establecidos en el artículo 85 inciso segundo del Código Procesal Penal, por lo cual se revoca la resolución apelada.

c) Comentarios:

Sin perjuicio de que en este caso lo más importante es el análisis que realiza la Corte respecto a la ilegalidad de la detención, lo que buscamos destacar del recurso interpuesto por el Ministerio Público, único órgano persecutor, es la afirmación que realiza respecto a la admisibilidad del recurso de apelación, en atención a que la declaración de ilegalidad de una detención conlleva, necesariamente, la exclusión de la prueba recogida en ella, haciendo imposible la prosecución del procedimiento. Tesis que comparte la Corte de apelaciones de Valparaíso, acogiendo el recurso.

En causa RIT 1413-2006 ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago por receptación, robo con violencia, y otros, recurre de apelación el Ministerio Público en contra de la decisión del Juez de Garantía que en la audiencia de preparación del juicio oral procedió a excluir prueba presentada por la recurrente, conforme a los siguientes antecedentes de hecho:

a) Fundamentos del recurso:

El Ministerio Público funda su recurso en que las pruebas presentadas no habrían sido obtenidas con infracción a las garantías constitucionales, toda vez que la detención del imputado fue declarada legal por una sentencia de la séptima sala de la misma corte, y dado a que esta lo fue en un control de identidad, estaba la policía facultada para revisar el vehículo en que se desplazaba el imputado, y por ende, los objetos que fueron recogidos en esa diligencia, no pueden ser considerados como obtenidos ilegalmente.

b) Resolución del Tribunal:

La Novena Sala de la Corte de Apelaciones revoca la resolución pronunciada por el Juez de Garantía y declara que la prueba ofrecida por el Ministerio Público en su acusación no ha sido obtenida con infracción de garantías constitucionales, y por

ende, se la acepta para la prosecución del juicio oral, esto en atención a que la detención del imputado, si bien, fue declarada como ilegal por el juez de garantía, tal decisión fue revocada, de modo que ha de considerarse que fue realizada legítimamente.

c) Comentarios:

Al igual que el caso anterior, esta sentencia no viene más que a confirmar que tanto los tribunales de justicia como los intervinientes dentro del proceso penal reconocen que una vez declarada ilegal una detención, esto conlleva, obligatoriamente, la exclusión de la prueba obtenida en dicha diligencia, en atención al mandato legal contenido en el Artículo 276 inciso 3° del código procesal penal.

A continuación procederemos a destacar un caso tomado por el Fiscal Nacional a modo de ejemplo en Oficio N°554 en materia de control de detención, en atención a que en él encontramos incluidas cada una las materias propias de nuestra investigación.

En causa R.U.C. 0200119387-5, por Infracción Artículo 5° Ley 19.366 (cannabis sativa), de la Fiscalía Local de Coquimbo se produjeron los siguientes hechos:⁹⁴

a) Antecedentes de hecho:

El día 04 de octubre de 2002, a las 23:00 horas, funcionarios policiales en patrullaje preventivo, ven a dos sujetos que al percibir la presencia policial, ingresan a un local

⁹⁴ En oficio N° 554 del Fiscal Nacional Sr. Guillermo Piedrabuena a los señores Fiscales regionales, Fiscales adjuntos y otros. Santiago, Chile. 2 de Diciembre de 2004.

comercial, actitud sospechosa para los funcionarios, por lo que proceden a efectuarles un control de identidad de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal.

Uno de los controlados exhibió su cédula de identidad manteniendo siempre una actitud que, para uno de los funcionarios, se podría interpretar como de ocultamiento de algún objeto, razón por la cual procedió al registro de sus vestimentas, encontrando una bolsa de polietileno con 197 gramos de cannabis sativa, \$26.500 en dinero en efectivo, en billetes de baja denominación y un teléfono celular. Acto seguido, dicho sujeto fue detenido por los funcionarios, pues consideraron se encontraba en situación de flagrancia.

b) Audiencia de control de detención:

Con fecha 5 de octubre de 2002, se efectuó ante el Juez de Garantía, la audiencia de control de detención respectiva. La Defensa planteó, entre otros, los siguientes argumentos con el fin de que se declarara la ilegalidad de la detención:

1º) El motivo del control de identidad no puede ser la actitud sospechosa de un sujeto, pues lo que exige la ley es una sospecha fundada.

2º) El control de identidad habría terminado cuando el imputado exhibió la cédula de identidad al policía, por lo que no procedía el registro posterior, el cual fue ilegal.

3º) Siendo ilegal el registro, consecuentemente se encuentran viciado todos los actos posteriores, es decir, el registro y la detención.

El Fiscal hace ver el contexto en el que se realiza el control de identidad, procediendo a la lectura de la declaración del funcionario, con el fin de acreditar que se encontraban en el “caso fundado”, exigido por la Ley. Argumenta, además, que el porte de droga es un delito permanente y la detención se ajusta a lo previsto en el artículo 130 del Código Procesal Penal.

Luego de oídas las alegaciones, el Tribunal resuelve que el control de identidad no se ajustó al artículo 85 del Código Procesal Penal “toda vez que la circunstancia de que el imputado haya ingresado a un local comercial al percibir la presencia policial no puede considerarse como constitutiva de un indicio que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.” “Es decir, los funcionarios policiales no estaban ante un caso fundado que los autorizara para solicitar la identificación de la señalada persona, y en consecuencia, tampoco para proceder al registro de sus vestimentas, y a su detención; por lo que en dicha virtud, el tribunal declara que la detención de Juan Fernando Díaz Molina no se encuentra ajustada a derecho, y ordena su inmediata libertad”.

c) Formalización de la investigación:

Con fecha 6 de enero de 2003, se procede a formalizar la causa, por los hechos constitutivos de flagrancia, sin hacer alusión al control de identidad. Se imputa el delito de Tráfico Ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 5º en relación al artículo 1º de la Ley Nº 19.366, en grado de consumado, atribuyendo al imputado participación en calidad de autor en dicho ilícito.

Con fecha 31 de marzo de 2004, se realiza la audiencia de preparación de juicio oral. En ella, la defensa solicita la exclusión de casi toda la prueba presentada por la Fiscalía, fundada básicamente en la resolución de la audiencia de control de detención:

1º) Se solicitó la exclusión de la prueba en base a lo previsto en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Señala la defensa que son pruebas que provienen de actuaciones o diligencias declaradas nulas. La diligencia declarada nula es la detención, que se origina en un control de identidad no ajustado a derecho, por lo que todo lo que proviene desde la diligencia Nula, como lo fue el registro, es Nulo.

2º) En subsidio, solicitó la exclusión de la prueba por inobservancia de garantías fundamentales, argumentando que se transgredió lo previsto en los

artículos 19 N° 7 y 3 en relación a los artículos 6 y 7, todos de la Constitución Política del Estado y el artículo 85 del Código Procesal Penal.

Por su parte, la fiscalía otorga los siguientes argumentos:

1º) En cuanto al argumento de exclusión de la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas, la Fiscalía solicitó su rechazo, fundándose en que el Código Procesal Penal exige que previo a la audiencia, existiera una actuación que hubiera sido declarada nula por resolución judicial. Situación que en el caso particular no había ocurrido.

2º) Respecto de la inobservancia de garantías fundamentales:

El Fiscal argumentó, en síntesis, que no se vislumbra cual sería la garantía vulnerada con una detención declarada ilegal. Aún en el evento que se hubiese vulnerado una garantía, ello no es obstáculo para la exclusión de los testigos como medios de prueba, pues sus declaraciones contenidas en la investigación no provienen de diligencias declaradas nulas.

Luego de escuchar a los intervinientes, el Juez de garantía resolvió lo siguiente:

En cuanto a la solicitud principal formulada por el defensor, el tribunal la rechaza por no existir actuación o diligencia alguna que haya sido declarada nula en este procedimiento.

En cuanto a la inobservancia de garantías fundamentales, el tribunal razona de la siguiente manera: En el control de detención se estimó que las circunstancias de que se realizara un control de identidad en base a que un sujeto, al percibir la presencia policial, hubiera ingresado a un local comercial, no podían considerarse como constitutivas de indicios que habilitaran a aplicar las facultades del artículo 85 del Código Procesal Penal. Siendo así, se declaró que la detención no se encontraba ajustada a derecho. Por lo anterior, el registro al imputado fue efectuado en un contexto de privación de libertad y de afectación a su intimidad, inobservándose las

garantías fundamentales aseguradas en el artículo 19 N° 7 y N° 4 de la Constitución Política de la República que aseguran la libertad personal y la seguridad individual y el derecho a la intimidad de toda persona. Por tanto se da lugar a la exclusión de la prueba solicitada por la defensa.

De este modo, la única prueba con que contaba la Fiscalía en la audiencia juicio oral era el extracto de filiación y antecedentes del acusado.

d) Recursos interpuestos:

Con Fecha 05 de abril de 2004 (conforme lo registra el sistema informático de apoyo a fiscales, SAF), la Fiscalía presentó un recurso de apelación, en contra del auto de apertura, basado en los siguientes aspectos:

1º) Se defiende la legalidad del procedimiento de control de identidad realizado por los funcionarios policiales, explicitando las condiciones fácticas en que éste tuvo lugar. Además se analizan las situaciones legales que habilitan a los funcionarios para su realización.

2º) Se razona en torno a que, si como resultado de un procedimiento de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal ajustado a derecho, (como es el caso en cuestión) se descubre una flagrancia, los funcionarios policiales están obligados a realizar la detención, en virtud del artículo 129 y 130 del Código Procesal Penal.

3º) Respecto de la vulneración de lo establecido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, no se ve cómo ella se pudo producir, pues los antecedentes de hecho habilitaban a los funcionarios para aplicar el artículo 85 del Código Procesal Penal y, es más, se descubrió la comisión flagrante de un crimen.

4º) En cuanto a la vulneración del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política del Estado, en los hechos nos encontramos con un delito flagrante de acuerdo

al artículo 130 del Código Procesal Penal y se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 127 inciso 2 del Código Procesal Penal.

5º) Finalmente se argumenta que, atendido que en contra de la resolución judicial que declara ilegal la detención no procede recurso alguno, la oportunidad procesal para plantear una discusión a su respecto es la audiencia de preparación de juicio oral, pues en dicha audiencia se ofrecen las pruebas y el juez resuelve de acuerdo al artículo 276 del Código Procesal Penal sobre la ilicitud de las mismas.

Con fecha 27 de abril de 2004 y en mérito del artículo 277 inciso 2 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones comparte los fundamentos de la resolución apelada y la confirma.

Luego de esta última resolución, la Fiscalía de Coquimbo consideró que no tenía otra solución más que presentarse al juicio oral, por lo que, llegado el día de la audiencia, indica contar sólo con el documento ya referido, siendo el acusado absuelto.

e) Comentarios:

Teniendo presente todo lo señalado a lo largo de nuestra investigación, consideramos de gran importancia este caso jurisprudencial, ya que conjuga no sólo la materia relativa a la declaración de ilegalidad de una detención, sino que nos demuestra los eventuales efectos que dicha declaración puede producir en materia probatoria.

Cabe destacar los argumentos esgrimidos por la defensa al momento de solicitar la exclusión de prueba por adolecer de ilicitud, a través de las dos hipótesis de exclusión contempladas en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, las cuales fueron explicadas precedentemente en el transcurso de nuestra investigación. Así, solicitó la exclusión, en primer lugar, en atención a que los elementos probatorios provendrían de una actuación declarada nula, haciendo alusión a la detención declarada ilegal. Sin embargo, esto no fue acogido por el juez de garantía por escapar

al ámbito de una actuación judicial propiamente tal. En subsidio, se solicita la exclusión probatoria por vulneración de derechos y garantías fundamentales, que en este caso sería la libertad personal y seguridad individual, hipótesis que es plenamente acogida y que lleva al juez de garantía a la exclusión de casi toda la prueba ofrecida por el Ministerio Público, impidiéndole a éste tener éxito en la persecución penal del acusado. Esta resolución fue, posteriormente, confirmada por la Corte de Apelaciones.

Otro punto a destacar en este caso, es que grafica claramente el constante conflicto que subyace al sistema procesal penal entre el interés público en la eficacia en la persecución penal de los delitos y el debido resguardo y respeto de los derechos y garantías de la persona humana, ya que el Ministerio Público, en este caso en particular, se vio impedido de valerse de toda la evidencia recopilada durante la fase de investigación que, quizás, le hubiesen permitido acreditar fehacientemente la participación punible del acusado en la audiencia del juicio oral.

CONCLUSIONES

En toda reforma, sea social, legal o política, la ciudadanía se ve atacada por imágenes, personajes o instituciones totalmente nuevas y desconocidas, cuestión que en este caso no ha sido la excepción.

La Reforma Procesal Penal constituye, por lejos, el mayor cambio que ha sufrido la estructura judicial en la época republicana, que desde el año 2000 ha bombardeado a la opinión pública de casos y situaciones incomprensibles al ojo del ciudadano común. Así, esta reforma se ha convertido en una contradicción constante entre la eficaz lucha contra la delincuencia, sistema ideal para la opinión pública, y un sistema que respete las garantías fundamentales de todos los ciudadanos, incluso de aquellos que son considerados como “delincuentes” por la ciudadanía.

Tal como lo planteamos en la introducción de nuestro trabajo, nuestra intención era determinar si pueden considerarse válidos y lícitos aquellos medios probatorios que emanan de una detención que ha sido llevada a cabo de forma ilegal, distinguiéndose entre lo que en la doctrina se denomina como “prueba ilícita” y “prueba derivada”, dentro de nuestro actual sistema procesal penal.

En este punto, se debe tener presente que se hace evidente el conflicto de intereses que subyace a la aplicación de todo sistema procesal penal en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares personales, por un lado, el interés del Estado en la persecución del delito, lo que permite considerar dentro de los sistemas procesales penales la existencia de estas medidas de aseguramiento de la persona a la que se le atribuye participación en un hecho punible y, por el otro lado, el interés en el resguardo de los derechos y garantías de la persona humana en el proceso penal, que actualmente se ve reconocido en todos los sistemas procesales penales de un Estado democrático.

Esto, ya que como lo hemos percibido en el transcurso de nuestro trabajo, el alcance del efecto contaminante de la declaración de ilegalidad de una detención en los medios probatorios obtenidos en ella, puede llegar a ser perjudicial en la

investigación del hecho punible por parte del órgano persecutor y en el éxito de dicha persecución, provocando efectos no deseados por la sociedad, como la impunidad de ciertos delitos por falta de material probatorio apto para lograr la convicción, más allá de toda duda razonable, de los jueces miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, con el fin de destruir el principio de inocencia que favorece al acusado y lograr una sentencia condenatoria en su contra.

Nuestro nuevo Código Procesal Penal ha venido a instaurar en Chile un sistema de justicia Acusatorio y adversarial que supone una persecución penal más eficaz pero no por esto menos garantista, recordemos que el fin no justifica los medios y, por lo tanto, existen ciertos principios y garantías que jamás deben ser vulneradas en la persecución penal que se engloban en el derecho constitucional de que toda condena debe ser precedida por un previo, justo y racional procedimiento, el que abarca todos los derechos consagrados en la nueva legislación procesal penal.

Esto, a nuestro entender, tendría directa relación con la aplicación gradual de la reforma procesal penal en nuestro país, ya que, tanto el legislador como la jurisprudencia, comprendieron que este cambio radical en la aplicación de justicia en sede criminal implicaría un cambio, a su vez, de conciencia en la ciudadanía que, desde su inicio, se ha mostrado reacia a dar su aprobación, en atención quizás, a que existe un mayor acceso a los resultados de los procesos judiciales en comparación al antiguo procedimiento penal, convirtiendo a la opinión pública en el principal crítico del funcionamiento de la nueva justicia, al considerarla extremadamente garantista respecto del imputado, dejando en “indefensión” a las víctimas.

En este punto, cabe destacar que desde la implementación de la reforma se han dictado una serie de leyes que han surgido producto de esta misma situación, que han tenido como objetivo principal dar mayores herramientas al Ministerio Público y a las policías en su labor de persecución penal. Se destaca así y recientemente la Ley Nº. 20.253, a través de la cual se han modificado e incorporado una serie de normas que vienen a morigerar el carácter garantista del Código Procesal Penal.

En el tema que nos convoca, esta ley se destaca por la inclusión en el artículo 132 en su inciso final en relación al establecimiento expreso de que la declaración de

ilegalidad de una detención no producirá cosa juzgada en relación a las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, a nuestro parecer esta sola modificación hubiera bastado para solucionar el mayor conflicto que se producía por la declaración de ilegalidad de una detención, esto es, la falta de material probatorio de que se podía valer el fiscal en el juicio oral, si se consideraba, desde un principio, que la ilegalidad de la detención conllevaba, necesariamente, la exclusión de la prueba obtenida en dicha diligencia. Pero a pesar de esto, la misma ley en comento incorporó un nuevo artículo, el 132 bis, que hace procedente, en ciertos casos, el recurso de apelación contra la resolución que declara ilegal una detención, y que tiene como misma finalidad evitar que el órgano acusador carezca de pruebas que le permitan acreditar los hechos de su acusación frente al Tribunal oral en lo penal.

Si bien podemos pensar que el ideal de un Estado democrático sería cubrir todas las situaciones que se pudieran presentar dentro de un proceso penal, en este caso, el legislador no reguló expresamente la exclusión de prueba, ya sea ilícita o su derivada, tras la declaración de ilegalidad de una detención, ya que, en nuestro parecer, tenía conciencia de que la reforma en sí era un cambio radical y que produciría un impacto tal en la ciudadanía, que establecer expresamente una norma de exclusión de pruebas que acreditaran el hecho punible y su participación, sólo por el hecho de derivar de una detención irregular llevada a cabo por las policías podría llevar a la opinión pública a una reacción contraria a esta reforma, por ser considerada un mecanismo de protección a las garantías del imputado, dejando indefensa a la víctima.

En cuanto a la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia, nos encontramos frente a dos situaciones distintas:

- a) Respecto a la exclusión de la prueba ilícita que se ha obtenido producto de una detención que se ha llevado a cabo de forma ilegal, los tribunales han sido contestes en el hecho de que dicha prueba no tiene eficacia alguna durante el proceso penal por aplicación de lo establecido en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal, ya que dicha situación puede ser enmarcada dentro de ambas hipótesis que se contienen en dicha disposición. Es así como la defensa podría solicitar la exclusión de prueba en la audiencia de preparación del juicio

oral por provenir de una actuación declarada nula o por inobservancia de garantías fundamentales.

- b) Una situación diferente se observa en relación a la exclusión de la prueba derivada de otra prueba obtenida en una detención declarada ilegal, por cuanto, al no existir una norma legal expresa que lo establezca, los tribunales de justicia no se han pronunciado claramente respecto a su ineficacia, ya que sólo hemos encontrado ciertos votos disidentes que aplican la teoría norteamericana del fruto del árbol envenenado, sin ser la opinión mayoritaria de la jurisprudencia.

Es por esto, que creemos que este vacío legal no debe solucionarse a través de nuevas modificaciones que vengan a regular, específicamente la exclusión de la prueba derivada del material probatorio producto de una declaración ilegal, sino que consideramos que debe ser un tema que se resuelva caso a caso, ya que una aplicación irrestricta de la regla de exclusión, incluyendo la prueba derivada, implicaría una limitación excesiva al actuar de las policías y del Ministerio Público, poniendo en riesgo el éxito de la persecución penal y la eficacia del ius puniendi del Estado.

En este análisis que deben realizar los tribunales caso a caso deben tenerse en consideración una serie de factores que pueden considerarse relevantes a la hora de determinar si la infracción inicial contamina o afecta la prueba emanada de ella, estos factores son:

- i) Si el vicio por el cual se declara la ilegalidad de la detención corresponde a un vicio de forma o de fondo. En este punto, es necesario precisar que la base del sistema penal está en el respeto de las garantías fundamentales de la persona, por lo que su vulneración no puede equipararse a la infracción de una norma meramente formal que regule el procedimiento. Recordemos, en este punto, que las garantías del imputado se encuentran consagradas expresamente a nivel constitucional, a diferencia de lo que ocurre con las víctimas, principales críticos del nuevo sistema, cuyos derechos han sido regulados sólo de forma legal.

- ii) El tribunal, al realizar el análisis necesario para decidir sobre la exclusión o no de una prueba derivada de otra prueba ilícita. producto de la ilegalidad de una detención, también debe tener en consideración la conexión de antijuricidad que existen entre ambas, lo que para algunos se considera como un límite a la regla de exclusión, teniendo especial consideración con los factores externos que llevaron a la obtención de dicha prueba y al reproche que se puede realizar en relación a su origen ilegal.
- iii) Como otro factor a considerar, al momento de decidir sobre la exclusión de las pruebas derivadas, serían los límites a la regla de exclusión que han sido elaborados por la doctrina y la jurisprudencia comparada.

A nuestro entender, deberían considerarse como válidas aquellas pruebas derivadas que son favorables al imputado o *in bonam partem*, conforme a los principios inspiradores de la Reforma; así también las pruebas recogidas por particulares sobre la base de que un ciudadano común no está obligado a conocer la normativa procesal vigente y, por lo tanto, puede incurrir en irregularidades sin tener conciencia de ello, pero esto limitado al sentido común exigible y las garantías básicas que todos conocemos.

- iii) Por otro lado, no consideramos apropiado incluir como limitaciones a esta regla de exclusión las otras teorías que legitiman, a la larga, actuaciones poco profesionales e, incluso, poco éticas por parte de los órganos encargados de la investigación, ya que la instauración de la reforma también supone una especialización y profesionalización de estos órganos.

Finalmente, consideramos necesario establecer una política gubernamental progresiva de educación de la ciudadanía en relación a los derechos que cada persona detenta y que deben ser respetados, tanto por el resto de las personas como por los órganos del Estado, y en este caso específico, por los órganos encargados de la persecución penal. Esto, en busca de un sistema que se encuentre legitimado por todos, que sea eficaz y, a la vez, respetuoso de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución y en los diversos Tratados Internacionales vigentes en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

I. Bibliográficas:

1. ALVAREZ UNDURRAGA, GABRIEL. Curso de investigación jurídica. Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
2. ASCENCIO MELLADO, JOSE MARÍA. Los Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998.
3. BINDER, ALBERTO. Política criminal: De la formulación a la praxis. Argentina, Editorial Jurídica AD-HOC, 1997.
4. CAFFERATA NORES, JOSÉ. Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Argentina, Editores Del Puerto, 2000.
5. CAFFERATA NORES, JOSÉ. La prueba en el proceso penal. Buenos Aires, Edición Desalma, 2001.
6. CAFFERATA NORES, JOSÉ. Eficacia del Sistema Penal y Garantías Procesales. Córdoba, Argentina. Editorial Mediterránea, 2002.
7. CAROCCA, ALEX. Manual de derecho procesal, Tomo II. Los procesos declarativos. Santiago, Editorial Lexis Nexos, 2003.
8. DE HOYOS, MONSERRAT. La detención por delito. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1998.
9. DERECHO PROCESAL PENAL por A. De la Oliva, S. Aragonese, R. Hinojosa, J. Muerza, J. Tomé. Madrid, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, 1999.
10. DEVIS, HERNANDO. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1984.

11. DUCE J. MAURICIO y CRISTIÁN RIEGO R. Introducción al nuevo sistema procesal penal. Santiago de Chile, 2002.
12. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Los Derechos Constitucionales. Tomos I y II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1999.
13. GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO. El control de la Fiabilidad probatoria: Prueba sobre la Prueba. Barcelona, Ediciones Revista General de Derecho, 1999.
14. GUERRA MORALES, SILVIO. Presunción de inocencia y detención preventiva. Panamá, [s.n], 1992.
15. GIMENO, VICENTE, V. MORENO y V. CORTÉS. Derecho procesal penal. España, Editorial Colex, 1999.
16. GOMEZ COLOMER, JUAN. El proceso penal español. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch, 1997.
17. HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO. Eficacia de la Prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Jurídica AD-HOC, 2003.
18. HENDLER, EDMUNDO. Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque histórico comparado. Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto, 2004.
19. HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR. La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2002.
20. HERRERA, MARTA. Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal. Apuntes “Diplomado Nuevo Proceso Penal”. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.
21. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y J. LÓPEZ M. Derecho procesal penal chileno. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2002.

22. JAUCHEN, EDUARDO. Tratado de la prueba en materia penal. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
23. LÓPEZ, OSVALDO. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Ediar Editores, 1983.
24. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL por Luís M. García, J. Iphorski – Lenkiewicz, S. Octaviano, G. Jugo. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2002.
25. MAIER, B. JULIO. Derecho Procesal Penal Argentino. El Derecho Procesal Penal como fenómeno cultural, Tomo I, Vol.b. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1989.
26. MIDÓN, MARCELO. Pruebas ilícitas: análisis doctrinario y jurisprudencial. Mendoza, Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
27. MINVIELLE, BERNARDETTE. La prueba ilícita en el derecho procesal penal. Córdoba, Editora Córdoba, 1987.
28. MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, España. J. M. Bosch Editor, 1999.
29. NORMANDO HALL, CARLOS. La intervención de las telecomunicaciones. Buenos Aires, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2003.
30. NÚÑEZ, J. CRISTÓBAL. Tratado del proceso penal y del juicio oral. Introducción al estudio del Proceso Penal, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
31. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Código procesal penal, anotado y concordado. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2001.
32. OFICIO N° 554 DEL FISCAL NACIONAL Sr. Guillermo Piedrabuena a los señores Fiscales regionales, Fiscales adjuntos y otros. Santiago, Chile. 2 de Diciembre de 2004.

33. RODRIGUEZ SOL, LUIS. Registro domiciliario y prueba ilícita. Granada, España. Editorial Comares, 1998.
34. ROXIN, CLAUS. Derecho procesal penal. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000.
35. VERDUGO M., PFEFFER E. Y NOGUEIRA H. Derecho Constitucional, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
36. ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA. La prueba ilícita. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2004.

II. Material Docente:

37. BASCUÑAN RODRIGUEZ, ANTONIO. Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la constitución. Apuntes de la cátedra de Derecho Penal II. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.1998.
38. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. Introducción al nuevo sistema procesal penal. Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004.
39. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. Los procedimientos en el nuevo sistema procesal penal. Apuntes de la cátedra de Derecho Procesal. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004.

II. Memorias de Grado:

40. CÁCERES P. RICARDO A. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales: “La admisibilidad de la declaración de los policías como testigos de oídas, un análisis desde la prueba ilícita”. Profesor guía, CARLOS PECCHI CROCE. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Santiago de Chile, 2006.
41. COLLADO GONZALES, RAFAEL y PABLO ORTIZ CHAMORRO. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales: “Violencia y derecho procesal penal chileno”. Profesor guía, LORELEY FRIEDMANN. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Santiago de Chile, 2004.
42. RUIZ DE LA FUENTE, MARÍA CONSUELO. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales: “La prueba ilícita civil”. Profesor guía, Cristián Maturana Miquel. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Santiago de Chile, 2005.
43. ZÚÑIGA CARRASCO, RODRIGO. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales: “La prueba ilícita penal”. Profesor guía, Cristián Maturana Miquel. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal. Santiago de Chile, 2001.

III. Virtuales:

44. ALCAIDE, JOSÉ. Algunas reflexiones sobre la regresión y la incertidumbre de la doctrina de la prueba ilícita. [en línea] <<http://www.noticiasjuridicas.com>> [Consulta: 8 octubre 2005].

45. ALCAIDE, JOSÉ. En busca de la antigua doctrina penal americana de los frutos del árbol envenenado: La influencia de su efecto expansivo en la moderna doctrina española del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. [en línea] <<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-derecho%20Procesal%20Penal/200206-1456717510211671.html/>> [Consulta: 24 Noviembre 2007]

46. CAROCCA, ALEX. Una aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Ius et Praxis*, año 4, N° 2. Universidad de Talca. [en línea] <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/197/19740213.pdf/>> [Consulta: 15 Diciembre 2007].

47. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Daray, Carlos Ángel* [en línea] <<http://www.elfaroderecho.com.ar/fallos.htm>> [Consulta: 17 de Diciembre 2007]

48. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Fiorentino, Diego E.* [en línea] <http://www.eco.unlpam.edu.ar/jurisprudencia/d_procesall/Fiorentino.pdf> [Consulta: 16 de Diciembre 2007]

49. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Francomano, Alberto J.* [en línea] <<http://www.elfaroderecho.com.ar/fallos.htm>> [Consulta: 17 de Diciembre 2007]

50. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Raydford, Reginald y otros* [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/28rayford.doc>> [Consulta: 16 de Diciembre 2007]

51. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Ruiz Roque A. s/hurtos reiterados.* [en línea] <<http://www.abogarte.com.ar/confesionportorturas.htm>> [Consulta: 16 de Diciembre 2007]

52. DERECHO CONSTITUCIONAL. Fallo Constitucional. [en línea] <<http://fallosconstitucional.blogspot.com/2006/05/montenegro.html>>, [Consulta: 16 de Diciembre 2007]

53. GALLARDO, EDUARDO. 2001. El juez de garantía en el nuevo proceso penal: entre la eficacia penal y la protección de las garantías. [en línea]<http://www.lexisnexis.cl/contenido/legal/doctrina/doctrina_EduardoGallardoFrias.asp> [Consulta: 8 octubre 2005].
54. GARCÍA, FRANCISCO. Control de identidad: Buena señal, pero insuficiente. Programa político de libertad y desarrollo [en línea] <<http://www.lyd.com/noticias/control.html>> [Consulta: 15 de noviembre de 2007]
55. OFICIO N° 284 de 9 de JUNIO de 2003, enviado por don Guillermo Piedrabuena a los señores Fiscales Regionales y Adjuntos. [en línea] <<http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Prueba%20ilicita/284%202003.doc>> [Consulta: 08 de Diciembre 2007]
56. PEARSON EDUCATION INC. *Mapp Vs Ohio*. [en línea] <<http://www.infoplease.com/us/supreme-court/cases/ar19.html>> [Consulta: 24 Noviembre 2007]
57. SÁENZ, MARÍA ANTONIETA. Pruebas valederas e ilícitas. [en línea]<<http://www.monografías.com>> [Consulta: 8 de octubre 2005]
58. SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sala Primera N° 85/1994 [en línea] <<http://vlex.com/vid/15355857>>[Consulta: 17 de Diciembre 2007]
59. U.S. SUPREME COURT. *Adams Vs. New Cork*. [en línea] <<http://laws.findlaw.com/us/192/585.html>> [Consulta: 8 Noviembre 2007]
60. U.S. SUPREME COURT. *Brown v. Illinois* [en línea] <<http://supreme.justia.com/us/422/590/case.htm>> [Consulta: 16 de diciembre 2007]
61. U.S. SUPREME COURT. *Davis v. Mississippi* [en línea] <<http://supreme.justia.com/us/394/721/case.html>> [Consulta: 14 de Diciembre 2007]

62. U.S. SUPREME COURT. *Nardone v. United States*. [en línea] <http://supreme.justia.com/us/308/338/case.html>, (Consulta: 14 de Diciembre 2007)
63. U.S. SUPREME COURT. *Wong Sun v. United States*. [en línea] <http://supreme.justia.com/us/371/471/case.html>, [Consulta: 14 de Diciembre 2007]
65. VÁSQUEZ, MARCOS. El debido proceso, una perspectiva procedimental práctica. [en línea] <<http://www.abogados.cl/revista/29/articulo2.html>> [Consulta: 20 de octubre 2007]

IV. Artículos de Revistas:

66. ALVARADO, ALFONSO. El Debido Proceso. En: Gaceta Jurídica. Vol. XIV (110): 8 – 17, 1989.
67. CAROCCA, ALEX. Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. Revista “Ius et praxis”, Universidad de Talca, (2): 301-322, 1998.
68. MARÍN, JUAN CARLOS. Las medidas Cautelares Personales en el Nuevo Código Procesal Penal Chileno. En: “Revista de Estudios de la Justicia”, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (1): 9 - 54, 2002.
69. Gaceta Jurídica. Santiago, Editorial Lexis Nexis, N° 304, octubre 2005
70. Gaceta Jurídica. Santiago, Editorial Lexis Nexis, N° 321, marzo 2007.
71. Gaceta Jurídica. Santiago, Editorial Lexis Nexis, N° 322, abril 2007
72. TAVOLARI, RAÚL. Las medidas cautelares. Revista de Derecho Procesal, (20): 283-293, 2005.

73. VESCOVI, ENRIQUE. Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, (2), 1970.

V. Normativa consultada:

74. CÓDIGO PROCESAL PENAL. Edición Oficial, especial para estudiantes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
75. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Anotado y concordado. Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2002.
76. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2005.
77. LEY Nº 20.253. CHILE. Modifica el código penal y el código procesal penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, marzo de 2008.

