

**Universidad De Chile**  
Facultad de Derecho  
Departamento De Derecho Procesal  
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”**

Memorista:

**Ricardo A. Cáceres P**

Profesor Guía: Carlos Pecchi C.

**Santiago de Chile, 2006.**



..	1
Introducción .	3
<b>CAPÍTULO PRIMERO .</b>	<b>7</b>
La Prueba Ilícita . .	7
a) Antecedentes Históricos .	7
b. Conceptualización de la idea de Prueba afecta a ilicitud .	13
<b>CAPÍTULO SEGUNDO .</b>	<b>19</b>
Admisibilidad de la Prueba ilícita .	19
Momento de Producción de la ilicitud .	22
<b>CAPÍTULO TERCERO . .</b>	<b>25</b>
Posible Solución . .	25
Argumentos a favor de la Regla de exclusión. <sup>50</sup> .	26
Argumentos en contra de la Regla de exclusión <sup>58</sup> . .	29
<b>CAPÍTULO CUARTO . .</b>	<b>33</b>
A. La Prueba Ilícita Derivada .	33
A.1 Argumentos Que Hacen Posible la Distinción . .	34
<b>CAPÍTULO QUINTO .</b>	<b>55</b>
A. La Prueba <sup>127</sup> Testimonial .	55
B. Deberes y derechos de todo Testigo .	60
Derechos de todo Testigo .	62
C. Valoración de la Prueba en el Procedimiento Penal Vigente . .	64
D. Aspectos y Funciones de la Policía .	66

<sup>50</sup> Hairebedián, Maximiliano “Eficacia de la Prueba Ilícita Y sus Derivados” Ed. Ad hoc Argentina Año 2002 p 41 y ss.

<sup>58</sup> Ibid. p 73 y ss.

<sup>127</sup> Debe entenderse por ella: “*El conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir*” En. “Tratado de la Prueba en Materia Penal” Editores Rubinzal- Culzani, de Eduardo Jauchen M. año 2002,p 19.

<b>CAPÍTULO SEXTO .</b>	<b>71</b>
<b>INFORMES EN DERECHO .</b>	<b>71</b>
<b>A) Raúl Tavolari Oliveros <sup>184</sup> .</b>	<b>71</b>
<b>B) Orlando Poblete Iturrate <sup>196</sup> . .</b>	<b>76</b>
<b>CAPÍTULO SÉPTIMO .</b>	<b>83</b>
<b>Principios y Garantías Procesales .</b>	<b>83</b>
<b>CONCLUSIONES . .</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .</b>	<b>91</b>
<b>Informes en derecho . .</b>	<b>93</b>

<sup>184</sup> Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, en Informe en Derecho “Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado”, Boletín N°19 del Ministerio Público, Mes de Julio del Año 2004, p. 201-212.

<sup>196</sup> Profesor de derecho Procesal, de la Universidad de los Andes, en informe, “Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”, Informes en Derecho, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1 del mes de diciembre, año 2003, p29 y ss.

---

*A mi familia y a los que estuvieron conmigo con su consejo sabio.*



# Introducción

*El Hombre es por esencia un ser cultural*<sup>1</sup>, tal afirmación, deja en evidencia la característica esencial, que sitúa al hombre, por encima de las demás especies del reino animal. Lo anterior se explica, pues el ser humano, al enfrentarse al medio que lo rodea, en las etapas más primitivas de su desarrollo, siempre y sin excepción, ha orientado su actividad hacia la transformación de la naturaleza en beneficio propio.

Tal actividad reformadora del medio que nos rodea, resulta ser el elemento vital distintivo de nuestra especie. Es por ello, que desde un comienzo esta peculiar forma de proceder, se plasma en la realización de labores de diversa índole, si bien de carácter básico, no por ello menos importantes, tales como: el cultivo, la cría de animales, edificación de viviendas, entre otras. Todas las cuáles tienen por objetivo común proporcionar los medios necesarios para nuestra subsistencia.

Esto sin embargo, no siempre fue así, pues con el paso de los años, y fruto de la evolución, en lo concerniente al desarrollo de su capacidad cognitiva, es que van surgiendo conceptos de orden religioso<sup>2</sup>, ideológicos, y lo que a nosotros nos importa de

<sup>1</sup> Ghelen Arnold, "Antropología Estructural", Ediciones Paidós, Año 1993, Barcelona España, p97.

<sup>2</sup> En este sentido Richard E. Leakey: "A través del tiempo histórico, los registros revelan que se han desarrollado religiones y mitologías destinadas a proporcionar al hombre respuestas a su inquietud fundamental. Cada tribu, estado y nación ha explicado su propia creación, por lo general, de la mano de un dios todopoderoso, quien luego pobló el resto del mundo con seres bastante inferiores." En "La Formación de la Humanidad" Ediciones del Serbal, año 1993, p10.

sobremanera, la noción de lo justo como algo bueno.

¿Es así como actúa el hombre?, por cierto que sí, la historia lo demuestra, basta con echar una mirada atrás y darse cuenta, que toda cultura desde la más primitiva a la más moderna, siempre se ha conducido, en pos de la obtención de la felicidad <sup>3</sup> de cada uno de sus miembros.

Dicho anhelo, no sólo se traduce en la búsqueda de mejores condiciones materiales, espirituales y económicas; sino también, en el deseo de obtener ciertos parámetros, dentro de los cuáles, toda actividad humana, se desenvuelva legítimamente.

Es por esto, que con miras a lograr lo anterior, se han propuesto ciertas ideas fundantes y orientadoras, de la noción de sociedad <sup>4</sup>, resultando esenciales en ella, los conceptos de justicia, verdad y dignidad del ser humano. Tales principios, deben encontrarse inmersos, tanto en las instituciones que permiten a la sociedad funcionar, como también en la conciencia de cada uno de los individuos insertos en ésta.

Por consiguiente, preguntarse por el valor que tales principios <sup>5</sup> adquieren hoy en día, resulta de gran relevancia y contingencia; más aún, sí dicho análisis lo circunscribimos en torno al Sistema Procesal Penal vigente; siendo dentro de éste, donde logra apreciarse con mayor fuerza y claridad, el respeto que las sociedades tienen, por el marco conceptual sustentario de su acontecer cotidiano. <sup>6</sup>

La Reforma Procesal Penal, ya vigente en todo el país, plantea hoy en día un debate, en torno al peculiar carácter garantístico a favor del imputado, constituyéndose en tema de polémica pública, la excesiva protección entregada al acusado, en desmedro de los intereses de la sociedad.

Dicho juicio se sustenta, en la existencia de antecedentes claros, que acreditan al menos, la razonable duda acerca de la inocencia del acusado, como por ejemplo; la existencia de un largo prontuario de conductas delictivas.

<sup>3</sup> En este sentido Aristóteles: “Y toda resolución de nuestro espíritu tiene necesariamente en cuenta un bien de cierta especie, expliquemos cuál es el bien que en nuestra opinión es objeto de la política y, por consiguiente, el bien supremo que podemos proseguir en todos los actos de nuestra vida. La palabra que le designa es aceptada por todo el mundo; el vulgo, como las personas ilustradas, llaman a este bien supremo, felicidad.” En “Moral A Nicómaco”, Ed. Espasa Calpe, Colección Austral, 1996, p65.

<sup>4</sup> La necesidad de parámetros surge de la propia definición de sociedad, pues ella es entendida en este trabajo como: “Las sociedades son con frecuencia únicamente meros compromisos entre intereses en pugna, los cuales sólo descartan(o pretenden hacerlo) una parte de los objetivos o medios de la lucha, pero dejando en pie la contraposición de intereses y la competencia por las distintas probabilidades”, En “Economía y Sociedad”, de Max Weber, año1997, Fondo de Cultura Económica, p 34.

<sup>5</sup> Me refiero a los principios, que han de servir de parámetros de conductas a los miembros de la sociedad.

<sup>6</sup> Julio Maier, muy claramente en torno a lo mismo: “Es racional entonces pensar, que la actividad de someter los comportamientos humanos a reglas, no sea una actividad carente de sentido, sin cálculo, por tanto, ciega, sin , muy por el contrario, una actividad regida, también, por la proposición de ciertos fines y la elección de la manera de alcanzarlos”. En “ Derecho Procesal Penal”, Julio Maier, Editores del Puerto, año 2003, Buenos Aires, p147.



Tal crítica, ha sido propagada, especialmente a través de los medios de comunicación, generándose fuertemente, diversos cuestionamientos que llevan a plantearse la necesidad de modificar tal sistema.

Es ante tal escenario, que surge la presente memoria, cuyo objetivo central consiste en pronunciarse sobre la admisibilidad de la declaración de los policías como testigos de oídas, dentro del Sistema Procesal Penal Chileno.

Tal decisión se sustenta, en las graves y múltiples consecuencias que de su aceptación se devendrían en un proceso penal, no sólo circunscribiéndose estas a nivel probatorio, sino también, abarcando el ámbito propio del ejercicio del jus puniendi por parte del Estado.

El permitir que agentes del estado, destinados al resguardo del imperio del derecho, sean a su vez partícipes, de un proceso penal, en lo relacionado, a la posibilidad de emitir declaraciones incriminatorias en contra de un acusado, resulta ser por lo menos controversial, si consideramos; la posición de privilegio, los métodos de interrogación, y por supuesto las propias normas del Código Procesal Penal, que consideran la declaración del imputado como un medio de defensa<sup>7</sup>.

Por consiguiente, la declaración de los policías como testigos de oídas, se erigiría en una infracción al principio de no autoincriminación del imputado, vulnerándose eventualmente con su aceptación, la imparcialidad requerida en toda investigación y procedimiento, que se precie de racional y justo.

Esta posible admisibilidad o rechazo, será abordado, desde los conceptos de Prueba Ilícita y Exclusión Probatoria, ambas nociones íntimamente ligadas entre sí, por ser la prueba ilícita el antecedente que justifica la procedencia de la segunda.

Respecto de esta decisión, debo hacer la siguiente aclaración; del análisis del artículo 276 y normas afines de nuestro Código Procesal Penal, se concluye; que el legislador para el caso de infracción de garantías fundamentales en lo concerniente a la prueba, ha optado por la exclusión probatoria, idea que no define y que sólo se limita a esbozar, dejando abierta la delimitación en cuanto a su contenido a la doctrina y jurisprudencia.

De antemano quiero expresar, que la presente memoria en ningún caso, quiere erigirse en la respuesta definitiva a la pregunta sobre la admisibilidad de dicho medio de prueba, sino por el contrario, persigue aportar una visión particular al mismo, enriqueciéndolo en lo que sea posible.

Antes de iniciar el estudio de la interrogante planteada, quiero dejar en claro, que toda exposición doctrinaria en cuanto a la teoría general de la prueba, ha sido omitida de la presente investigación, pues excedería el carácter específico de ésta, así como también, por considerar que dicho tema se encuentra lo suficientemente tratado en obras de relevancia doctrinaria, con suficiente pormenorización.

Por lo anterior, iniciaré la presente memoria, refiriéndome a los antecedentes históricos, marco conceptual, posiciones doctrinarias, exclusiones probatorias, y demás

---

<sup>7</sup> Vid. Art. 98 del Código Procesal Penal.

temas que digan relación con el ámbito propio de la Prueba Ilícita.

Tratando en un capítulo propio, la prueba testimonial de oídas y sus consecuencias, para llegar finalmente a las conclusiones a las que he podido arribar, a lo largo de este trabajo.

# CAPÍTULO PRIMERO

## La Prueba Ilícita

### a) Antecedentes Históricos

---

Resulta revelador constatar, que el desarrollo del concepto de prueba ilícita, dio sus primeros pasos en el ámbito del derecho, en la jurisprudencia y la doctrina, para luego, pasar a formar parte del catálogo de garantías de algunas legislaciones, tal como es el caso, de nuestro Código Procesal Penal <sup>8</sup>.

En doctrina, la prueba ilícita comenzó a ser tratada primeramente por Ernst Beling, en 1903, año en el cual, se publicó en Alemania su libro; “Las Prohibiciones Probatorias como límites a la averiguación de la verdad”, considerando a la prueba ilícita desde la perspectiva de las pruebas prohibidas. <sup>10</sup>

Pese a que tal estudio se inició con la obra ya mencionada, será en la jurisprudencia Estadounidense, donde primero se abordará la posible solución a la existencia de prueba afecta algún grado de ilicitud.

<sup>8</sup> En su artículo 276.

Tal estudio, se tradujo en la elaboración por parte de los tribunales del país del norte, del concepto de exclusión probatoria; el cual permitió a éstos, poner atajo y resolver la disyuntiva representada por la inclusión en un proceso, de prueba afecta algún grado de ilegalidad.

Es específicamente en el año 1886, que se plantea por primera vez, la necesidad de excluir cierto material probatorio en un proceso. Pues la valoración de tales elementos de prueba dentro de un juicio en sede criminal, se erigía en una violación de los derechos esenciales garantizados a todo ciudadano, por el ordenamiento jurídico vigente en los Estados Unidos.

Respecto de este primer esbozo de exclusión probatoria, suscitado en 1886, existen posiciones divergentes en orden a considerarlo la primera aparición de tal noción. En relación a lo anterior, resulta pertinente considerar lo expuesto por el profesor Joshua Dressler, quién sostuvo:

*“La Suprema Corte adoptó a la Cuarta Enmienda como regla de Exclusión, por primera vez el año 1914, en el caso que opuso a Weeks contra los Estados Unidos. En él, la Corte declaró inconstitucional el uso de evidencia obtenida por agentes policiales”*<sup>11</sup>.

Esta postura, se contrapone con la que se expondrá en el Capítulo Primero de esta memoria, en donde se optó por seguir el curso temporal expuesto, por el profesor Argentino Maximiliano Hairebedián. Posición que adopto, pues los casos<sup>12</sup> descritos por él, como iniciadores de la existencia de prueba ilícita y de exclusión probatoria, resultan ser anteriores al consignado por Joshua Dressler, y de esta forma se constituyen en fuente originaria de las nociones en análisis.

### **a.1 Contexto Histórico de una Posible Solución**<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Entendiendo a ésta, como límite a la obtención de la prueba, en este sentido nos dice *“Que el principio de la investigación de la verdad material nos lleva más lejos aún: el juez no sólo no está sometido a la influencia decisiva de las partes, respecto a la investigación de la verdad, sino que en principio le están abiertas todas las posibilidades en su actividad. Bien es verdad, que existen prohibiciones de prueba, que se apoyan sobre la ponderación superior de ciertos intereses extraprocesales, frente a los intereses procesales encaminados a descubrir la verdad. Pero estas prohibiciones constituyen excepciones. Mientras que no concurren, debe el juez perseguir sus investigaciones hasta el final”*. De Ernst Beling, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Labor, 1945, traducción del alemán de Miguel Fenech, España, p214.

<sup>10</sup> E. Beling, *entiende que las prohibiciones probatorias pueden ser examinadas desde dos puntos de vista. Por una parte, se dividen en absolutas (prohibiciones referentes al tema probatorio) y relativas (referentes a los medios probatorios). Las primeras establecen un tema determinado y prohíben al juez toda prueba sobre él. Las últimas excluyen sólo ciertos medios de prueba, sin impedir al juez esclarecer el hecho por otros medios.* Vid. “Las Escuchas telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida”. De Jacobo López Barja, Ed. Akal SA, 1998, p 120.

<sup>11</sup> *“The supreme Court adopted the Fourth Amendment exclusionary rule for the first time in 1914 in Weeks v. United States. In Weeks, the Court held that in federal trials the Fourth Amendment bars the use of evidence unconstitutionally seized by federal law enforcement officers. Vid. ” Understanding Criminal Procedure” de Joshua Dressler, Ed. Lexis Nexis, 2002, p378.*

<sup>12</sup> Casos Boyd y Adams ambos en contra de los Estados Unidos, el primero de 1886 y el segundo de 1904.

En la Jurisprudencia Norteamericana, es iniciado el tratamiento de la prueba ilícita y su exclusión, a partir del caso Boyd contra los Estados Unidos, el año 1886.

En aquél proceso, se puso en entredicho una prueba aportada al juicio, consistente en una factura de propiedad del acusado. Dicho documento fue incorporado a la investigación, luego que la policía, mediante el uso de métodos reñidos con la ética, conminara al detenido a entregarlo personalmente al tribunal, vulnerándose de esta forma, toda garantía que el acusado de un delito ha de tener en un proceso.

La Corte <sup>14</sup>, luego de haber sometido a análisis la Constitución, especialmente en lo dispuesto, por la Cuarta y Quinta enmienda, estableciendo la primera: “*El derecho de todas las personas a su seguridad personal, la de sus hogares, la de sus papeles, y efectos personales contra todo registro y captura irrazonable*” <sup>15</sup>, y la segunda: “*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*” <sup>16</sup>, (en síntesis, ambas enmiendas establecen el principio de la no autoincriminación).

Sostuvo, que si bien la aportación de documentos de forma compulsiva, constituía un quebranto a las garantías de todo procesado, para que dicha infracción fuera objeto de exclusión de toda valoración, era necesaria la existencia de una íntima relación, entre la infracción causada y ambas enmiendas ligadas entre sí, no estando la Corte por el argumento de considerar la ilicitud si lo anterior no se suscitaba.

En este primer esbozo del concepto de exclusión probatoria, queda en evidencia, cómo el peso de una eventual ilicitud del material probatorio descansa en el quebranto de las garantías, de las cuáles goza el imputado en un proceso penal, consagradas todas ellas en el cuerpo de la Constitución.

Con el transcurso del tiempo, se suscitaba una situación similar, esta enfrentó a Adams Contra el Estado de New York, en el año 1904.

En este juicio, el acusado procedió a impugnar la sentencia dictada en su contra, basándose en que ésta había sido pronunciada, teniendo en consideración documentos de carácter privado, obtenidos en un allanamiento practicado sin reunir los requisitos legales requeridos, para validar la toma y resguardo de dichos antecedentes.

La Corte, confirmó la sentencia, rechazando la impugnación del material probatorio, siguiendo claramente el criterio restrictivo sentado en el fallo Boyd contra los Estados

<sup>13</sup> Para más detalles véase en particular, “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, de Maximiliano Hairabedián, Ed Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, Argentina.

<sup>14</sup> De ahora en más, deberá entenderse que al referirme a la Corte sin adjetivo, me estoy refiriendo a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

<sup>15</sup> “*The right of the people: it is to be secure in our persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures*” en “Understanding Criminal Procedure” de Joshua Dressler, Ed.Lexis Nexis, 2002, p 377.

<sup>16</sup> En “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno” de Héctor Hernández Basualto, en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado, p11.

Unidos.

Puesto que en Adams contra el Estado de New York, si bien se había obrado, sin cumplir los requisitos legales adecuados para validar la prueba obtenida, la misma no se constituía en unainfracción, tanto de la quinta y cuarta enmienda, consideradas ambas conjuntamente.

Lo anterior otorgó como resultado, el rechazo de la acción de inadmisibilidad deducida por el acusado.

El año 1914, se produce el caso Weeks contra los Estados Unidos, en el cual, la policía del Estado de Missouri, ingresó al domicilio del inculpado sin autorización judicial, procediendo a retirar cartas y otros documentos personales; que más tarde, intento hacer valer en juicio contra el imputado.

En la situación anterior, el afectado impugnó tal medida antes los tribunales, solicitando la devolución de dichos documentos. La Corte, procedió invalidando dichos elementos de prueba, concluyendo muy claramente lo que paso a reproducir.

*“Llegamos a la conclusión de que las cartas en cuestión, fueron tomadas desde la casa del acusado, por un agente de los Estados Unidos, actuando bajo el ministerio de su cargo, en directa violación de los derechos constitucionales del procesado; que habiendo hecho una oportuna petición para su devolución, la cual fue oída y dejada de lado por la corte, se envolvió una negación de sus derechos constitucionales en la orden que rechaza tal solicitud,, y que la corte debería haber devuelto estas cartas al acusado. Al mantenerlas y permitir su uso en el probatorio estimamos, se cometió un error perjudicial, dado que en los papeles y propiedades confiscadas por la policía, no aparece que ellos actuarán bajo ningún título de autoridad federal, que habría hecho aplicable la enmienda a tales confiscaciones desautorizadas<sup>17</sup>”*

Por lo mismo, y complementando lo anterior, la Corte Suprema Norteamericana señaló:

*“Si cartas y documentos privados pueden ser incorrectamente secuestrados, mantenidos y utilizados como prueba en contra de un ciudadano acusado de un delito(...) la protección de la cuarta enmienda, declarando el derecho a estar seguros tanto contra secuestros y registros irrazonables, queda sin valor.”<sup>18</sup>*

Nuevamente y al igual que en los dos juicios anteriores, la argumentación para rechazar el material probatorio, nos reconduce al quebrantamiento de las garantías constitucionales del afectado.

La evolución continuó, a través de los casos Silverthone Lumber Co. de 1920, y Nardone de 1939, teniendo ambos como factor común, el efecto expansivo de la declaración de ineficacia desde la prueba obtenida ilegalmente a la prueba ilícita derivada.

El primero de ellos, Silverthone Lumber Co. contra los Estados Unidos, de 1920,

---

<sup>17</sup> En María Francisca Zapata, “La Prueba Ilícita”, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2004, p108

<sup>18</sup> Hairebedián, Maximiliano “ Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas” Ed. Ad hoc Argentina Año 2002 p 39.

versa sobre la petición del imputado, en relación a la exclusión de material probatorio incriminatorio esgrimido en su contra por la fiscalía. Basándose, en que estos habían sido obtenidos por los agentes estatales que allanaron su domicilio, sin autorización judicial de ningún tipo.

Con el fin de exponer lo ya mencionado, transcribiré el análisis realizado sobre este caso por María Francisca Zapata:

*“El departamento de justicia y el alguacil de los Estados Unidos, sin ningún tipo de autorización fueron a la oficina de su compañía e hicieron un barrido de todos los libros, papeles y documentos que encontraron ahí. De los cuales, se hicieron fotografías y copias de los papeles materiales. La corte de Distrito ordenó la devolución de los originales, pero depositó en custodia del tribunal las fotografías y copias. Posteriormente fueron emitidos emplazamientos para exhibir los originales, y frente a la negación de exhibirlos, la corte emitió una orden de que los emplazamientos debían ser cumplidos, aunque había encontrado que todos los papeles habían sido confiscados en violación de los derechos constitucionales de las partes”<sup>19</sup>.*

Ante la petición de entrega de los originales, el acusado se negó, provocando que la disputa fuera resuelta ante la Suprema Corte.

Tal oposición, trajo consigo finalmente, el pronunciamiento del Tribunal Supremo a favor de la exclusión de dicho material, señalando en su fallo lo siguiente:

*“La esencia de una disposición, que prohíbe la adquisición de evidencia de una determinada manera, no significa meramente que esa evidencia así obtenida no pueda ser usada ante la Corte, sino que esta no podrá ser usada de ninguna manera, esto no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se obtiene desde una fuente independiente, podrán ser probados como cualquiera otros, pero el conocimiento obtenido por el agravio del propio Gobierno, no puede ser usado por él en la forma propuesta”<sup>20</sup>.*

Como queda claro, la ilicitud de la prueba en este juicio; nos pone en contacto directo con la validez que la prueba ilícita derivada adquiere dentro de un proceso, puesto que en Silverthone Lumber Co contra los Estados Unidos, lo cuestionado es el uso de información adquirida ilícitamente con miras a incriminar al acusado poseedor de ésta.

En el año 1939 se suscita el juicio Nardone, cuya relevancia radica, en ser la fuente original de la doctrina del “Fruit of the poisonus tree.”<sup>21</sup>

Es a partir de Nardone contra los Estados Unidos, que la existencia de la prueba ilícita derivada, se asume como un problema de real importancia en el ámbito del derecho, iniciándose a partir de ella la búsqueda de una respuesta satisfactoria al dilema de su existencia.

<sup>19</sup> Véase, María Francisca Zapata, “La Prueba Ilícita”, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2004, p150

<sup>20</sup> Ibid, p 150 y ss.

<sup>21</sup> Doctrina del fruto del árbol envenenado, en que la prohibición de valoración se hace extensiva a la prueba derivada de la declarada ilícita.

En el caso Nardone, lo discutido ante la Corte Suprema, fue la negación por parte de un juez inferior (en Chile, sería un símil de la primera instancia en el sistema antiguo), a la solicitud presentada por el acusado con objeto de impugnar material probatorio.

El recurso de apelación deducido con miras a lograr la exclusión de la prueba objetada, tenía por fundamento, la existencia de una antecedente judicial previo, emanado de un primer juicio entre el acusado y el Estado. En éste, se había obtenido la declaración de ilegalidad por parte de los tribunales, de la prueba obtenida por medio de escuchas telefónicas, y que pretendía ser usada en contra del imputado.

En este segundo juicio, lo perseguido por el acusado, era evitar que a partir de esas escuchas, ya declaradas como prueba ilícita en el primero, se pudieran realizar nuevas gestiones, con miras a obtener nuevo material para perseguirlo criminalmente; diligencias que nunca hubiesen podido llevarse a cabo, sino se hubiese contado con la información extraída de las pruebas del primer caso Nardone.

Y ante la negativa del juez inferior de acoger su petición de exclusión del material probatorio aparentemente ilícito, recurrió de apelación ante la Suprema Corte, la que pronunciándose sobre dicho recurso, señaló:

*“La carga recae, por supuesto, en el acusado en primera instancia, de probar, a satisfacción de la Corte, que las intervenciones telefónicas fueron ilegalmente empleadas. Una vez que es establecido como lo fue plenamente aquí, el juez competente debe dar oportunidad al acusado, aunque sea esta muy estrechamente reducida, para probar que una porción substancial del caso seguido en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Esto deja amplia oportunidad al Gobierno para convencer a la Corte de que su prueba tuvo un origen independiente”*<sup>22</sup>

En lo sucesivo se fueron presentando diversos litigios, apuntando todos ellos a la aplicación de criterios similares. A modo ejemplar, es pertinente citar el caso Rochin contra el Estado de California de 1952, en el cuál, la policía obligó a vomitar al acusado, para extraer cápsulas de morfina de su interior y así contar con pruebas decisivas para lograr su condena.

La Corte, ante tales circunstancias adujo:

*“Que la conducta de la policía en el caso, constituía un quebranto a la legalidad, al irrumpirse en el ámbito privado del recurrente, luchándose para abrir su boca, y remover lo que allí había, a través de la enérgica expulsión del contenido estomacal, conducta que escandaliza a la conciencia”*<sup>23</sup>

En síntesis de lo anterior, el profesor Joshua Dressler, nos dice a modo de conclusión:

*“La Corte, concluyó, que la cláusula del debido proceso de la Cuarta Enmienda,*

---

<sup>22</sup> Véase, María Francisca Zapata, “La Prueba Ilícita”, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2004, p154.

<sup>23</sup> “The police conduct in this case specifically. Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of this stomach s contents shocked the conscience. Vid. Understanding Criminal Procedure” de Joshua Dressler, Ed. Lexis Nexis, 2002, p 379.



---

*prohibía el uso como evidencia naturalmente confiable de la prueba así obtenida, poniendo a salvo de violaciones, la decencia y toda conducta civilizada.*<sup>24</sup>

Por último consideraré, un litigio en donde es posible apreciar una nueva forma en que se manifiesta la prueba ilícita.

Este opuso a Miranda contra el Estado de Arizona. En él, se estableció que si la policía a la hora de realizar una detención, no señalaba al acusado los derechos constitucionales que lo amparaban, se incurría en vicios de ilegalidad, lo cuál conlleva a la necesidad de excluir del procedimiento criminal, lo declarado por el detenido, por no haber sido respetados sus derechos.

El argumento de la exclusión, se sustenta en que el marco de garantías constitucionales que amparaba al imputado, sólo era posible en cuanto a su ejercicio, cuando dicho catálogo de derechos estuviera en conocimiento del detenido. Y mientras no sucediese de esa forma, el sistema creado para garantizar que todo el procedimiento criminal, desde un inicio hasta el final estuviera revestido de validez se derrumbaba. Quedando por ende toda gestión invalidada en caso de que dicha lectura no se llevare acabo.

## **b. Conceptualización de la idea de Prueba afecta a ilicitud**

---

De lo expuesto, se concluye que la prueba ilícita en lo referente a su existencia, se configura; cuando estamos en presencia de material probatorio, obtenido con infracción de garantías establecidas en beneficio del encausado.

Por ello y dando un paso adelante, inicio este acápite, teniendo presente, que dicha noción, servirá en su oportunidad con miras a una posible definición, de la prueba ilícita.

Definición, que sólo ha de ser lograda, una vez despejado el camino etimológico, de todas aquellas ideas afines a la prueba ilícita. Es por lo mismo que se hace necesario, abordar los conceptos análogos existentes en doctrina a la prueba afecta a ilicitud.

### **b.1) Tipos de Pruebas afines**

**Pruebas Prohibidas:** Esta sería en palabras de Marcelo Midón: *“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.”*<sup>25</sup> En este particular tipo de prueba, apreciamos el carácter amplio dado a la idea de prohibición, que podría a su vez abarcar todos los casos de prueba afecta, a algún grado de ilegalidad.

<sup>24</sup> *“The Court concluded that the Fourteenth Amendment due process clause prohibits the use at trial of evidence, even of a reliable nature, secured in a manner that violates certain decencies of civilized conduct.”* en *Understanding Criminal Procedure* de Joshua Dressler, Ed.Lexis Nexis, 2002, p379.

<sup>25</sup> Midón, Marcelo Sebastián. “Pruebas Ilícitas Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” Ediciones jurídicas Cuyo, año2002, Argentina, p 30.

**Pruebas expresamente prohibidas por ley:** *“En puridad, detrás de toda prueba ilegal subyace una prohibición que obliga al juez a su invalidez. Algunas veces esa prohibición no tiene una norma expresa que la consagre pero se desprende rigurosamente de las garantías constitucionales”*.<sup>26</sup>

También dicha prueba, tiene alcances generales y poco definidos, pero pese a ello nos reenvía a la Constitución como respuesta posible, ante una eventual valoración de la prueba ilícita.

**Prueba irregular:** *“Es aquella obtenida o practicada con transgresión de normas que no participan de la construcción protectora de un derecho constitucional”*.<sup>27</sup> En la especie, estaríamos ante pruebas obtenidas con infracción a las normas de naturaleza procedimental. Ahora, si bien esta definición excluye el ámbito constitucional, perfectamente si mirásemos a ésta desde una perspectiva amplia, podríamos darle a las normas procedimentales, algún grado de relevancia mayor hasta incluso rozar el debido proceso.

**La Prueba Viciada:** es aquella prueba *“Capaz de ser valorada como veraz, con total independencia de su modo de obtención”*<sup>28</sup>. Este tipo de prueba, como queda a la vista es francamente inaceptable, por no considerar el respeto que debe existir a las normas reguladoras del material probatorio, en cuanto a su obtención e introducción al proceso.

**La Prueba Clandestina:** *“Es aquella que se obtiene con un comportamiento oculto, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas”*<sup>29</sup>

Este último tipo de prueba, nos acerca bastante a lo que entenderemos por prueba ilícita, pues comparte una de sus características, o más bien se constituye en un caso de ésta.

## **b.2) Concepto de Prueba ilícita**

Existen múltiples definiciones, de lo que ha de entenderse por prueba ilícita. Entre ellas, consideraré aquéllas que nos permitirán arribar a un concepto propio, tomando en cuenta definiciones de corte general y particular, tales son:

Luis Rodríguez Sol, la define de la siguiente manera: *“Propia y etimológicamente prueba ilícita, es aquella que se practica contraviniendo la ley, independientemente del efecto que la propia ley asigna a su inobservancia, de modo que tan ilícita sería la prueba obtenida mediante un acto radicalmente nulo, como mediante un acto nulo pero subsanable, e incluso una mera irregularidad podría calificarse como ilicitud probatoria”*.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal” Editores Rubinzal-Culzani, año 2002, p 621.

<sup>27</sup> María Francisca Zapata, “La Prueba Ilícita”, Ed. Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2004, p23

<sup>28</sup> ibid, en ob cit supra, p23

<sup>29</sup> ibid , en ob.cit supra ,p 23

<sup>30</sup> Sol Rodríguez, Luis “Registro domiciliario Y Prueba Ilícita” Ed. Comares, Granada, 1998, p 65.

Esta definición, resulta ser lo suficientemente general como para que cualquier infracción a una norma legal, se constituya en ilícita.

Al no realizarse una distinción en torno a que clase de normas se hace aplicable, hemos de entender en beneficio de esta definición, que toda norma del ordenamiento jurídico desde la Constitución en adelante, se entiende incluida dentro del concepto de ley.

Por lo mismo, la definición ya mencionada no resulta satisfactoria, pues no nos permite dejar en evidencia, cual es el sustrato que debe ser infringido para encontrarnos ante una prueba ilícita.

Algunos autores como Manuel Miranda Estrampes<sup>31</sup>, hacen una distinción, entre concepciones amplias y restrictivas de la prueba ilícita.

#### 1) Concepciones amplias

El primer tipo de argumento sustentario de la idea de ilicitud probatoria, es el de la dignidad humana. Dicha noción, se constituye en la piedra angular del concepto de prueba ilícita. Teniendo en vista lo anterior, el profesor Estrampes hace suyo el razonamiento esbozado en un proyecto de ley de enjuiciamiento civil de 1974.

En donde, un grupo de profesores de Derecho procesal, de las Universidades Españolas, sostuvieron:

*“Que el tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos, que a juicio del mismo, se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de las personas”<sup>32</sup>.*

Por consiguiente, toda prueba que infringe este peculiar carácter de digno del ser humano, ha de ser desplazada del procedimiento, por constituirse en una manifestación de prueba ilícita.

Estrampes en una posición distinta, considera a Montón Redondo, quién estima, que la base de toda prueba ilícita se sustenta, en la presencia de la figura del dolo a la hora de su obtención, por lo que cada vez que éste existiese, estaríamos en presencia de una prueba de este tipo.

Lo anterior, no es sino la manifestación del principio:

*“Nemo auditur suam turpitudinem allegans”*

Otros autores por él citados, sostienen que estamos en presencia de una prueba ilícita, cuando esta ha sido obtenida con infracción de normas de derecho, no importando si la naturaleza de ellas es de rango constitucional, legal o incluso de principios base del sistema.

Dentro de esta concepción sitúa a Devis Echeandía, quién define a las pruebas

<sup>31</sup> Estrampes Miranda, Manuel. “El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”, J.M Bosch Editor, año 1999, Barcelona, España, p 17 y ss.

<sup>32</sup> Ibid,p17.

ilícitas, como aquéllas:

*“Que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana, o violan sus derechos fundamentales, que la constitución y la ley amparan.”*<sup>33</sup>

Según el profesor Estrampes, algunos autores delimitan este argumento, al caso de violación de normas de rango sustancial, como por ejemplo; el conjunto de garantías constitucionales. Dentro de ésta concepción, sitúa a aquellos profesores, que consideran que toda norma penal reguladora de la obtención y aportación de prueba al proceso, adquiere rango de garantía del imputado, por erigirse en un mecanismo propio del derecho a defensa del acusado, incluyendo dentro de esta posición a G. Conso y a la mayoría de la doctrina italiana.

## 2) Concepciones Restringidas

Éstas, se encuentran representadas por quienes entienden que estamos en presencia de una prueba ilícita, cuando aquélla ha sido obtenida o practicada en violación de derechos fundamentales. Dentro de esta concepción cabe destacar la opinión del profesor González Montes, quién expone:

*“Sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso, aquellos medios de prueba, en cuya obtención, se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba”*<sup>34</sup>

Con esta posición final, el autor en análisis deja abierta la posible definición de lo que hemos de entender por prueba ilícita, dándonos todo un abanico de posibilidades, pero siempre dejando subyacente la idea de entender a ésta como aquélla que viola principios y derechos fundamentales.

- Finalmente Bernardette Minvielle, define a la prueba ilícita como:

*“La prueba obtenida extraprocesalmente mediante violación de derechos sustanciales consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente los derechos de la personalidad, prueba que se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de su ilícita obtención.”*<sup>35</sup>

Del análisis de estas tres posiciones podemos colegir, que si bien en un inicio existen posturas de carácter general como las analizadas, éstas necesariamente deberán restringirse a medida que se avanza en la búsqueda de un concepto preciso, de lo que ha de entenderse por infracción constitutiva de una prueba ilícita.

Por lo ya expresado, es que las concepciones restringidas, así como la definición de Bernardette Minvielle, coinciden con lo que a mí juicio debe entenderse por prueba ilícita.

---

<sup>33</sup> Estrampes Miranda, Manuel. “El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”, J.M Bosch Editor, año 1999, Barcelona, España p19.

<sup>34</sup> Ibid, p 21.

<sup>35</sup> En “ La Prueba Ilícita” citada por María Francisca Zapata, Ed. Lexis Nexis, año 2004,p 17..

Por lo mismo, es que hago mías las palabras de Jacobo López Barja al sostener:

*“El proceso penal de nuestro Estado Social y Democrático de derecho, que se funda en los principios establecidos en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitud”.*

Un proceso con todas las garantías - el derecho al proceso debido- exige que no se permita, la violación de lo dispuesto en las normas que conforman tales garantías y en definitiva debe considerarse absolutamente prohibida la vulneración de tales normas.<sup>36</sup>

En conclusión, debe entenderse que estamos ante una prueba ilícita, cuando se infringen preceptos de rango Constitucional, de forma directa o indirecta, ya sea a través de la vulneración de las garantías fundamentales o bien, de aquellas garantías procesales, referentes al ámbito probatorio y de defensa del imputado, cometidas en la obtención, introducción o valoración del medio de prueba en cuestión.

---

<sup>36</sup> Jacobo López Barja de Quiroga, “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida” .Ediciones Akal Sa. Año 1989. p83.



# CAPÍTULO SEGUNDO

## Admisibilidad de la Prueba ilícita

En cuanto a la aceptación de la prueba ilícita en un proceso criminal, existen claramente tres posiciones. En todas estas, se pretende justificar la existencia y consideración en un proceso de la prueba ilícita, con miras al establecimiento de una verdad material, tales son:

**.-Posturas a favor de la admisibilidad:** Hay autores, que puestos en la disyuntiva de considerar y poner en una balanza, el interés colectivo y el interés individual, que subyace al debate de la prueba ilícita, optan por el interés general de la sociedad. Tal es el caso, por ejemplo: de un registro policial sin mandato judicial preexistente a la gestión propiamente tal, producto del cual, se encuentran efectos de un delito, perseguible en sede criminal; pero en que por defecto formal se hace imposible su utilización.

En esta línea, autores como Shonke optan por el interés colectivo, sosteniendo:

*“Más importante es este último interés, y por lo tanto, admitir la utilización de pruebas conseguidas con defectos formales”*<sup>37</sup>

<sup>37</sup> En “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida” de Jacobo López Barja de Quiroga, Ediciones Akal Sa. Año 1989. P86.

Complementando lo anterior, el mismo autor excluye aquellas pruebas obtenidas producto de la utilización de apremios ilegítimos, en contra del imputado de un delito, tales como; tortura, malos tratos u otros similares.

Otros por su parte sostienen, que el uso de medios de prueba obtenidos sin la autorización judicial pertinente, sólo conllevaría la aplicación de una sanción de corte civil, pero en ningún caso, acarrearía la exclusión del material en cuestión, en este sentido destaca Guasp.

Otro sector de la doctrina por su parte, opina que la prueba ilícita siempre debe ser admitida, sin perjuicio del castigo posterior a aquellos funcionarios, que hubiesen incurrido en conductas ilegales o inconstitucionales al momento de su obtención.

Siguiendo en la misma línea argumentativa, es pertinente considerar a Serra Domínguez, quien cree:

*“Que la reconstrucción de la realidad debe ser el principio inspirador del proceso, y resultaría contradictorio prescindir de pruebas, formalmente correctas, únicamente por la existencia de fraude en su obtención, lo que equivaldría a prescindir voluntariamente de elementos de convicción relevantes para el justo resultado del proceso”*<sup>38</sup>

**2.- Posturas en contra de la admisibilidad:** Por el contrario, están quienes en ningún caso aceptan, medios de prueba que adolecen de algún grado de ilicitud en su obtención, ni aún a pretexto de un interés general. En esta línea destaca Antón Vives, quién incluso va más lejos, señalando:

*“Sólo la verdad, obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales, puede estimarse como jurídicamente válida”.*<sup>39</sup>

Lo que se trata de conocer en un proceso criminal, en palabras de este autor, es lo verdadero. Siempre y cuando, tal búsqueda se encuentre en consonancia con la idea de justicia, es por esto que los derechos fundamentales, han de erigirse en el límite al desarrollo de la búsqueda de la verdad antedicha, sirviendo como marco dentro del cual lo verdadero como objetivo ha de ser logrado.

Dentro de esta línea argumentativa puede vislumbrarse una postura dominante, la cuál puede ser sintetizada afirmando; que conjuntamente con el interés general de averiguación de la verdad coexisten otros intereses, que traen consigo, la premisa que impide la obtención de pruebas a toda costa y sin miramiento alguno por las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico.

A partir de la anterior idea, logran sustentarse todas las posiciones contrarias a la admisibilidad de la prueba ilícita. En esta línea, de negar eficacia a la prueba afecta a ilicitud, destacan entre otros; Muñoz Conde, Montón Redondo, De Marino y Devis Echandía.

**3).- Posturas Intermedias:** En éstas, lo que se toma en consideración, es la idea de la ponderación de los intereses en conflicto, destacándose el tipo de bien jurídico puesto

<sup>38</sup> Ibid. ob. cit supra. p 88.

<sup>39</sup> Vid, ob.cit supra p 89.



en riesgo.

Si los bienes jurídicos infringidos son de una entidad menor, la prueba debe ser aceptada, sin perjuicio de las sanciones de corte civil, administrativas, u de otro tipo para los infractores. Ahora, si la violación del bien jurídico es de tal magnitud, que la infracción de éste lo ponga en riesgo hasta hacerlo desaparecer, tal y como sería el agravio de un derecho fundamental, la prueba causante de esto debe ser excluida absolutamente de la investigación en curso, dentro de esta posición destaca la opinión de Pastor Borgoñón.

Esta teoría, a su vez ha sido objeto de numerosas críticas, sustentándose las mismas, en que la posición de los bienes jurídicos en conflicto, parte de una tesis absolutamente desproporcionada, al considerar en un grado de importancia superlativo el derecho a la prueba por sobre el valor que debe darse a las garantías de un individuo.

En un mismo sentido Jacobo López Barja, nos dice: *“Pretender sopesar derechos partiendo de una concepción cuasi absoluta, del derecho a la prueba, esto es que existe constitucionalmente protegido el derecho a la prueba sin matizaciones, cuando lo cierto es, a nuestro entender, que lo constitucionalmente protegido es el derecho a la prueba legal, es decir a la obtenida y practicada conforme a las normas de garantía legalmente establecidas”*<sup>40</sup>

### 3) 1. Teoría del Ambito Esencial:

A su vez dentro de esta postura intermedia, logra destacarse la teoría del ámbito esencial, la cuál fue desarrollada por el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH). En ésta, y con miras a resolver el tema que originaba, el plantearse sí a las prohibiciones de producción de la prueba, le corresponden siempre prohibiciones de valoración. Es que se esgrime la necesidad de imponer límites a la actividad probatoria con miras al resguardo de las garantías de todo procesado.

Es por ello *“Que la obligación procesal penal de esclarecimiento, no rige en forma ilimitada; estando restringida por un número de prohibiciones de producción de la prueba( prohibiciones de obtención de la prueba).”*<sup>41</sup>

Claus Roxin en torno a lo mismo, distinguía entre cuatro tipos de prohibiciones, estas son<sup>42</sup> :

*Determinados hechos no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (prohibiciones de temas probatorios)*

*Determinados medios de prueba no pueden ser empleados( prohibiciones de medios probatorios)*

*En la producción de la prueba no se puede hacer uso de ciertos métodos (prohibiciones de métodos probatorios)*

<sup>40</sup> Barja, López Jacobo. “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida” Ediciones Akal SA. Año1989.p111.

<sup>41</sup> Roxin, Claus “Derecho Procesal Penal” Traducción de la edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, año 2000, p190 y ss.

<sup>42</sup> Ibid p 191.

*Ordenar o realizar la obtención de la prueba sólo por determinadas personas (prohibiciones probatorias relativas).*

En virtud de éstas y para el caso de infracción a una de las prohibiciones de pruebas existentes, la posibilidad de valorar el material probatorio obtenido, dependerá directamente de la magnitud de afectación a la cual se haya visto expuesto, el ámbito esencial de derechos del recurrente.

En un mismo sentido, y delimitando el contenido de lo que ha de entenderse, por ámbito esencial de derechos del recurrente, Eduardo Jauchen nos dice: *“Que la valoración probatoria es absolutamente imposible, cuando ella lesiona el núcleo esencial intangible de la personalidad y con ello la dignidad humana”* <sup>43</sup>. Entendiendo por infracción a dicho ámbito esencial, a toda acción u omisión, que afecte la dignidad intrínseca del ser humano.

Esta teoría del ámbito esencial o ámbito jurídico, ha sido objeto de diversas críticas. Una de éstas afirma, que los derechos del imputado no se limitarían al ámbito esencial de su derecho de defensa, sino que también dice relación, con la debida consideración que debe tenerse por las normas reguladoras del proceso. Entre quienes comparten estas críticas destacan, Rudolphi y E. Shmidt.

Por consiguiente, cualquier infracción que dentro de esa esfera formal, traiga consigo la afectación del derecho a defensa de un acusado, producirá efectos en el ámbito esencial o jurídico. Por ende, la prueba puesta en duda y dada la circunstancia de que produzca efectos perjudiciales, traerá consigo la necesidad de su exclusión.

Por último, es menester considerar dentro de estas posturas intermedias, la posición tomada por el derecho inglés, en el cual la forma de obtención de la prueba resulta irrelevante, a menos que estemos en presencia de la confesión del acusado, y los mecanismos de obtención digan relación con prácticas atentatorias a su dignidad de ser humano.

Lo anterior queda de manifiesto en el acta inglesa de 1984, sobre la evidencia criminal, señalando; que la confesión debe ser voluntaria, y se entenderá por ésta:

*“Las que no han sido obtenidas mediante tortura, amenazas, promesa de cualquier ventaja, incluido en ciertos supuestos, la obtención rápida de la libertad o el establecimiento de una fianza.”* <sup>44</sup>

## **Momento de Producción de la ilicitud**

Se distinguen dos momentos, en los cuales la ilicitud de la prueba suele hacerse presente dentro de un proceso, estos son:

<sup>43</sup> Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal” Editores Rubinzal- Culzani, año 2002,p 637.

<sup>44</sup> Barja López, Jacobo. “Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida”, Ediciones Akal SA. Año 1989.p 112.

**1.- Ilícitud extraprocésal:** es aquella ilicitud cometida, fuera del ámbito propio y estricto del proceso, específicamente al momento de la obtención de la prueba. Es por ello que tiene relación directa, con el accionar de las policías y los métodos de investigación desplegados en pos de la recopilación de antecedentes de relevancia jurídica para ser aportados al proceso.

En este primer momento, se suscita la duda acerca de esclarecer, ¿si sólo es aplicable dicha circunstancia de obtención de prueba al actuar de los funcionarios públicos?. Al respecto, el profesor Español, Manuel Miranda Estrampes, sostiene: “*El tratamiento debe ser el mismo con independencia de quien o quienes lleven a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba. A estos efectos carece de importancia el carácter de la persona que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita.*”<sup>45</sup>

De este primer momento de producción de la prueba, queda en evidencia, que la forma de obtención determina el grado de ilicitud que afecta a los antecedentes recabados, resultando indiferente si quién lleva a cabo tal labor, tiene la calidad de funcionario público o la de un simple particular.

De esta forma, se resguarda y se da un carácter amplio a la garantía del derecho a la prueba no afecta a vicio alguno.

**2.- Ilícitud Intraprocésal:** *La ilicitud intraprocésal es aquella, que afecta a un acto procesal, es decir cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del inculcado de medios coactivos).*<sup>46</sup>

El nombre intraprocésal viene dado, por suscitarse la prueba, dentro del proceso ya iniciado. Dicha característica, va necesariamente de la mano de un control mucho más severo, pues están en plena aplicación el conjunto de garantías que amparan al imputado.

Es así, que el deber de controlar la prueba ilícita dentro de la investigación en curso, recae directamente sobre el juez de la causa, quien deberá hacer uso de todos los instrumentos que la ley le otorga con miras a evitar que la prueba, supuestamente ilícita, produzca algún efecto en la investigación en curso.

A modo de conclusión de este capítulo, quisiera señalar; que de estas tres posturas así como del análisis de los momentos de ilicitud, he logrado desprender la idea que más se acomoda a un derecho moderno de corte democrático y a tono con los principios enunciados en la introducción de esta memoria.

Y esto básicamente, consiste en entender que la actividad probatoria se encuentra absolutamente ligada con el respeto de las normas procesales, constitucionales y penales, que regulan la realización e introducción de material probatorio al proceso. Si esto fuese así, sin duda que la prueba ilícita podrá ser abordada de la forma más correcta

<sup>45</sup> En “El Concepto de Prueba ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal”, de Manuel Miranda Estrampes, Ed. Bosh Editor, 1999, Barcelona, p27.

<sup>46</sup> Ibid.ob.cit.supra. p 29

y satisfactoria posible.

# CAPÍTULO TERCERO

## Posible Solución

**Se desprende muy claramente tanto de lo expuesto en el primer capítulo, como en los antecedentes históricos de la prueba ilícita, que la forma de abordar la existencia de ella en el proceso penal, por la jurisprudencia extranjera, ha sido la de su exclusión.**

Exclusión, que se erige en manifestación del límite que las garantías constitucionales imponen a la actividad probatoria, *de ahí la derivación de lo que se denomina regla de exclusión probatoria, según la cual, debe ser excluido para su valoración, cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción.*<sup>47</sup>

Esta doctrina tiene por fundamento, que el accionar del Estado en cuanto al ejercicio de la actividad punitiva, se encuentra limitado por un estándar ético<sup>48</sup>; que debe inspirar

<sup>47</sup> Jauchen, Eduardo. "Tratado de la Prueba en Materia Penal" Rubinzal- Culzani Editores, 2002. p613.

<sup>48</sup> Que en el caso, del ordenamiento jurídico Constitucional Chileno viene dado, por el catalogo de garantías establecidas, en el Capitulo Tercero de nuestra Constitución sobre Derechos y Deberes Constitucionales, específicamente en el artículo : 19 n°1, 2, 3, 4, 5 y 7.

su actuar, en pos del establecimiento de una responsabilidad penal. Esta posición, se ve reflejada en las palabras del profesor chileno Héctor Hernández Basualto, cuando señala:

*“El fundamento de la exclusión de la prueba ilícita en el proceso penal es uno esencialmente ético, antes que utilitario, y está referido a la legitimidad de la acción estatal. 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”*<sup>49</sup>

En un mismo sentido, han sido esbozados por la doctrina extranjera una serie de argumentos a favor y en contra de la existencia de la exclusión probatoria, tales son:

## **Argumentos a favor de la Regla de exclusión.**<sup>50</sup>

### 1.-La promoción de resultados precisos

Según éste, la razón por la cual la exclusión probatoria opera, radicaría en la inseguridad en cuanto al nivel de convicción que conlleva el aportar al proceso, una prueba no obtenida con los debidos resguardos legales.

Lo anterior se traduce en que la prueba afecta a ilicitud, carece de la verosimilitud necesaria, que requiere el tribunal; para arribar a un convencimiento preciso sobre lo acontecido.

Es por ello que admitir una prueba en tales condiciones, supondría aceptar un estado de incertidumbre, que impediría al juez de la causa un fallo certero y con estricto rigor, a prueba obtenida respetando todos los estándares y mecanismos de control establecidos.

### 2.-Cuestión ética e integridad judicial

Esta posición tiene sustento en la jurisprudencia de los Estados Unidos, entre otros la encontramos, en *Olmstead contra U.S*, fallo en el que se expresaba:

*“Que en un gobierno de leyes, la existencia del gobierno será puesta en peligro si falla en observar la ley escrupulosamente...El crimen es contagioso. Si el gobierno se vuelve un infractor a la ley creará desprecio por la ley... invitará a la anarquía”*<sup>51</sup>.

Lo que se persigue en estricto rigor, con el criterio de la integridad judicial<sup>52</sup>, es evitar que los funcionarios públicos llamados a resolver contiendas entre los ciudadanos; se encuentren afectos a algún tipo de cuestionamiento por la opinión pública. Cuyo

---

<sup>49</sup> Basualto Hernández, Héctor. “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno” en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado, p 60 y 61.

<sup>50</sup> Hairebedián, Maximiliano “Eficacia de la Prueba Ilícita Y sus Derivados” Ed. Ad hoc Argentina Año 2002 p 41 y ss.

<sup>51</sup> Vid. Hairebedián, Maximiliano “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivados” Ed. Ad hoc Argentina Año 2002 p 43.

fundamento radique, en la utilización de medios probatorios ilícitos para dictar sus sentencias. Con la exclusión de dicho material, se evita tal crítica y se reivindica la legitimidad que los jueces necesitan para poder dictar sus decisiones.

La idea anterior se reitera en el caso Elkin contra los Estados Unidos de 1960, en donde la Corte Suprema sostuvo:

*“Que la exclusión de prueba ilícita tenía como razón el imperativo de la integridad judicial, por el hecho de que el uso de evidencias de este tipo por parte de los tribunales es indebido.”*<sup>53</sup>

Este segundo argumento a favor de la exclusión probatoria, deja muchas dudas, pues no ataca al mal en sí sino a sus efectos, preocupándose exclusivamente de evitar, que la autoridad judicial caiga en desprestigio frente a la ciudadanía, sin colocar acento en el verdadero significado y trascendencia de excluir la prueba ilícita de un proceso.

### 3.-Función Preventiva

Por su parte este nuevo argumento, tiene por imperativo evitar la comisión de nuevas irregularidades en el ámbito probatorio, a través de la aplicación de sanciones a quienes incurran en ellas, y es posible verlo funcionar a través de dos mecanismos, el de disuasión y el de educación.

a. -La disuasión: persigue que la conducta de las policías se someta al respeto de formalidades, relacionadas directamente con el apego a las garantías constitucionales y legales de los acusados. Haciéndoles presente que cualquiera sea la infracción que afecte a tales normas, traerá aparejado como resultado, la invalidación de la prueba obtenida y con ello la posible liberación de total culpabilidad del supuesto responsable.

b. -La función de educación: versa sobre la expectativa, de que los diversos agentes que operan dentro del ámbito del procedimiento penal, internalicen la idea de que el respeto a las formas, implica a la larga un bien, que es el establecimiento de una posible verdad a través del uso de la prueba obtenida por ellos, por sobre un mal, constituido por la inutilización de la prueba aportada, por haberse obtenido mediante prácticas ilegales.<sup>54</sup>

Este fundamento ha sufrido una evolución, pues en un principio se señalaba que este sólo hacía referencia a las policías, pero más tarde en un desarrollo mayor, se lo hizo extensivo a todos los que operan dentro del procedimiento.

<sup>52</sup> En el mismo sentido Marcelo Midón, citando un fallo de los tribunales de Canadá señala: *“Cuando un tribunal llegue a la conclusión de que la prueba fue obtenida de manera que infringió o desconoció derechos o libertades garantizadas por la Carta Magna, la prueba quedará excluida sino se establece, que teniendo en cuenta todas las circunstancias, su admisión en el proceso repercutirá en el descrédito de la Administración de Justicia.”* En “Pruebas Ilícitas” Ed. Jurídicas Cuyo, 2002, Argentina, p103.

<sup>53</sup> Vid. Ob. Cit .supra en nota 40. p 43

<sup>54</sup> Esta idea ha sido consignada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al advertir: *“A largo plazo la exclusión de prueba ilícita pueda demostrar la seriedad con la cual la sociedad considera el actuar ilegal de las fuerzas del orden y esto puede hacer que los policías incorporen los requerimientos legales inconscientemente en su sistema de valores”* Vid.Hairebedián, Maximiliano “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivados” Ed. Ad hoc Argentina Año 2002 p47.

Por su parte, hay quienes cuestionan ambos mecanismos, sustentando su posición crítica; en lo ilusorio que resulta pensar, que los policías al inicio de un procedimiento criminal, han de obrar teniendo en consideración el deber de respeto a las formas, pues al comienzo, se ve muy lejana la posibilidad que el hecho investigado llegue a un juicio criminal propiamente tal, de ahí que imponer restricciones de carácter absoluto al empleo de métodos reñidos con la legalidad vigente, sólo constituiría un mero anhelo.

En sentido contrario se puede argumentar, que el respeto a tales mecanismos desde un comienzo de la investigación penal, redundará en un éxito mayor de la consideración por parte de los funcionarios policiales, de las garantías de todo imputado.

#### **4.-Remedio contra las actividades incorrectamente realizadas**

Esta posición consiste, en retrotraer al perjudicado por la valoración en juicio de una prueba ilícita, a un estado anterior a la producción del perjuicio, excluyendo de esta manera la prueba causante del tal daño.

La principal crítica de la cual ha sido objeto este argumento, consiste en sostener; que en ciertos litigios, aceptar la procedencia de esta idea, podría constituirse en un remedio excesivo. Pues eventualmente podría resultar beneficiado con el efecto retroactivo, un delincuente cuyo delito quedaría sin sanción, pese a existir elementos de convicción que lo incriminan.

Todo ello, si la evidencia en su contra se obtuvo ilícitamente, lo cual la privaría de valor alguno, liberando al presunto responsable de total culpa.

En un tono no menos importante, se cuestiona también a éste, en base a la existencia de cierto tipo de perjuicios, en que aún retrotrayendo a la parte afectada a un estado anterior a la comisión de dicho mal, el daño persistiría, como por ejemplo, la obtención de prueba ilícita infringiendo groseramente la vida privada del acusado.

El daño en tal circunstancia, y dependiendo del nivel de intromisión al cual se vio expuesto el afectado, sobreviviría en la esfera psicológica de aquél, haciendo imposible su remedio con la simple exclusión de prueba afecta a ilicitud.

#### **5.-Derivación implícita de las garantías constitucionales**

Ésta se sustenta en el respeto que debe existir en el sistema jurídico a los derechos fundamentales de todo ciudadano, de esta forma, se evita que cualquier persona pueda verse expuesta a un proceso criminal carente de toda garantía, derivándose toda exclusión probatoria, de la prohibición que surge del conjunto de garantías constitucionales de que goza todo ciudadano en un proceso criminal.

En tal hipótesis, la justificación de la exclusión, se encontraría en las bases mismas del sistema jurídico, en este sentido el Tribunal Superior Alemán, expone:

*“El objetivo del proceso penal propio de un Estado de Derecho, es proceder contra el inculpado sólo de forma respetuosa con su dignidad humana, garantizando por tanto, aquellos derechos y libertades, y respetando su personalidad. La prueba que viole los derechos más fundamentales de la persona debe ser excluida con indiferencia de la gravedad de la acusación.”*<sup>55</sup>

<sup>55</sup> En “Pruebas Ilícitas” de Marcelo S. Midón. Ed. Jurídicas Cuyo, 2002, Argentina, p101



Esta argumentación pese a lo breve, resulta ser a mi juicio la más convincente, ya que si un sistema,<sup>56</sup> se construye sobre la base de principios, cualquier infracción a tales premisas se constituiría en un riesgo a la sobrevivencia del propio sistema en uso.

La circunstancia anterior resulta inaceptable si asumimos como premisa básica, que todo acto que vulnere la dignidad del ser humano infringe el Ethos del Constitucionalismo.

Y por lo mismo, y en conclusión, cito las palabras del Profesor Argentino Marcelo S. Midón:

*“Es posible afirmar que toda vez, que una prueba que sirva para verificar la comisión de un delito, sea obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales establecidos por la Constitución, fronteras de garantía dadas en función de valores que el constituyente juzgó supremos e inquebrantables, tales como la dignidad del individuo y los atributos que de ella derivan, dicha prueba resultará procesalmente inadmisibile y por consiguiente, deberá ser apartada o excluida como elemento de juicio. Palabras más, palabras menos, lo antes dicho refleja la noción de la llamada máxima o regla de exclusión.”*<sup>57</sup>

## Argumentos en contra de la Regla de exclusión<sup>58</sup>

### 1.-La búsqueda de la verdad justifica el empleo de cualquier medio

Este argumento se sostiene, en la premisa de que la verdad material como objeto del proceso debe primar siempre sobre la verdad formal acreditada durante éste. Por ende cualquier mecanismo que permita el esclarecimiento absoluto de lo acontecido, resulta ser totalmente aceptable.

Ante tal visión, cualquier tipo de irregularidad que afecte el material probatorio resulta insignificante, sí el objeto de la investigación se logra finalmente.

Para los partidarios de tal postura, *el fin ennoblece la utilización de cualquier medio probatorio.*<sup>59</sup> Así Muñoz Sabate, se pronuncia diciendo:

*“Que la justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado a propósito.”*<sup>60</sup>

<sup>56</sup> “Un ordenamiento es un sistema, en cuanto todas las normas jurídicas del ordenamiento se derivan de algunos principios generales (dicho de otra forma principios generales del derecho) considerados del mismo modo que los postulados de un sistema científico” En Bobbio, Norberto “Teoría General del derecho” Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1997 p 181.

<sup>57</sup> En “Pruebas Ilícitas” de Marcelo S. Midón. Ed. Jurídicas Cuyo, 2002, Argentina, p49.

<sup>58</sup> *Ibid.* p 73 y ss.

<sup>59</sup> *Ibid.* p 74.

## 2.- La exclusión entorpece el accionar de la justicia

Según esta idea, cualquier exclusión de material probatorio entorpece el accionar de la justicia. Lo cuál provoca como resultado un perjuicio, que trae aparejado, la impunidad de los delincuentes y un menoscabo, tanto de la seguridad como del valor que la actividad de los tribunales adquiere ante la opinión pública. Sosteniéndose en esta postura, que sólo será necesario como correctivo de nuevas irregularidades, el castigo a los infractores, sin excluir en ningún caso la prueba obtenida.

Esta segunda objeción, resulta ser la reiteración del argumento esgrimido en el número uno, pero trasladado al ámbito jurisdiccional.

En contra de ella, se manifiestan autores como Vigoreti, quien señala:

*“Que es un remedio insuficiente para la defensa de los derechos del individuo el sostener que basta con castigar al infractor, pero que sin embargo puede, pese a ello, admitirse la prueba”*<sup>61</sup>

## 3.- El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado

Establece una relación entre la actividad del investigador y el ilícito investigado. Preguntándose sobre la posible invalidación de uno en razón del otro, hipótesis que finalmente descarta. Porque, si bien el policía pudo haber incurrido en prácticas atentatorias contra la dignidad de una persona; ya sea por medio de la tortura, tratos crueles o incluso haber intervenido en la intimidad del sujeto afectado sin orden judicial alguna. A modo ejemplar podemos mencionar los tan frecuentes registros domiciliarios, detenciones, intervenciones telefónicas, entre muchas otras prácticas.

La equiparación del delito investigado, versus el conjunto de conductas irregulares desplegadas por la policía en la investigación realizada, no debe en caso alguno significar la subsanación de uno en vistas de que el otro ha obrado ilícitamente a su vez. Por el contrario, ambas actividades (el delito, y los métodos espurios usados en la investigación), deben provocar un total rechazo. Por ello, es ineludible establecer grados de independencia, entre la actividad investigativa y la prueba obtenida en aquéllas, pues nunca se debe olvidar que tales medios de prueba se obtuvieron con miras a establecer la perpetración de un crimen.

Tal postura es inaceptable desde la perspectiva inicial sentada en esta memoria, pues constituye un quebranto a lo más esencial del ordenamiento jurídico, retrotrayéndonos al viejo adagio de que el fin justifica todos los medios.

## 4.- El alto costo social de la exclusión

La exclusión probatoria, trae aparejado consigo un alto costo, en lo concerniente al nivel de confianza, que el ciudadano común, ha puesto en las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de las normas penales que lo rigen. Pues sólo debilita las instituciones de la pena y el efecto disuasivo asociado a ella.

<sup>60</sup> Ibid ob cit p 75.

<sup>61</sup> En “Pruebas Ilícitas” de Marcelo S. Midón. Ed. Jurídicas Cuyo, 2002, Argentina, p 76

Puesto que si el delincuente, no recibe su castigo por el excesivo celo en el respeto de sus garantías, la sociedad como conjunto desaparecería ante el quebranto paulatino de sus normas penales, haciendo de todo el aparataje persecutorio un esquema ilusorio. Y por ello, al rechazarse la exclusión como solución *“el juez se limita a ejercitar adecuadamente el derecho de la sociedad a defenderse del delito y que es consecuente con el deber de los magistrados, el de resguardar la razón de la justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”*<sup>62</sup>

### 5.- El falso efecto persuasivo

Es falso creer que la exclusión de prueba, traerá consigo la adecuación de la conducta de los policías a patrones de legalidad básica a la hora de recabar antecedentes probatorios, pues lo que éstos hacen, es simplemente poner lo obtenido en la investigación a disposición del tribunal, el que luego de su análisis y ponderación decidirá si ha de ser valorado o excluido de la causa Resultando inoficioso por ende, pretender darle un carácter disuasivo a la regla de exclusión, sobre el actuar de las policías en la búsqueda y recaudo de medios de prueba, siendo el real perjudicado el fiscal del Ministerio Público, sobre el que pesará la consabida imposibilidad de hacerlos valer en juicio.

Todos y cada uno de los argumentos antes esgrimidos en contra de la regla de exclusión, dejan entrever un hilo conductor común, que consiste en la sentencia *de que la verdad debe ser impuesta, a cualquier precio.*

Idea, que hace a estos absolutamente endebletes ante todo aquel que sustente la postura contraria, aceptando la regla de exclusión de la prueba ilícita, y basado siempre, en un estándar ético mínimo, subyacente en el Ordenamiento Jurídico e inspirador de cada una de sus normas.

Por lo anterior, es que traigo a la vista las palabras de Claus Roxin quién nos dice:

*“El esclarecimiento de hechos punibles, no sujeto a límite alguno, entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal esta impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”.*<sup>63</sup>

En el mismo sentido Marcelo Midón, nos dice en una forma muy poética: *“El derecho tiene en la ética el más firme valuarte, que cual brújula para el navegante, guía su accionar por los mares del mundo”*<sup>64</sup>. A lo que me gustaría agregar humildemente, y en el mismo tono, que tal guía nos impide ver la oscuridad, que a cada nuevo avance, aparece ante nuestros ojos, en la forma de abismos insalvables en apariencia, pero que con el pasar del tiempo y ante la sensibilidad propia de quién persigue la luminosidad de la verdad; es que la moral se asimila a la estrella, que ilumina nuestro camino, en pos de la

<sup>62</sup> ibid. Ob. Cit p 78.

<sup>63</sup> Roxin, Claus “Derecho Procesal Penal” , Traducción de la edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, año 2000, p191.

<sup>64</sup> En “Pruebas Ilícitas” de Marcelo S. Midón. Ed. Jurídicas Cuyo, 2002, Argentina, p 80.

mujer, que juega con el equilibrio, de dos ideas en sus manos.

# CAPÍTULO CUARTO

## A. La Prueba Ilícita Derivada

Hasta esta parte de la investigación, nos hemos abocado al estudio y exposición, tanto de la prueba ilícita como de la regla de exclusión. Exponiendo sus características, así como un sinnúmero de opiniones doctrinarias a favor y en contra de su aceptación en el proceso.

Tales ideas sin embargo, llegado el momento, han de ser puestas en duda por tener que enfrentarse al dilema de pronunciarse acerca, de un especial tipo de prueba en apariencia ilícita, pero que en razón de diversas argumentaciones puede dejar de serlo.

A modo ejemplar, *“un detenido revela en un interrogatorio en el que se violan los derechos fundamentales, dónde se encuentran el arma y el botín procedente del robo. El arma y el botín son hallados en el escondite revelado en el interrogatorio, en el interior del domicilio del acusado, durante una entrada y registro realizada con mandamiento judicial. En el arma se descubren las huellas dactilares del acusado y se acredita pericialmente que se trata del arma utilizada para cometer el delito.”*<sup>65</sup>

En este ejemplo, queda muy clara la existencia de dos momentos muy definidos, el

---

<sup>65</sup> Vid. “ Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida”. De Jacobo López Barja, Ed.Akal SA, 1998, p115.

primero absolutamente ilícito y el segundo si lo analizamos desde el orden judicial en adelante, totalmente apegado a la legalidad.

De lo anterior surgen ciertas interrogantes, entre ellas: ¿si no se hubiesen infringido los derechos fundamentales del acusado en el interrogatorio, se hubiera contado con la información para encontrar el arma y los efectos del delito?, y así mismo ¿es comunicable la ilegalidad del interrogatorio a las diligencias de prueba llevadas a cabo a posteriori?.

Tales disyuntivas, han abierto un foco de discusión en la doctrina, existiendo opiniones diversas respecto de este tema, como por ejemplo:

Cordero, *“Se opone radicalmente a admitir que la inadmisibilidad de una prueba se extienda a las sucesivas que traen causa de la primera; salvo in bonam partem, ya que, termina diciendo, la declaración de inocencia de un inculpado es demasiado importante para ser sacrificada a los ídolos del procedimiento”*<sup>66</sup>

De Marino, *“Considera que es necesario encontrar una solución, que respetando los valores garantizados por las prohibiciones probatorias, no límite excesivamente el derecho a la prueba. En esa línea, entiende que la solución puede hallarse, distinguiendo el fundamento de las normas violadas. Si la finalidad de la prohibición, puede obtenerse limitando la ineficacia a la misma, serán válidas las pruebas indirectamente derivadas.”*<sup>67</sup>

Pastor Borgoñón nos dice: *“No esta claro, que se deriven también efectos respecto a actos que jurídicamente, son totalmente independientes de los primeros; no admitir un medio de prueba al proceso, porque el acto de recogida de la fuente es nulo es una cosa, pero no admitirlo por el hecho de que, siendo totalmente válida la conducta de recogida de la fuente probatoria, la información que pudo haberla motivado se haya obtenido, como consecuencia de una actuación atentatoria contra un derecho fundamental es otra distinta.”*<sup>68</sup>

Como es posible desprender de estas opiniones, el tema no finaliza a través de una única respuesta. Por lo mismo, y ante la posibilidad de vernos ante la decisión de tener que pronunciarse acerca de la licitud o ilicitud de una prueba, por su especial relación con un antecedente inválido. Es que se han esbozado una serie de argumentos, que nos permiten distinguir, si estamos o no ante la prueba ilícita derivada, o más correctamente, y respetando el término original, un fruto del árbol venenoso.

## **A.1 Argumentos Que Hacen Posible la Distinción**

---

### **La fuente independiente**

En palabras de Maximiliano Hairebedián, *“la excepción de la fuente independiente funciona cuando al acto ilegal o a sus consecuencias, se puede llegar por medios probatorios legales presentes, que no tienen conexión con la violación constitucional. Es*

<sup>66</sup> Vid.ob.cit supra p116.

<sup>67</sup> Ibid.p117

<sup>68</sup> Ibid.p 117.

*decir, que suprimiendo hipotéticamente el acto viciado se pueda igualmente arribar a sus consecuencias por vías legales independientes.*<sup>69</sup>

Resulta evidente la forma en la cual tal distinción, apunta a establecer que en la especie, no estamos ante una prueba ilícita derivada, pues hay desconexión causal entre un antecedente, y una consecuencia que no es resultado directo del primero.

En el mismo sentido, el Profesor Héctor Hernández Basualto, distingue previamente, entre dos instantes con respecto a la comisión y configuración de la prueba ilícita, estos son:

Evidencia obtenida con anterioridad al acto ilegal

Con el fin de mostrarnos este primer momento el autor, nos da como ejemplo; un allanamiento debidamente autorizado en la casa del imputado y fruto del cual, *“la policía descubre un diario, donde se menciona a un testigo presencial del delito; posteriormente, la policía vuelve a entrar a la casa del imputado pero ahora en forma ilegal, y encuentra otros documentos que también dan cuenta de la existencia del mismo testigo”.*<sup>70</sup>

El Profesor Hernández Basualto, ante tal ejemplo, concluye; que el nombre del testigo no podría considerarse un fruto del allanamiento llevado a cabo en forma ilegal, pues se obtuvo, en uno efectuado con total apego a la legalidad vigente. A partir de lo anterior, realiza una clara distinción en lo concerniente al grado de conexión entre la recopilación del medio de prueba y la legalidad del proceder policíaco.

Evidencia obtenida en forma posterior al acto ilegal

A este respecto, el autor en comento, propone como forma de abordar tal disyuntiva la distinción caso a caso, pues no puede sostenerse que por el sólo hecho de encontrarnos antes una prueba ilícita, todo lo proveniente de ésta por tal circunstancia, ha de ser considerado como carente de todo valor, pues si así se obrase, sólo se obtendría la impunidad del imputado, sin siquiera proceder al análisis acabado del material probatorio existente en su contra.

De lo expuesto resulta evidente, que el autor deja abierta la posibilidad de acoger la prueba ilícita derivada, siempre y cuando se logre acreditar con argumentos de peso, la existencia de matices que aligeren a la prueba ilícita derivada de esa particular carga de ilegalidad originaria.

El Tribunal Supremo Español por su parte, ha aplicado la noción de fuente independiente, afirmando en un fallo de 1994:

*“Que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas.”*<sup>71</sup>

Por su parte Marcelo Midón sostiene que para estar en presencia de una fuente

<sup>69</sup> En “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, de Maximiliano Hairabedián, Ed Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, Argentina. p 67.

<sup>70</sup> Basualto Hernández, Héctor. “ La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno” en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado, p22.

independiente, es necesario verificar previamente si estamos ante un cauce de investigación distinto, producto del cual, podamos obtener como resultado la convicción de que la prueba puesta en duda, podía ser adquirida mediante el uso de fuentes disímiles de la afecta a ilegalidad.

En sus propias palabras: *“Para que este límite sea operativo, se requiere de la asistencia de dos elementos: a) Que exista una fuente autónoma de investigación, es decir, una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales; y b) Que ese cauce independiente brinde razonable seguridad o certeza.”*<sup>72</sup>

De lo anterior se colige, que al estar en presencia de una fuente independiente, nos encontramos ante una prueba obtenida, con total autonomía de un vínculo causal con la eventual prueba ilícita existente en el proceso; ya sea, por haber seguido rumbos investigativos diferentes, o bien por haberse llegado a ella a través de medios lícitos, sin antecedentes en un momento anterior viciado.

### **El descubrimiento inevitable**

A diferencia de la causa independiente, en la cual se presentan cauces distintos de investigación, así como prueba obtenida en total desconexión con una ilícita. En el caso del descubrimiento inevitable, basta sólo con la mera representación hipotética de la posibilidad de establecer el hecho investigado, sin que sea necesaria la existencia de una relación de certeza con una realidad actual.

Por lo mismo Marcelo Midón, expresa:

*“ En virtud de ella no se reconocen efectos reflejos a la prueba ilícita, en aquellos supuestos en que los datos adquiridos a través de la misma, se hubieren descubierto por otros medios legales durante la investigación en curso. En otras palabras, cuando la prueba ilícitamente obtenida, por sus características, no podía permanecer indefinidamente oculta y más tarde o más temprano, habría sido encontrada.”*<sup>73</sup>

Ejemplos de ella hay varios, como el que opuso a Nix Contra William en los Estados Unidos el año 1984, es uno de ellos pues: *“la policía en violación del derecho que establece la sexta enmienda, de ser asistido por un abogado, obtuvo del acusado información incriminatoria, induciendo a este que le dijera el paradero del cuerpo de la víctima”.*<sup>74</sup>

En este caso, si bien se obtuvo la información sobre el paradero del cuerpo de la

---

<sup>71</sup> Eduardo De Urbano Castillo, y Miguel Ángel Torres, en “ La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial” Ed. Aranzadi, Navarra, España, año 2000, p 44.

<sup>72</sup> Midón, Marcelo Sebastián. “Pruebas Ilícitas Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” Ediciones jurídicas Cuyo, año2002, Argentina, p184.

<sup>73</sup> Véase, “Pruebas Ilícitas Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” Ediciones jurídicas Cuyo, año2002, Argentina, de Marcelo Sebastián Midón. p200.

<sup>74</sup> Vid. “ Understanding Criminal Procedure” de Joshua Dressler, Ed.Lexis Nexis, 2002, p 417.



víctima, con previa infracción a la garantía del derecho de defensa del acusado. Esta igualmente habría sido hallada, pues en el lugar en que se encontraba ubicada; existía la presencia de varias patrullas policiales, las cuáles sometieron el terreno a exhaustivos rastreos. Por todo ello es factible inferir, la existencia de una posibilidad cierta, que el cadáver de todas formas habría de ser encontrado.

Otro ejemplo de ella y aún más clarificador, sucedió, en la ciudad Argentina de Córdoba el año 2000, en el caso denominado Luna <sup>75</sup>.

En este proceso los tribunales de dicho país, valoraron la prueba proveniente de avisos anónimos de testigos, que en cuanto a su origen resultaban ser inciertos. Tal información, permitió a los policías tomar detenidos a los acusados, bajo el cargo de robo de vehículos, y conjuntamente proceder a incautar los automóviles.

La Corte, valoró el secuestro de los vehículos teniendo en consideración, que si bien, existía algún grado de incertidumbre en los testimonios iniciales, de los cuáles se derivaron indicios sobre el delito cometido. La posibilidad de que tales vehículos fueran confiscados en un futuro control policial resultaba ser bastante alta, y por lo mismo, la valoración de la prueba obtenida sólo sería una forma de adelantarse a un hecho, que de todas maneras habría de acontecer.

### **La Buena Fe**

Otro argumento que nos ayuda a distinguir sobre la presencia de la prueba ilícita derivada, es el de la buena fe; cuyo contenido, viene dado por la jurisprudencia norteamericana. Ésta, la ha circunscrito al actuar de los policías en una diligencia de investigación, preguntándose en cada caso, si el agente policial en cuestión, actuó de buena o mala fe.

A modo ejemplar y para ser más claros:

Un policía irrumpe en una casa, motivado por los gritos desesperados que de ella provienen, ingresa rompiendo una puerta; al entrar se da cuenta, que la algarabía es producto de una fiesta realizada por universitarios. Luego pregunta por el dueño de casa, en eso, posa su mirada en el piso, y nota la existencia de cigarrillos de marihuana, por lo que procede sutilmente a revisar la casa, encontrándose en un jardín interno, una plantación de cannabis sativa.

Las preguntas inmediatas, que surgen de tal ejemplo son las siguientes: ¿Es válida la prueba obtenida (la marihuana y los elementos para su cultivo) si el allanamiento no estaba acompañado de autorización judicial alguna?. ¿Bastaba la mera posibilidad del ilícito flagrante contra una persona, (dado por el antecedente, de los gritos) para entrar?.

A estas dos interrogantes, se agrega una tercera, motivada por el caso de una orden judicial, que adolezca de defectos formales, y que lleve a un agente oficial a obrar más allá de lo debido, ya sea en la persona del imputado o sobre sus bienes.

Ante estas dudas, hay quienes esgrimen; como necesaria la existencia de antecedentes objetivos que motiven una actuación de este tipo <sup>76</sup>, tal antecedente objetivo vendría dado por una orden judicial. Sino fuese así, en ninguna circunstancia

<sup>75</sup> Vid. Ob cit. De Maximiliano Hairebedián. p 73 y ss.

debería ser aceptada la buena fe como excepción a la prueba ilícita.

Otros por su parte, van más allá y señalan: *“Si por un error material se allanó un domicilio distinto, la buena fe del funcionario actuante podría eximirlo de responsabilidad penal, pero no puede admitirse como argumento para convalidar el allanamiento irregular. Justificar la violación a normas constitucionales, porque ellas obedezcan a errores materiales, o se practiquen de buena fe, importaría una peligrosa interpretación en orden al funcionamiento práctico de aquellas, que por su naturaleza objetiva, son indiferentes al motivo de su vulneración, o al estado de animo de sus ejecutores. La Tutela constitucional a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, no quedaría satisfecha suficientemente, con la mera anulación del acto de allanamiento, si se admitiera la validez del secuestro, de efectos practicado en su transcurso”*.<sup>77</sup>

En uno y otro caso, queda claro como la buena fe no resulta ser un argumento lo suficientemente sólido, a la hora de esbozarla como fundamento a la aceptación de la prueba derivada de una ilícita.

#### **4. El tinte diluido o vínculo atenuado**

Dentro de este razonamiento, correspondería aceptar la prueba derivada de una ilícita, siempre y cuando la relación de distancia entre la primera y la segunda; sea lo suficientemente amplia como para lograr, que el tinte de ilicitud de la primera desaparezca absolutamente en la segunda. Esto se logra generalmente, a través de sucesivos actos legales, realizados entre ambas.

El Profesor Héctor Hernández Basualto<sup>78</sup>, nos entrega una serie de criterios orientadores, con miras a discernir cuando estamos ante una prueba ilícita derivada con vínculo atenuado, tales son:

Proximidad temporal: *Mientras más breve sea el tiempo que media entre la ilegalidad y la obtención de la prueba, mayores posibilidades existen de que ésta sea declarada viciada.*

Extensión de la cadena causal: *Mientras más factores intervengan entre la ilegalidad inicial y la incautación de la evidencia, más posibilidades existen de la admisibilidad de la evidencia. Mientras más alejada de la ilicitud se encuentre la evidencia, es menos probable que la policía la entienda como un fruto de aquélla, con lo que se reduce el efecto disuasivo de la exclusión.*

Acto libre de voluntad: *La intervención de un acto libre de voluntad puede purgar el vicio.*

Gravedad e intencionalidad de la ofensa: *A mayor gravedad de la ofensa y menos*

---

<sup>76</sup> Sea un allanamiento o diligencia similar de investigación

<sup>77</sup> En este sentido los Tribunales de la Ciudad de Córdoba .En “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, de Maximiliano Hairabedián, Ed Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, Argentina. p 84.

<sup>78</sup> Basualto Hernández, Héctor. “La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno” en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado, p25 y ss.

*accidental sea ésta, mayor debe ser el efecto disuasivo y mayor el alcance de la regla de exclusión.*

Naturaleza de la evidencia derivada: *Cierto tipo de evidencia es, por su propia naturaleza, más susceptible de saneamiento que otra. Sería más fácil sanear la prueba testimonial, que la prueba material, por dos razones: primero, porque los testigos suelen aparecer por su propia voluntad, en tanto que los objetos inanimados deben ser descubiertos por otros; y segundo, porque las probabilidades de obtener prueba testimonial por medios legales son mayores, razón por la cual la policía tiene menos incentivos para violar la Constitución en orden a obtener su testimonio.*

### **5. El principio de la proporcionalidad**

La proporcionalidad entre diversos bienes jurídicos, y su relación con el quebranto de garantías fundamentales, es lo que trae a colación este principio, pues consiste en plantearse la posibilidad de aceptar medios ilícitos, para lograr un fin deseable, por medio del uso de prueba ilícita derivada.

Un ejemplo revelador, es el siguiente: Un terrorista es detenido, y al momento de su captura, expresa que todo está listo para hacer estallar un carro del metro. La policía sin informar al juez, procede a someterlo a diversos tipos de tortura, con miras a obtener la información que evite el atentado.

Al ser torturado el detenido, entrega los datos suficientes que convencen a la policía de que está diciendo la verdad, luego de esto proceden a ponerlo a disposición del tribunal. El juez, abrumado por la información, da la orden de asistir al lugar del supuesto atentado, para revisarlo y aislar las zonas periféricas, fruto de esta labor se descubren, una serie de bombas en uno de los carros.

De este caso hipotético, se deviene un juicio posterior, en el cual se aporta como evidencia la declaración autoincriminatoria, lograda por medio de la tortura, además de los explosivos encontrados en el lugar del atentado

De lo anterior surgen las siguientes interrogantes:

¿Es posible aceptar, dicha prueba en el proceso?, ¿El fin, por más importante que sea(en el ejemplo la vida de cientos de personas) valida los medios empleados para salvaguardarlos?

Carlos Edward, sostiene que *“el criterio de proporción se nos presenta sumamente peligroso, ya que implica una verdadera desnaturalización de la prueba legal, principalmente de su fundamento ético: no puede avalarse de ningún modo la persecución penal a cualquier costo”*<sup>79</sup>

En un sentido diferente Paulí Collado nos dice: *“No puede decirse que por haberse obtenido ilegalmente una prueba referida al envenenamiento de las aguas, el juez no deba comunicarlo inmediatamente a la Sociedad de Aguas. Deben, por tanto, distinguirse entre medidas encaminadas a evitar lo que pueda ser una consecuencia grave, y la eficacia como medio probatorio en el proceso.”*<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Véase, “Pruebas Ilícitas Análisis Doctrinario y Jurisprudencial” Ediciones jurídicas Cuyo, año 2002, Argentina, de Marcelo Sebastián Midón. p118.

De ambas opiniones y teniendo en vistas el ejemplo dado al inicio, concluyo, que lo saludable ante tal principio de la proporcionalidad, es proceder a evaluar cada caso en forma particular y considerar los matices, que cada uno posea, y sólo después de eso pronunciarse a favor o en contra de la aceptabilidad como medio de prueba, del material probatorio ligado a un antecedente ilícito.

### **6. La destrucción de la mentira del imputado**

La utilización de esta idea, comenzó el año 1954, en la jurisprudencia norteamericana, en el caso que opuso a Walder contra los Estados Unidos. En éste, el fiscal sometió a interrogatorio a un imputado bajo el cargo de narcotráfico. Una de las preguntas realizadas por él, estaba destinada a saber si alguna vez el acusado había tenido en su poder drogas, para consumo o tráfico.

Al realizar la pregunta al detenido, éste señaló que nunca había tenido contacto con algún tipo de drogas. Tal respuesta, se contradecía con evidencia hallada en un caso anterior, contra el mismo acusado, por porte de drogas el año 1950, y en el cual fruto de un allanamiento sin orden judicial la evidencia no pudo usarse en el juicio.

La Corte en este nuevo proceso contra el mismo imputado, permitió el uso del antecedente de porte de drogas acontecido en el anterior juicio, pese a haber sido excluido en su oportunidad, argumentando que fue el propio acusado quien abrió la puerta al uso de prueba afecta a ilicitud, al mentir, sobre una anterior posesión de estupefacientes.

Ante tal posición se plantean dos objeciones<sup>81</sup> :

*La primera está dada, en que la excepción puede disminuir los efectos preventivos de las exclusiones probatorias, toda vez que los policías, ante la alternativa de cometer un acto inconstitucional, pueden contemplar la posibilidad de que el éxito probatorio que de él obtengan, eventualmente pueda hacerse valer para atacar la declaración en juicio del acusado.*

*La segunda radica, en que esta excepción condiciona ilícitamente el ejercicio del derecho del imputado de negar la imputación, lo cual no debería ser desalentado bajo la amenaza de usar prueba ilegal en su contra si lo hace.*

### **7. La Infracción Constitucional beneficiosa al imputado**

La exclusión de prueba dentro de un proceso, por haber sido obtenida mediante infracciones a las garantías constitucionales, admite ciertos matices, entre ellos, destaca la posibilidad de considerar la prueba ilícita derivada, por su particular carácter beneficioso respecto del imputado.

Es así, como declaraciones obtenidas, mediante apremios ilegítimos, por el suministro de drogas o sueros de la verdad, utilizadas con miras a inducir al acusado a

---

<sup>80</sup> En “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, de Maximiliano Hairabedián, ed Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, Argentina. p 94

<sup>81</sup> En “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, de Maximiliano Hairabedián, Ed Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, Argentina. p 101.

entregar los datos sobre lo ocurrido, pueden ser finalmente valoradas, cuando estas resulten ser beneficiosas, para configurar su condición de inocente.

Considerando tal posibilidad, cualquier exclusión de material probatorio beneficioso al imputado, sólo por el hecho de provenir de un origen ilícito, no es sino una contradicción; al supuesto de que todas las garantías funcionan en beneficio del imputado, al servir estas como límite al ejercicio del jus puniendi.

Pues aceptar que las garantías funcionan excluyendo todo lo que resulta perjudicial, incluso aquello que sólo lo es en apariencia, sería simplemente incurrir en una incongruencia, que carece de todo sustento, pues si bien la prueba ilícita derivada es susceptible de ser excluida por infringir las garantías de un acusado, la exclusión no se justifica si de ella se devienen efectos beneficiosos. Tal idea, se refleja fielmente en las palabras de Julio Maieral decimos: “*Que ninguna garantía opera en perjuicio del propio portador.*”<sup>82</sup>

Este principio, se desprende de nuestra legislación a partir de la lectura del art.277 del CPP, disposición que en su inciso final, establece el recurso de apelación en contra del auto de apertura, para el caso de haberse excluido material probatorio, afecto a ilicitud, sólo puede ser deducido por el Ministerio Público.

### **8. La Renuncia del Imputado**

Como último argumento en virtud del cual, podemos distinguir cuando estamos en presencia de una prueba ilícita derivada, y hacer frente a la posibilidad cierta de su aceptación, es que se nos presenta como una opción legítima; que sea el propio perjudicado de una gestión en apariencia ilícita, quién proceda a tolerar su realización, so pretexto del posible beneficio que la misma puede provocarle.

Esta renuncia se manifiesta especialmente en dos tipos de garantía, el derecho a la intimidad y a la no autoincriminación. Ambas son facetas de una misma idea, encontrándose íntimamente relacionadas si consideramos cada caso en particular en los cuales se presentan.

La duda surge, en lo concerniente al derecho a la intimidad, al situarnos, en el caso de permitir un allanamiento sin orden judicial, ¿basta la voluntad del posible perjudicado para que pueda soslayarse la existencia de una orden del juez, o en todo caso esta posibilidad de renuncia queda excluida?, y en la segunda garantía, ¿es posible que pueda renunciarse al derecho a guardar silencio, y a la presencia de un abogado defensor, cuando se someta a interrogatorios al supuesto responsable?.

En ambas hipótesis existen posiciones contrarias, para Hendler:

*“La necesidad de orden de allanamiento en los casos que prevé la ley procesal escapa a la voluntad individual siendo la garantía de inviolabilidad del domicilio uno de los pilares de la existencia misma del Estado.”*<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Ibid.ob.cit supra. p 90.

<sup>83</sup> En “Eficacia de la Prueba Ilícita y sus Derivadas en el Proceso Penal”, de Maximiliano Hairabedián, ed Ad Hoc, 2002, Buenos Aires, Argentina. p 124

En caso contrario y ante dicha posibilidad, la Corte Suprema Argentina nos dice: *“La orden de allanamiento resulta innecesaria, cuando media consentimiento válido para el procedimiento. La garantía que protege el domicilio es renunciable, por lo que no corresponde una interpretación judicial que le reste eficacia a la voluntad individual, o se afecte la libertad de decidir si se excluye o no a la autoridad que pretende ingresar. El ejercicio de la soberanía domestica es amplio y no cabe cercenarlo”*<sup>84</sup>

En la segunda hipótesis, en el ámbito del derecho a no inculparse, Claus Roxin:

*“Si un imputado no es informado sobre su derecho a consultar a un abogado, ello ocasiona una prohibición de valoración; porque la posibilidad de valerse de la asistencia de un defensor figura entre los derechos más importantes del imputado”*<sup>85</sup>

De una forma similar el Tribunal Supremo Español, en fallo de 2 de junio de 1995, ante un caso de declaración del imputado prestada sin letrado entiende: *“Que se ha provocado una situación de indefensión que debe determinar la nulidad o falta de validez probatoria de dicha declaración, incluyendo dentro del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los casos de no ser informado de sus derechos, comparecer en calidad de imputado sin ser advertido de ello ni de los derechos, que en dicha situación le asisten, y en particular cuándo no se esta asistido de letrado, ya que se trata de un derecho de todo imputado, e incluso un presupuesto imprescindible para determinadas actuaciones”*<sup>86</sup>

En un sentido contrario Francisco Javier Pascua, sostiene:

*“Que es obvio que nada impide, y ninguna norma se controvierte, cuando el justiciable voluntariamente desea declarar, ya sea que conlleve una confesión inculpativa o bien una manifestación exculpativa. Lo que se prohíbe en resguardo del imputado, es todo medio sugestivo o coactivo que limite su autodeterminación a declarar o no en el proceso.”*<sup>87</sup>

Por lo expuesto, y en razón de la existencia de posiciones contradictorias, es que la utilización de esta idea, con miras a lograr la aceptación de la prueba ilícita derivada, genera suficientes dudas, como para incluir su aplicación, en términos satisfactorios. Pues supeditar la vigencia de una garantía a la posibilidad de renuncia que pueda hacer de ella el acusado, pone en severo riesgo la vigencia del conjunto de límites que existen hoy en día, en las diversas legislaciones al ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado.

---

<sup>84</sup> Ibid p125.

<sup>85</sup> Roxin, Claus “Derecho Procesal Penal” , Traducción de la edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, año 2000, pag196.

<sup>86</sup> Eduardo De Urbano Castillo, y Miguel Angel Torres, en “La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial” Ed. Aranzadi, Navarra, España, año 2000, p 35.

<sup>87</sup> Pascua, Francisco Javier, en “Escuchas Telefónicas, Grabaciones de Audio Subrepticias y Filmaciones”, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2002, p 49.

## B. La Exclusión de la Prueba Ilícita en Chile

Habiendo tratado la prueba ilícita y la exclusión probatoria en la jurisprudencia y doctrina extranjera, se hace necesario ahora, remitirnos al análisis de nuestra propia legislación. Digo legislación, sin temor a equívoco, pues en Chile, ha sido el legislador quien ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, la regla de exclusión probatoria, mediante el establecimiento del artículo 276 del CPP

De la lectura del artículo mencionado <sup>88</sup>, no se deriva como consecuencia obvia una respuesta satisfactoria, a lo que ha de entenderse por exclusión probatoria, pues éste sólo se limita, a dar una descripción enunciativa de los casos en los cuáles opera. Por tal limitación y en pos de clarificar, el contenido de dicha idea, así como de las diversas situaciones en que se manifiesta, es que inicio el siguiente acápite remitiéndome al análisis de los casos que justifican su aplicación.

### Análisis del Artículo 276 del Código Procesal Penal.

Tal disposición se titula a su vez, como *Exclusión de pruebas para el juicio oral*. Juicio al que tiene derecho todo acusado de un delito, así lo dispone el artículo primero del Código Procesal Penal. <sup>89</sup>

La disposición en comento, considera en su inciso tercero, dos hipótesis de exclusión probatoria, estas son:

*Pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas.*

*Y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.*

Las anteriores hipótesis de exclusión, operan como justificativos de la decisión del juez de garantía, en torno a la exclusión de material probatorio del auto de apertura <sup>90</sup>. Ante la existencia de ambas causales, y con miras a dilucidar la procedencia de éstas, es que las palabras del profesor Héctor Hernández Basualto, resultan ser orientadoras, del análisis que a continuación desarrollaré. <sup>91</sup>

### 1.) Pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas

Esta primera posibilidad de exclusión de prueba; comprende aquellos casos de nulidad de actuaciones o diligencias judiciales, realizadas durante el procedimiento, y

<sup>88</sup> Nos referimos al Artículo 276 del Código Procesal Penal.

<sup>89</sup> Art. 1: Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.

<sup>90</sup> El auto de apertura es una sentencia interlocutoria, pues según lo establecido en el art.158 del CPC, se pronuncia sobre tramites que han de servir de base a una sentencia definitiva. Es de carácter declarativa y mediante ella se determina el objeto del juicio oral, su contenido, y las pruebas que se deberán rendir en él. Es susceptible de recurso de apelación, interpuesto solamente por el Ministerio Público, en virtud de exclusión de prueba ilícita o anulable. (Art.277 in fine del CPP.)

fruto de las cuales, se obtiene material probatorio afecto a algún grado de ilicitud.

Al ser estas gestiones propias de la actividad judicial, y siguiendo al profesor Hernández, quién sostiene un criterio restrictivo sobre las posibilidades de obtención de material probatorio, por parte de los jueces en la reforma, es que considero sus palabras, al decirnos:

*“Que la distribución de competencias del proceso penal, impide desplegar actividades de investigación y consecuentemente, recabar material probatorio. Por lo mismo, aún cuando existan importantes actuaciones judiciales susceptibles de ser declaradas nulas, la vinculación entre ellas y la obtención de prueba, y con ello, las posibilidades de una exclusión de prueba en esta sede, será relativamente excepcional.”*

92

Su carácter excepcional, se ve ejemplificado por el autor mediante dos situaciones, en que mediando la actividad judicial, se obtiene material probatorio eventualmente susceptible de ser anulado procesalmente, para el caso de haberse incurrido en alguna infracción.

Tales gestiones judiciales, susceptibles de originar material probatorio, son las siguientes:

- a. Las audiencias de prueba testimonial anticipada y de declaración del imputado.
- b. Y las resoluciones judiciales (autorizaciones y ordenes), emitidas en cumplimiento del artículo 9<sup>93</sup>.

Dentro de las primeras, se destaca la audiencia de prueba testimonial anticipada y la audiencia de declaración del imputado. Siendo consignado por el autor en análisis en ambas, la posibilidad de declaración de nulidad. La cuál puede provenir, de la ausencia

<sup>91</sup> *“Ambas alternativas se afincan en la ilicitud de la obtención de la prueba, lo hacen desde diversas perspectivas o niveles, una desde una perspectiva que podría calificarse de material, como es la exigencia no ya de una simple ilegalidad sino que de la vulneración de una garantía fundamental, en tanto que la otra, tiene como presupuesto un acto esencialmente formal, como es la declaración de nulidad de la actuación de base. Esta diferencia de perspectivas o niveles, permite solapamientos pero a la vez incongruencias entre ambas hipótesis, e impide reconducirlas, al menos prima facie, a un denominador común. En efecto, a primera vista podría parecer que la hipótesis de vulneración de garantías fundamentales, constituye un genero del cual el origen en una actuación nula no es más que una especie, pero tal conclusión, pasaría por alto que las reglas sobre nulidad procesal, no son tan exigentes, y que es perfectamente posible una declaración de nulidad aún cuando no se esté en presencia de una garantía fundamental amagada. A la inversa, tampoco puede erigirse en género, la cualidad de tener como antecedente una actuación nula, pues la nulidad procesal sólo procede respecto de actuaciones judiciales, en tanto que lo habitual es que la ilicitud en la obtención de la prueba sea más bien predicable de actuaciones materiales de las policías o incluso del Ministerio Público, pero no de los tribunales de justicia.”* En Basualto Hernández, Héctor. “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno” en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado, p44 .

<sup>92</sup> Vid .ob cit supra. P 45.

<sup>93</sup> Art. 9. *Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.* En Código Procesal Penal. Editorial Jurídica, año 2003.



de alguno de los intervinientes o bien de la existencia o comisión de defectos en el desarrollo de ellas.

Para el caso de las autorizaciones judiciales, Basualto hace la siguiente clasificación:

94

1. *La autorización u ordenes, en términos generales, legalmente improcedente, como sería el caso, por ejemplo de la orden de incautación de algunos de los objetos o documentos a que se refiere el art. 220, o la autorización de una interceptación telefónica.*

2. *La autorización u orden es en principio legalmente procedente, pero no se ha cumplido con algún trámite exigido por la ley para su otorgamiento, como es el caso de la autorización de la entrada y registro de un lugar que goza de inmunidad diplomática. O si fuese recabada por la policía y no por el fiscal.*

3. *La autorización u orden concedida es inobjetable desde un punto de vista formal, pero la voluntad del juez está viciada por coacción o por error, imputable o no a engaño. Es lo que ocurriría paradigmáticamente si el fiscal funda su solicitud en antecedentes falsos u omite información esencial.*

4. *Por último, la autorización u orden es formalmente inobjetable y el juez la ha otorgado con voluntad libre de todo vicio, pero no concurren los requisitos materiales que justifican otorgarla, esto es, se trata de una resolución que ex ante considerada y a la luz de los antecedentes disponibles, carece de todo fundamento y es por ende arbitraria y abusiva.*

Antes tales infracciones, todas en apariencia amparadas de cierto grado de legitimidad, por provenir de una autoridad judicial en ejercicio, la nulidad procesal se erige como correctivo de las ilicitudes cometidas, evitando con ello la aceptación y valoración de elementos de convicción.

En razón de la procedencia de la nulidad procesal, es preciso distinguir dos tipos de límites, que despejan los casos en que ésta procede, estos son de carácter material y formal.

### **Límites Materiales**

Tal límite material, viene dado por el requisito prescrito por el propio Código Procesal Penal en su artículo 159 en donde se establece, la exigencia *de un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad.*

Este requisito esencial, nos manifiesta el carácter subsidiario que la nulidad procesal posee, pues sólo procederá como último recurso con miras a subsanar el mal causado.

Dicho perjuicio existe, desde que *la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.*<sup>95</sup>

<sup>94</sup> En Basualto Hernández, Héctor. "La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno" en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado, p46 y ss.

<sup>95</sup> Art. 159. CPP.

El daño causado, puede incluso llegar a ser presumido de derecho, siempre y cuando, *la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.*<sup>96</sup>

Considerada la nulidad procesal, a partir de la concurrencia de una presunción legal, en lo concerniente al perjuicio causado, es que se nos plantea la razonable duda, sobre cual es la real diferencia entre la nulidad ya declarada en el proceso, y la exclusión como fruto de la infracción de garantías fundamentales. Puesto que el fundamento, sobre el cual opera dicha presunción, es idéntico a la segunda hipótesis de exclusión, contemplada en el art.276 inciso tercero del CPP.

Al respecto, el profesor Héctor Hernández Basualto, al tratar de clarificar el carácter distintivo de la nulidad procesal, sostiene: *“Que la función específica, que cabría atribuirle a la declaración de la nulidad procesal, consiste simplemente en destruir la aparente conformidad con las garantías fundamentales, de la diligencia en la que se ha obtenido el material probatorio, apariencia que viene dada precisamente por la intervención judicial previa.*

*En términos prácticos, es indudablemente muy diferente el caso de un allanamiento sin orden judicial, que el de uno precedido de una orden que adolece de un vicio de nulidad. En el segundo caso, en principio, la afectación de garantías fundamentales parece debidamente legitimada, hasta que la declaración de la nulidad procesal, destruye esa apariencia. La Declaración de nulidad otorga además, en cuanto puede ser declarada formalmente con bastante anterioridad a la discusión sobre la exclusión de prueba, certeza anticipada de dicha exclusión.”*<sup>97</sup>

De dicho modo, la nulidad procesal se configura como causal de exclusión de material probatorio. A continuación mencionaremos sus características esenciales:

- 1.- El carácter subsidiario de su procedencia, así lo establece el art. 159 del CPP.
- 2.- Permite adecuar las diligencias de investigación, al estricto respeto a garantías constitucionales (por lo que se identifica con la segunda hipótesis de exclusión del art.276).
- 3.- Otorga un grado de certeza al juez de garantía, pues este ya en la audiencia de preparación del juicio oral, tendrá claro cuales son los elementos de convicción, que debe proceder a excluir del auto de apertura.<sup>98</sup>

### **Límites Formales**

Estos se encuentran establecidos en las normas del Código Procesal Penal, en su Libro Primero, título VII, sobre nulidades procesales, diferenciando entre:

**Oportunidad para solicitar la nulidad:** La solicitud de declaración de nulidad, debe pedirse dentro de los 5 días siguientes a aquél en que se haya tomado conocimiento del acto causante del perjuicio, y respecto del cual se solicitare su nulidad. Para el supuesto

---

<sup>96</sup> Artículo 160. del Código Procesal Penal.

<sup>97</sup> Vid. “La exclusión de la Prueba Ilícita en el nuevo proceso penal Chileno” de Héctor Hernández Basualto en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado., p 50.

de que dicho acto se realice en una audiencia, el límite temporal para solicitar la declaración de nulidad, viene dado por la duración de aquélla.<sup>99</sup>

**Titulares de la solicitud de declaración de nulidad:** *Sólo podrá solicitar la declaración de nulidad el interviniente en el procedimiento perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo.*<sup>100</sup> Nuevamente estamos ante la manifestación del aforismo jurídico, de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Siendo improcedente e inadmisibile que el causante del vicio sea a su vez quien reclame su nulidad.

**Nulidad de oficio o a petición de parte:** La regla general, es que la nulidad sea declarada sólo a petición de parte, existiendo dos casos en los cuáles le corresponde al tribunal intervenir, tales son:

*Si el tribunal estimare haberse producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún, lo pondrá en conocimiento del interviniente en el procedimiento a quién estimare que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos.*<sup>101</sup>

2. Si el tribunal, se encuentra ante nulidades provenientes de infracciones al ejercicio de garantías fundamentales, en tal caso *podrá declararlas de oficio*.<sup>102</sup>

**Saneamiento de la nulidad:** *Las nulidades quedarán subsanadas si el interviniente en el procedimiento perjudicado no impetrare su declaración oportunamente, si aceptare expresa o tácitamente los efectos del acto y cuando, a pesar del vicio, el acto cumpliera su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en los casos previstos en el artículo 160.*<sup>103</sup>

#### Pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales

En esta segunda posibilidad de exclusión de material probatorio del auto de apertura,

<sup>98</sup> En lo que dice relación con la oportunidad procesal en que debe ser declarada la nulidad procesal, es menester hacer la siguiente aclaración: “ *Una lectura excesivamente formalista del inciso tercero del Art. 276 que enfatizara el uso del tiempo verbal que hubieren sido declaradas nulas, podría llevar a concluir que la exclusión de la prueba sólo procede cuando la nulidad ha sido declarada con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral. Esa opinión, sin embargo, deber ser desechada, no sólo porque no la impone el texto legal,- la exclusión siempre se fundará en una nulidad procesal previamente declarada- sino porque, además, el legislador hizo constar expresamente, que en principio la nulidad de las pruebas rendidas efectivamente se refiere a las que hubieren sido declaradas nulas con anterioridad, pero también el juez puede declarar la nulidad en ese momento*”. (Que en este caso será declarada en la propia audiencia preparatoria del juicio oral). Ibid. ob.cit supra.p 51.

<sup>99</sup> Art.160 CPP.

<sup>100</sup> Art.161 CPP.

<sup>101</sup> Art.163.

<sup>102</sup> Art.160 y 163.

<sup>103</sup> Art.164.

se hace presente una interrogante. Esta consiste en clarificar, cuáles son los derechos fundamentales a los que esta norma,<sup>104</sup> supedita la exclusión de material probatorio, obtenido mediante su infracción.

Derechos, que el art.276 del Código Procesal Penal, enmarca dentro del conjunto de las garantías fundamentales. En la práctica, uno y otro término (derechos fundamentales o garantías del mismo tipo) se usan indistintamente, no reparándose en la fundamental diferencia existente entre ellos.<sup>105</sup>

El Constituyente, al momento de la elaboración del tercer capítulo, de nuestra Constitución sobre derechos y deberes constitucionales, dejó claramente establecido, que éstos no eran de su creación, sino más bien, resultaban ser una derivación directa del derecho natural<sup>106</sup>. En este sentido, el profesor José Luis Cea sostiene: *“Que los derechos y deberes del hombre emanan de la naturaleza intrínseca de la persona, por lo que no son el resultado de determinaciones posteriores del Estado-Gobierno. El Poder Constituyente, reconoce dichos derechos y deberes, los declara y asegura, los propugna y fomenta, pero no los crea ni inventa. Lo hace así, en resumen, por que parte de la base que son anteriores y superiores a él, dado que el ser humano es ontológica, deontología, y cronológicamente precedente a la Sociedad Política o Estado.”*<sup>107</sup>

Tales derechos, derivan directamente de la esencia y dignidad del ser humano<sup>108</sup>, en virtud de la cual y con miras a velar por su protección, el constituyente chileno estableció en el capítulo tercero, una serie de derechos y deberes, destinados a salvaguardar tal elemento constitutivo.

Aún antes de remitirnos al análisis del capítulo tercero, es necesario hacer una

<sup>104</sup> Art.276 inciso tercero. del CPP.

<sup>105</sup> Lo importante, radica en distinguir, que uno es el objeto de protección (derechos) y otro es el medio de protección de los primeros (garantía), entendiéndose a esta última como: *“Las acciones y recursos procesales, cuya eficaz deducción, preventiva o ex post, decisión y cumplimiento por la magistratura permite que cobren tanto seguridad, cuanto realidad las declaraciones de Derechos y Deberes Fundamentales”* Vid. Egaña Cea, José Luis. “Curso de Derecho Constitucional” Tomo II, sobre Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales. Materiales de Clase. Pontificia Universidad Católica. Facultad de Derecho. año 1999.p3.

<sup>106</sup> *El Derecho Natural, es la expresión de los primeros principios de justicia que rigen las relaciones de los hombres en sociedad, determinan las facultades que a cada uno pertenecen de conformidad con el ordenamiento natural, y sirven de fundamento a toda regulación positiva de la convivencia humana.* Véase “Teoría general del Derecho”, Cuarta Edición, año 1993, Editorial Jurídica de Chile, de Máximo Pacheco G. P26.

<sup>107</sup> Vid. Egaña Cea, José Luis. “Curso de Derecho Constitucional” Tomo II, sobre Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales. Materiales de Clase. Pontificia Universidad Católica. Facultad de Derecho. año 1999.p18 y ss.

<sup>108</sup> *La Dignidad es por ende, la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo de él, coherente con su inteligencia, libertad e igualdad, en fin con su responsabilidad, atributos de racionalidad que lo erigen en un depósito, máximo o supremo, de valores que integran su espíritu y materia. Es sobre tal base que, después, son proclamados los derechos y deberes innatos al hombre, pues son inherentes a ella. Quebrantar la dignidad es, por ende, lesionar aquellos derechos”* ibid. Ob cit José Luis Cea Egaña, p 6.

aclaración, acerca del alcance, que debe darse a dicho catálogo de derechos. Pues de su lectura, y debido a la forma enunciativa en que son expuestos los derechos tendientes a amparar a toda persona, podría concluirse, que el carácter de aquel es taxativo. La conclusión anterior no resulta en ningún caso menor, si tomamos como base la idea, de que los derechos fundamentales emanan como derivación directa del concepto de dignidad humana.

Al respecto, es preciso señalar que tales numerales, sólo han sido establecidos con un carácter meramente enunciativo, en este sentido nuestro Constituyente expreso: *“Hemos establecido una norma, que asegura el respeto de todo derecho inherente a la persona humana, aunque no estén expresamente considerados en su texto (refiriéndose al art.19 de la Constitución Política de la República). El fundamento de este precepto, reside en que hay recursos que emanan de la naturaleza humana, que no están comprendidos expresamente en la enumeración que hace la Constitución y que no por ello dejan de ser tales, y de merecer la protección del ordenamiento jurídico fundamental.*

*Basta recordar, que el derecho a la vida, que ahora se consagra como garantía constitucional, no estaba comprendido en la Carta de 1925 y que el derecho a contraer matrimonio no lo ha estado jamás. No obstante, nadie podría sostener que estos derechos no han tenido el amparo de nuestro ordenamiento.”*<sup>109</sup>

Esto se suma al artículo quinto inciso segundo,<sup>110</sup> de nuestra Constitución, el cual abre tal catálogo de derechos, ampliándolo a todos aquéllos contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes en nuestro país.

Y para el objeto en estudio, y en relación directa con la exclusión de material probatorio, resultan ser:

*El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona*<sup>111</sup>. La infracción a tal precepto genera la exclusión de todo material probatorio, obtenido mediante apremios ilegítimos, que vulneren esta garantía.

*El derecho a la defensa jurídica*<sup>112</sup>. Todo lo que diga infracción al principio del debido proceso originará la exclusión de material probatorio.

*El derecho al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*<sup>113</sup>. Relacionado con los art. 218 del CPP, sobre retención e incautación de correspondencia, y 222 del mismo Código.

<sup>109</sup> Comisión de Estudio de Nuestra Constitución. En Curso de Derecho Constitucional” Tomo II, sobre Derechos, Deberes Y Garantías Constitucionales. Materiales de Clase. Pontificia Universidad Católica. Facultad de Derecho. De José Luis Cea Egaña. año 1999. P15 y ss.

<sup>110</sup> *El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*

<sup>111</sup> Art. 19 n°1 CPR.

<sup>112</sup> Art 19 n°3 CPR.

*Derecho a la libertad individual y seguridad individual* <sup>114</sup> . Especialmente la establecida en la letra f, la cuál consagra el principio de no autoincriminación.

*Derecho a la propiedad* <sup>115</sup> . Dice relación con la incautación de documentos u otros objetos de propiedad del acusado.

### **B.1 Formas de Exclusión de la Prueba lícita en el Ordenamiento Jurídico Chileno.**

1.- La primera forma de exclusión, es aquella llevada a cabo por el Juez de Garantía, en el auto de apertura, por las causales contempladas en el art.276 inciso tercero del CPP. <sup>116</sup>

2.- Una segunda posibilidad, consistiría en aceptar la exclusión de los medios de prueba consignados en el auto de apertura, por el Tribunal Oral en lo Penal.

Tal opción, no se encuentra absolutamente aceptada por la totalidad de la doctrina, es por ello que a continuación trataré dos visiones antagónicas en torno al mismo tema.

En una primera posición, tenemos la opinión del profesor Raúl Tavolari Oliveros, quien se manifiesta negativamente en torno a permitir la injerencia del Tribunal Oral, en materias que el considera propias y exclusivas del juez de garantía.

En fundamento de su negativa, esboza los siguientes razonamientos que paso a reproducir <sup>117</sup> :

*1.El Código Procesal Penal, que debe su denominación, entre otras razones, a la necesidad de reconocer que no todas las normas que él contiene son procedimentales, establece materias de competencia de los jueces de garantía y otras, de competencia de los tribunales de juicio oral, en términos excluyentes;*

*2. Privativamente, compete al juez de garantía pronunciar el auto de apertura del juicio oral y no existe otro tribunal, en el ordenamiento jurídico nacional, que pueda asumir tal función.* Tal decisión la funda en el artículo 276. <sup>118</sup>

<sup>113</sup> Art. 19 n°4 CPR.

<sup>114</sup> Art.19 n° 7 CPR.

<sup>115</sup> Art 19 n° 24 CPR.

<sup>116</sup> Véase lo expuesto en este mismo Capítulo sobre tal hipótesis de exclusión p 98 y ss.

<sup>117</sup> Oliveros Tavolari, Raúl. En Informe en Derecho, “Del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”. <http://www.ministeriopublico.cl/> , sección estadísticas y jurisprudencia. P 16 y ss.

<sup>118</sup> Al sostener en torno a dicha disposición: “Conforme a lo que dispone la ley, compete al juez de garantía, determinar en el auto de apertura del juicio oral, la prueba que los intervinientes podrán producir o rendir en el juicio oral; aquella que, a pesar de haberla ofrecido, oportunamente, no podrán rendir en tal juicio y, por último, aquella que, por excesiva o perseguir fines dilatorios, se limitará en su producción.” *Ibid.* p2.

3. Pronunciar el auto representa decidir, en la misma forma privativa, las cuestiones controvertidas en la audiencia de preparación del juicio oral y formular las declaraciones que la ley encomienda al juez de garantía, en esta etapa del procedimiento;

Las decisiones y declaraciones del juez de garantía se consignan en una resolución judicial, que como la mayoría, puede ser impugnada por recursos; en el caso concreto, el auto de apertura del juicio oral, sólo puede ser objeto de una apelación del fiscal del Ministerio Público, en caso que, en su concepto, se hubiere rechazado sin fundamento suficiente, una prueba que él ofreciera, a pretexto de provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales;

Puesto que la cuestión de que se trata – admisibilidad o inadmisibilidad, licitud o ilicitud de la prueba ofrecida – fue discutida en un debate verificado en la audiencia de preparación del juicio oral, al que se puso término mediante la sentencia interlocutoria comentada, (auto de apertura del juicio oral...) que, como se expuso, es irrevocable e inimpugnable, no resulta posible reabrir tal discusión, desde que la imposibilidad lógica y jurídica de resolverlo de una manera diferente a la que ya se conoce, torna anticipadamente estéril la discusión.

4.El tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, en lo que se refiere al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se contienen, tanto porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, cuanto porque no es superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría, eventualmente, ora ejercer potestad disciplinaria ora, conocer de recursos que se interpusieran en contra de sus resoluciones;

5. Si el auto de apertura del juicio oral, no es apelado, en las limitadas condiciones previstas en la ley, deviene en firme o ejecutoriado y, por tal condición, como todas las sentencias interlocutorias, se torna en inmodificable, también para el tribunal de juicio oral, al recibir la protección de la cosa juzgada y ni podrá dejarse de recibir, en el juicio oral, la prueba que en el auto se autorizó, ni podrá rechazarse aquella que en tal auto se hubiere denegado;

6.La historia fidedigna del establecimiento del actual artículo 277 del Código Procesal Penal, demuestra, adicionalmente, que el legislador siempre supo y aceptó, que lo resuelto en el auto, por el juez de garantía, no sería susceptible de revisión posterior alguna, salvo el caso excepcional que la misma norma contiene;

*En palabras del mismo autor y a modo de conclusión, cuando un tribunal de juicio oral, que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente sobre cualesquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado.*

*En una segunda posición un tanto ambigua, pero a su vez abierta a aceptar la opción que permitiría la revisión por parte del Tribunal Oral en lo Penal, de material probatorio contenido en el auto de apertura, se manifiesta Héctor Hernández Basualto, quién*

sostiene<sup>119</sup> :

De diversas posiciones que podrían mantenerse en esta materia hay al menos una que no parece admisible desde un punto de vista material, como es la de entender que el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura, en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella haciendo total abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar.

El art. 276 cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una prohibición general de valoración de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, prohibición que rige también y de modo especial para el tribunal que precisamente está llamado a valorar la prueba.

*Siguiendo con el razonamiento anterior, el autor marca un paréntesis, al señalar que cuando el mecanismo óptimo destinado a impedir la valoración de la prueba ilícita fracasa, subsiste pese a ello incólume la prohibición de hacerlo;*

Es indudable que esta situación no es ideal y desde luego hubiese sido preferible que hubiese funcionado el mecanismo previsto por la ley para evitar no sólo la contaminación sino que también que se renovará una y otra vez la discusión sobre el material probatorio a presentar en juicio; pero cuando no es éste el caso sólo cabe procurar alcanzar de la mejor forma posible resultados similares a los perseguidos por la ley. Cualquier otra interpretación implicaría sostener, un supuesto deber de los jueces de fondo de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales.

*El análisis del material probatorio afecto a algún grado de irregularidad vendrá de la mano con la promoción de un incidente en el juicio.*

*Pese a todo lo anterior, el autor en comentario da un vuelco y sostiene al final de su exposición: el tribunal está obligado a recibir la prueba tal y como ella viene determinada en el auto de apertura. Más adelante en el mismo párrafo, antes de tener un motivo concreto para dudar de la licitud de la prueba, al tribunal no le cabe sino hacer fe del trabajo previo realizado por el juez de garantía.*

*Y a modo de síntesis, en caso contrario se corre el riesgo de entronizar con carácter general una suerte de segunda instancia encubierta en materia de exclusión de prueba, en circunstancias que el propósito inequívoco del legislador era zanjar definitivamente ese punto en la audiencia preparatoria.*

**Finalmente, dando un nuevo giro y tratando de aunar tanto la posibilidad de aceptación como de negación, el profesor Basualto nos dice : como se ha dicho, el fracaso concreto en dicho propósito no puede dejar impasible al tribunal del juicio oral, pero tampoco autoriza a instaurar como regla un segundo control previo en manos de este último tribunal .**

**En un reciente fallo de la Corte Suprema de 14 de septiembre de 2005, entorno**

---

<sup>119</sup> Vid. “La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno” de Héctor Hernández Basualto en colección de investigaciones jurídicas, n° 2, año 2002, Universidad Alberto Hurtado., p 90 y ss.



al mismo tema y en su considerando quinto, el máximo tribunal expuso: “ **Que, si bien es cierto el artículo 334 de la ley procesal penal da pie para sustentar la tesis que el tribunal del juicio oral está autorizado para excluir prueba ilícita, no lo es menos que ello sólo puede ocurrir en situaciones excepcionales, a saber, la prueba no solicitada oportunamente y que se rinda conforme al artículo 336, declaraciones anteriores que se utilizarán para ayuda memoria, de acuerdo al artículo 332, o que puedan incorporarse mediante su lectura con arreglo al artículo 331, o bien situaciones de ilicitud manifiesta; hipótesis que no concurren en la especie** <sup>120</sup> ” .

De la exposición de los razonamientos de ambos profesores, queda en evidencia, que si bien existen argumentos de peso, tendientes a justificar la imposibilidad de intromisión del Tribunal Oral, en lo concerniente al material probatorio contenido en el auto de apertura, también existen aún posiciones ambiguas, que dejan abierta una posible revisión de tal prueba. Basadas éstas, en una interpretación extensiva de ciertos artículos como por ejemplo; 334, 336, 342 letra c, 337, del Código Procesal Penal. De los cuales se desprende que tal intromisión resulta perfectamente posible.

#### Recurso de Nulidad

Si acontece que el juez de garantía, no excluye del auto de apertura la prueba ilícita existente, y el Ministerio Público en su caso no interpusiese el recurso de apelación, o deduciéndolo este es rechazado, y también para el caso de que el Tribunal Oral en lo Penal tome su decisión, basado en la valoración de prueba ilícita. Es posible apreciar que el recurso de nulidad se presenta como uno de los últimos mecanismos correctivos existentes dentro de nuestro Código.

Este viene a cumplir dos objetivos perfectamente diferenciados:

*“La Cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal Superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que sino hubiere sido así los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley* <sup>121</sup> .”

La sentencia de nulidad que acoge el recurso <sup>122</sup> , funciona claramente como un mecanismo de exclusión de la prueba ilícita en el proceso, pues anula no sólo la sentencia recurrida sino también el juicio oral realizado, obligando a los intervinientes a la realización de un nuevo juicio sobre la misma controversia.

Las causales que justifican su procedencia son dos <sup>123</sup> :

1) *Cuando en la tramitación del juicio oral o en el pronunciamiento de la sentencia, se*

<sup>120</sup> Sentencia pronunciada por al segunda sala, por los ministros Enrique Cury U., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Manuel Daniel A. y Fernando Castro A, Rol 3666-05

<sup>121</sup> Urquiaga Pfeffer, Emilio. “Código Procesal Penal Anotado y Concordado”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, p 369.

<sup>122</sup> Art.372 del CPP: *El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley.*

<sup>123</sup> Vid. Art.373 del CPP.

*hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El recurso en este caso será conocido por la Corte Suprema*<sup>124</sup>.

2) *Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Será conocido por la Corte de Apelaciones, salvo que respecto del tema objeto de éste, existieren diversas interpretaciones emanadas de los tribunales superiores de justicia, en cuyo caso será conocido por la Corte Suprema*<sup>125</sup>.

#### Recurso de Revisión

Como última forma de poner atajo a la existencia de la prueba ilícita, se presenta el recurso de revisión, cuyo fundamento en cuanto a la exclusión de prueba se encuentra en una de las causales contempladas en el art. 473 del CPP.

Tal disposición expresa: *La Corte Suprema podrá rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se hubiere condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:*

*Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal.*

De esta forma el recurso de revisión, se constituye en la última manifestación de rechazo, a la existencia de prueba ilícita en un proceso. Siendo de tal magnitud el nivel desaprobación a la existencia de tal anomalía durante el transcurso de un procedimiento, que el legislador al describir el plazo dentro del cual ha de ser ejercido este recurso, optó por señalar: *Que la revisión de la sentencia firme podrá ser pedida, en cualquier tiempo*<sup>126</sup>, por quién, se sintiere perjudicado.

<sup>124</sup> Vid. Art. 376 del CPP.

<sup>125</sup> Vid. Art. 376 CPP.

<sup>126</sup> Art. 474 del CPP.

# CAPÍTULO QUINTO

## A. La Prueba <sup>127</sup> Testimonial

*“Lo que aprendemos, lo aprendemos o por nuestras percepciones o por lo que otros nos refieren. En el primer supuesto, el conocimiento surge del mismo objeto cognoscible; en su virtud, ese modo de conocer (y criterio de certeza) llámase intrínseco, llamándose prueba intrínseca al medio. La prueba intrínseca es siempre real, porque debe radicar en el objeto. La extrínseca es personal. Llámase prueba real la que consiste en una cosa y personal la que consiste en un dicho; ahora bien los dichos son propios de las personas <sup>128</sup> .”*Dichos que forman parte de la prueba testimonial, y que en el párrafo citado, se

<sup>127</sup>

Debe entenderse por ella: *“El conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”* En. *“Tratado de la Prueba en Materia Penal”* Editores Rubinzal- Culzani, de Eduardo Jauchen M. año 2002,p 19.

<sup>128</sup>

Ellero, Pietro, *“De la Certidumbre en Los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Criminal”*, Séptima edición, Ed.Reus SA, año 1980, Madrid, p109.

configura como una forma de conocimiento extrínseco, el cuál no proviene de un conocimiento personal de los hechos, sino a través de terceras personas.

La palabra latina testis, “*alude al individuo que se encuentra directamente a la vista de un objeto y que conserva su imagen* <sup>129</sup>”, la cual en su oportunidad, y ante el requerimiento que de ella realice el tribunal, deberá poner a disposición de aquel.

La declaración proporcionada por un testigo, es en esencia el pilar sobre el cual se levanta la prueba testimonial dentro de un proceso, por ello y aún antes de clarificar lo que ha de entenderse por testigo, es menester tener presente, tres aspectos sobre quien declara:

*Las características personales de quien declara:* vale decir, ahondar sobre la integridad moral de quien concurre en calidad de testigo, con miras a establecer el grado de idoneidad que el posee.

*Su relación con los hechos que refiere:* esto significa; que ha de tenerse presente, las circunstancias que sitúan a una persona, en la posición de conocer el hecho que narra. Ello con el objeto de despejar cualquier distorsión, que pueda surgir fruto de posibles intereses personales u otros similares, que el declarante tenga con respecto al proceso.

*El nivel de verosimilitud del testimonio:* este último aspecto de la declaración, es una manifestación de los anteriores, pues de la consideración del nivel de relación con los hechos narrados, conjuntamente con el nivel de idoneidad del testigo, el tribunal podrá concluir el nivel de certeza del testimonio.

De la combinación de estas tres cualidades, y su concurrencia en un sujeto, surge la noción de testigo. Calidad que adquiere una persona, cuando interviene en un proceso con miras a aportar su peculiar conocimiento sobre un hecho acontecido.

Tal idea, requiere un grado de determinación conceptual, en orden a determinar la singular relación existente entre verdad y reconstrucción histórica.

#### A.1 ¿Qué es un Testigo?

Existen múltiples definiciones en torno a este concepto, por ello, sólo consideraré cinco acepciones proporcionadas en doctrina, y que a mí juicio, resultan ser lo suficientemente claras en torno a delimitar el contenido del tema objeto de este acápite.

En sentido genérico y siguiendo a Eduardo Jauchen, testigo:

*“Es la persona que por medio de sus sentidos ha percibido una cosa o suceso determinado y esta llamado a deponer sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos en forma directa”* <sup>130</sup>

Leopoldo Llanos, siendo más específico nos dice:

*“Testigos son todos aquellos terceros, es decir, no intervinientes en el procedimiento, que prestan declaraciones en el juicio sobre los hechos objeto de controversia”* <sup>131</sup>.

Para el profesor alemán, Claus Roxin:

---

<sup>129</sup> Jauchen, Eduardo M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal” Editores Rubinzal-Culzani, año 2002, p285.

<sup>130</sup> Eduardo Jauchen M. “Tratado de la Prueba en Materia Penal” Editores Rubinzal- Culzani, año 2002, p285.

*“Testigo, es quien sin estar excluido por un papel procesal de otro tipo, debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el juez por medio de una declaración”<sup>132</sup>*

Haciendo una distinción, el profesor Chileno J. Cristóbal Nuñez, entiende la palabra testigo en dos acepciones, *“En una primera acepción, a la persona que ha presenciado o ha adquirido directa o indirectamente conocimiento verdadero de un hecho; y en una segunda significación alude, al sujeto que da testimonio de una cosa o la atestigua. El testigo como simple relator de un suceso o hecho que ha percibido por sus sentidos, no es parte del juicio penal, no es imputado, no es víctima, ni es juez, sino que sólo es un tercero que sabe de un acontecimiento que interesa para los fines del juicio criminal.”<sup>133</sup>*

Finalmente y con miras a introducir la noción base de esta memoria, el profesor Enrique Paillas nos dice: *“Son testigos, aquellas personas extrañas a la litis (terceros), que deponen sobre hechos que han percibido por sus propios sentidos y tienen relevancia probatoria en el proceso. También se asimila a esta categoría el testimonio de oídas cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes”<sup>134</sup>*.

Testimonio de oídas, que según el profesor Paillas, se asimila al de testigo, cuando quién declara, lo hace en base a lo que escuchó decir por una de las partes en conflicto. Tal testimonio (el de oídas), surge de las definiciones antes dadas respecto de la voz testigo. Pues el testimonio de oídas es una variación de aquella, algo así como una subcategoría dentro de una especie (prueba testimonial) dentro del genero de la prueba.

Es así que tal noción, nos lleva a dar un paso adelante, con miras a clarificar ésta particular forma de la prueba testimonial.

#### A.2 Testigos de Oídas<sup>135</sup>

Si el testigo, es quien declara sobre aquello de lo cual tuvo conocimiento, es menester considerar que su aceptación ha de estar supeditada, al cumplimiento de ciertos requisitos que harán de ella una prueba legítima, y veraz, tales son:

Lo declarado, debe tener relación directa con la materia del juicio, rechazándose por ende, cualquier dato intrascendente o no atinente al tema en conocimiento.

Los antecedentes entregados para la consecución del juicio, deben en cuanto a su origen, haber sido obtenidos con total respeto de las garantías fundamentales, de la parte contra la cual se presentan.

El testimonio prestado, debe estar revestido de veracidad. Siendo este último

<sup>131</sup> Sagrisa Llanos, Leopoldo, “Sistema Del Nuevo Procedimiento Penal”, Ediciones Jurídicas, Santiago, año 2003, p 113.

<sup>132</sup> Roxin Claus, “Derecho Procesal Penal” Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2000, p217.

<sup>133</sup> Vásquez Nuñez, J Cristóbal, “Tratado del Proceso Penal y Juicio Oral”, Ed. Jurídica de Chile, año 2002, Tomo Uno, p 337.

<sup>134</sup> Paillas, Enrique, “La Prueba en el Proceso Penal Oral”, Editorial Cono Sur, año 2002, p 80.

<sup>135</sup> Tal prueba se Conoce también, como testigos indirectos, o de referencia.

elemento fundamental, pues dotará a la declaración de la importancia debida, haciendo necesaria y fundamental su introducción a la investigación.

Dentro de tal ámbito y con miras a desenvolverse legítimamente como testigo de oídas dentro de un proceso, habrá de circunscribirse quien desee ser partícipe de la investigación en dicha calidad.

El profesor Cristián Maturana, define al testigo de oídas:

*“Aquellos que conocieron los hechos a través del dicho de una de la partes o de terceros”<sup>136</sup>.*

Eduardo Urbano Castillo por su parte, entiende a éste como manifestación: *“De la prueba testifical, de quien personalmente escuchó o percibió auditó propio u otra persona le comunico auditó alieno, hechos objeto del proceso”<sup>137</sup>.*

En un sentido similar, María Isabel Velayos, realiza un análisis sobre la prueba entregada por el testigo de referencia y lo que debe entenderse por tal: *“Es la prueba consistente en la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos provenientes de un tercero, el cual es quien verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado; dicho en otros términos, se equiparan las nociones de testimonio y testigo cuando se estudian desde la perspectiva de prueba de referencias”<sup>138</sup>.*

En el derecho anglosajón, tal prueba es conocida con el nombre de **“hearsay evidence”**<sup>139</sup> (la prueba de lo oído), noción que se caracteriza por poseer un mayor grado de amplitud con respecto al testimonio de oídas, es así que en palabras de María Isabel Velayos:

*“ Dentro del término testimonio de referencia se admiten un amplio espectro de medios probatorios, que abarcan desde el testigo de referencia strictu sensu, hasta la prueba documental y las declaraciones previas de un mismo testigo deponente en juicio”<sup>140</sup>.*

---

<sup>136</sup> Miquel Maturana, Cristian, En apuntes de Clase, “Los Medios de Prueba”, en Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2002, p 101.

<sup>137</sup> Castillo Urbano, Eduardo y Torres, Ángel Miguel, “ La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial”, Ed. Aranzadi, año 2000, p77.

<sup>138</sup> Martínez Velayos, María Isabel, “El Testigo De Referencia en el Proceso Penal”, Universidad de Alicante, Valencia, año 1998, p24.

<sup>139</sup> Esta regla se erige como limitación a la aceptación de los testimonios de oídas en un proceso, descansando su fundamento : “ En la necesidad de que el supuesto tercero al cual el testigo alude, no este presente en el juicio para ser interrogado sobre las circunstancias que se dice percibió, resultando en consecuencia imposible poder valorar su credibilidad en general”, en “Tratado de la Prueba Penal”, de Eduardo Jauchen, Editores Rubinzal- Culzani, año 2002,p 289.

<sup>140</sup> Martínez Velayos, María Isabel, “El Testigo De Referencia en el Proceso Penal”, Universidad de Alicante, Valencia, año 1998, P 24.

La regla Hearsey, esta a su vez compuesta de dos axiomas, tales son:

La oralidad, elemento distintivo de aquélla, y que *“Es vista como la forma más perfecta y adecuada para la introducción de las manifestaciones de conocimiento de terceros en la fase decisoria de los procesos”*<sup>141</sup>.

Y la inmediación objetiva, *“Según la cual los medios probatorios más idóneos, por razón de cercanía y proximidad a los hechos históricos acaecidos, para suministrar claridad cognoscitiva sobre la certeza de las afirmaciones objeto de prueba, serán acogidos con prioridad a otros medios más distantes.*

Ambos postulados en especial el primero, otorgan un valor importante al testimonio de oídas, al situar a la oralidad dentro de las formas más aconsejables en torno a la obtención de datos que permitan reconstruir un hecho pasado. En este sentido, es factible destacar, como una característica esencial de nuestro Proceso Penal, el principio de la oralidad<sup>142</sup>.

De estas tres definiciones, surge como cualidad distintiva del testimonio de oídas; que los antecedentes sobre los cuales declara, tienen su origen en lo dicho por las partes o terceros relacionados al juicio.

En relación a su aceptación, la jurisprudencia extranjera específicamente la española ha señalado:

Tribunal Constitucional Español: *“La admite cuando quienes presenciaron lo ocurrido no pueden acudir al juicio, incluso cuando tal omisión probatoria fuera motivada por deficiencias en la instrucción del sumario como ocurrió en un caso que debió obtenerse, antes de la marcha del perjudicado al extranjero, su declaración en el juzgado como prueba constituida”*<sup>143</sup>.

En un Sentido diferente el Tribunal Supremo Español en fallo de 1994, *“Precisa que las declaraciones de los testigos de referencia no pueden por sí solas fundamentar la condena del acusado cuando la acusación ha podido(y no lo ha hecho) sin dificultad alguna presentar ante el Tribunal al testigo para ser interrogado”*<sup>144</sup>. En este caso la aceptación no es absoluta, procedería sólo excepcionalmente.

De este segundo fallo, se desprenden muy claramente dos ideas:

El valor que un testimonio de oídas adquiere en un juicio, se encuentra determinado, por el grado de cercanía existente entre el testigo de oídas y el tercero del cual obtuvo la información sobre la que declara.

Para que sea procedente la aceptación de tal testimonio, será necesario, que el

<sup>141</sup> Ibid. p92.

<sup>142</sup> Así lo Consigna su Art.1 *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo , oral y público”*

<sup>143</sup> Castillo Urbano, Eduardo y Torres, Ángel Miguel, *“La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial”*, Ed. Aranzadi, año 2000, p78.

<sup>144</sup> Ibid, p78, in fine.

tercero que tuvo un conocimiento personal de los hechos esté imposibilitado de concurrir.

Así también se desprende de un fallo de 1999 emitido por el Tribunal Supremo Español, quien al rechazar un recurso interpuesto contra la negativa de aceptar prueba testifical, señaló: *“Que en el caso de la testifical de referencia de agentes policiales, nada impedía el procedimiento correcto*

*de trasladar a la testigo(testigo directo) ante el juzgado de guardia, para que ante el juez hubiera podido ser interrogada*<sup>145</sup>.”

En el caso chileno, la declaración de testigos de oídas, en principio no representa problema alguno desde el punto de vista de su introducción, valoración y aceptación en un proceso penal, pues con el nuevo Código, se estableció el principio de libertad de prueba, descrito en el artículo 295.

Antes de analizar, las características propias del sistema de valoración de la prueba vigente hoy en nuestro país y su relación con el testimonio de oídas, quiero detenerme en los deberes y derechos que todo testigo tiene dentro de nuestra legislación.

## **B. Deberes y derechos de todo Testigo**

No existe norma alguna que brinde en detalle, el conjunto de obligaciones, que pesa sobre quien ha de concurrir al proceso en calidad de testigo, sin perjuicio de ello, de la lectura de las disposiciones del Código Procesal Penal surgen los siguientes deberes:

### *1) Deber de Comparecer y Declarar:*

Nuestro Código en su artículo 298, impone a toda persona que no se encuentre legalmente exceptuada, la obligación de declarar en un proceso.

Con miras a lograr tal declaración, el magistrado cuenta con elementos de presión, éstos pueden ser ejercidos sobre la persona del testigo que haya sido legalmente citado, y que no compareciere ni esgrimiese motivo alguno justificante de su ausencia

Para ello, el juez puede como medida de presión y excepcionalmente, ordenar el arresto de quien se niega a comparecer, así como una multa de hasta 15 unidades tributarias mensuales.<sup>146</sup>

Ahora en cuanto al deber de declarar y para el caso que el testigo se negare a rendirla sin justificación alguna, podrá ser sancionado por desacato con las penas establecidas en el artículo 240 inciso segundo del CPC.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Castillo Urbano, Eduardo y Torres, Ángel Miguel, “La Prueba Ilícita Penal Estudio Jurisprudencial”, Ed. Aranzadi, año 2000, p79.

<sup>146</sup> Vid. Artículo 33 del Código Procesal Penal y 299.

<sup>147</sup> “El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”



Ambas obligaciones, no siempre resultan ser de carácter absoluto, también admiten excepciones, estas son:

#### Excepciones a la Obligación de Comparecer<sup>148</sup>

Se establecen excepciones a la obligación de comparecencia en razón del estado o investidura de la persona, no estando obligados a concurrir:

El Presidente de la República y los Ex Presidentes; Ministros de Estado; los Senadores y Diputados; los miembros de la Corte Suprema; los Integrantes del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República y el Fiscal Nacional;

Los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile;

Los Chilenos o extranjeros que gocen en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia, y

Los que, por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal, se hallen en imposibilidad de hacerlo

Siguiendo con el análisis del artículo 300 del CPP in fine, en cuanto a las personas de las letras a, b y c que renuncien a su derecho a no comparecer, éstas deberán prestar declaración conforme a las reglas generales. También deben hacerlo, sila citación es realizada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y la unanimidad de los miembros de la sala. De suma importancia es la existencia de razones fundadas, que justifiquen la concurrencia del testigo al tribunal.

La declaración de las personas exceptuadas del deber de comparecencia salvo que quieran o excepcionalmente deban concurrir, prestarán declaración en los términos del artículo 301, esto significa que podrán darla en su domicilio o lugar donde prestan sus funciones.

En caso de inasistencia del testigo, se aplicarán las normas generales sobre apercibimientos.

Las personas mencionadas por la letra c) del artículo 300 del CPP, declaran por informe, si consienten a ello voluntariamente. Vale decir, estas personas pueden eventualmente no comparecer ni declarar, pues están obligados a declarar solamente si así lo desean.

#### Excepciones a la obligación de declarar

Fundadas en motivos personales como es el caso del parentesco, convivencia, razones de inmadurez o de insuficiencia o bien alteración de sus facultades mentales, no están obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado.

Tales personas, deberán ser informadas de su derecho a abstenerse de declarar, como de la facultad que posee para retractarse en cualquier momento del consentimiento prestado para dar su declaración.<sup>149</sup>

<sup>148</sup> Vid. Artículo 300 del Código Procesal Penal.

Por razones de secreto, esta excepción hace alusión a aquellas personas, que por su estado, profesión o función legal; como el abogado, confesor u médico, se encuentran obligados a guardar en secreto, lo que se les confíe (obligación que se justifica, por la peculiar relación de confianza, existente entre el depositario y el depositante de la información).

Tales profesionales no pueden invocar tal excepción, cuando hubiesen sido relevados de la obligación de guardar secreto.<sup>150</sup>

En ambos casos el deber de comparecer no cesa, lo que si cesa es la obligación de prestar declaración.<sup>151</sup>

2) *Obligación de prestar juramento*: Todo testigo antes de comenzar a declarar, debe prestar juramento o promesa de decir la verdad sobre lo que se le preguntare, salvo en el caso del menor de edad y de aquel respecto del cual, el tribunal sospechare que pudiese haber tomado parte en los hechos investigados<sup>152</sup>.

3) *Obligación de guardar reserva respecto de los hechos sobre los que hubiere prestado declaración*: Esta medida persigue evitar que los antecedentes relevantes de la investigación, sean expuestos públicamente, evitando de esta forma el fracaso de las acciones llevadas a cabo durante el proceso.<sup>153</sup>

## Derechos de todo Testigo

Sin duda que la participación de una persona en un proceso criminal, en calidad de testigo, vuelve a ésta vulnerable a todo tipo de amenaza, agresión física, o daños a sus bienes. En virtud de lo anterior, el legislador ha establecido ciertos derechos y resguardos para su protección, estos son:

*Derecho a mantener en reserva el domicilio*: Los testigos que concurren a declarar, deben entregar sus datos personales, como por ejemplo: nombre completo, edad, profesión, domicilio, entre otros, siendo este último de suma relevancia, si tenemos en consideración que el declarante puede ser objeto de amenazas o agresiones. Por ello, nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 307 dispone; que el tribunal debe decretar la reserva de antecedentes personales, cuando resultare peligroso para quien declare, de

<sup>149</sup> Vid. Artículo 302 del Código Procesal Penal.

<sup>150</sup> Vid. Artículo 303 del Código Procesal Penal

<sup>151</sup> “Los testigos comprendidos en los dos artículos precedentes (302-303 CPP) deberán comparecer a la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surgiere la facultad de abstenerse que invocaren” artículo 304 del Mismo cuerpo legal.

<sup>152</sup> En Art.#06 Del CPP.

<sup>153</sup> Véase Artículo 182 del CPP.

su divulgación en la audiencia. Imponiendo la prohibición de informar a todo aquel que tiene acceso a ella, so pena para el caso de contravención (reclusión menor en su grado medio a máximo, art. 240 del CPC), y una multa, que va entre diez y cincuenta ingresos mínimos mensuales.

*Derecho a recibir un trato digno y preferente:* Los testigos deben recibir un trato digno, “*En todos los ámbitos de la persecución penal, no solamente en la Policía, Fiscalía y Tribunales, sino también y en los Servicios Públicos a que debe concurrir, obviándosele toda espera que exceda del tiempo absolutamente razonable, entregándosele las constancias y certificados que proceden para justificar su ausencia o retraso en el lugar de trabajo* <sup>154</sup> .”

*Derecho a tomar precauciones, inclusive mudando su apariencia física para declarar:* Se desprende del art. 308 del CPP, al disponer: “*El tribunal, en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare.*” Incluyéndose dentro de ellas, las propias de la actividad de los maquilladores, vestuaristas y demases afines a la actividad actoral. Todas estas herramientas permiten alterar la imagen del testigo, impidiendo su fácil reconocimiento por parte del imputado y/o sus parientes.

*Derecho a compensación económica:* El testigo que careciere de medios suficientes o viviere solamente de su remuneración, tendrá derecho, a una indemnización otorgada por la persona que lo presentare, equivalente a la pérdida económica ocasionada por su comparecencia para prestar declaración. Además, tiene derecho a que se le paguen anticipadamente los gastos de traslado si fueren procedentes. <sup>155</sup>

*Derecho a recibir protección:* El tribunal en casos graves y calificados, podrá disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicitare, como por ejemplo; declarar detrás de biombos o en circuitos cerrados, permitir el abandono del tribunal por lugares distinto al normal, etc. Dichas medidas durarán el tiempo razonable dispuesto por el tribunal y podrán ser renovadas cuantas veces sea necesario.

La parte que presente al testigo, deberá solicitar las correspondientes medidas de protección, en forma escrita y con anterioridad a la audiencia. En caso que la solicitud fuese presentada durante ésta, se permitirá su interposición oral. <sup>156</sup>

Por último es necesario tener presente que el Código Procesal Penal, no establece inhabilidades en cuanto a los testigos, ampliándose enormemente la gama de personas, que pueden prestar declaración en un proceso criminal.

<sup>154</sup> Vasquez Flores, José Octavio, “ Reforma Procesal Penal”, Edición para fines particulares, año 2004, p184.

<sup>155</sup> En Art. 312 del CPP.

<sup>156</sup> En Art. 308 y 322 del CPP.

## C. Valoración de la Prueba en el Procedimiento Penal Vigente

*Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento, podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley*<sup>157</sup>. De esta forma se inicia el párrafo cuarto de nuestro Código Procesal Penal, concerniente a las disposiciones generales de la prueba. Asentándose la libertad de prueba como un importante principio en materia probatoria.

Libertad de prueba que permite a las partes en el proceso, acreditar mediante cualquier elemento idóneo, el hecho base de la investigación en curso. Tal amplitud en el uso de medios probatorios, no es indiferente a la existencia de límites, por ello, se esbozan dos recaudos en cuanto a su empleo, estos son<sup>158</sup>:

*1. No se admitirán, los medios de prueba obtenidos con infracción a los derechos y garantías constitucionales o provenientes de diligencias declaradas nulas (prohibiciones de prueba o prueba ilícita)*

*2. Aunque se trate de medios de prueba válidamente obtenidos, existen algunas prohibiciones para su incorporación al juicio en ciertos casos. Así se impide sustituir la declaración de peritos y testigos por la lectura de los registros en que se constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieran.*

En lo concerniente al sistema de valoración de la prueba, existen en doctrina tres formas diferentes de abordar tal materia, tales son<sup>159</sup>:

*Prueba legal: imputación anticipada en la norma, de una medida de eficacia. Estableciendo la propia ley cual es el valor que ha de conferirse a un medio de prueba.*

*Libre convicción: consistente en la remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún contra la prueba de autos.*

*Sana crítica: remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez.*

El primero de ellos, denominada prueba legal o tasada, *se originó como reacción a la demasía de los jueces, cometida en los procesos en que predominaba el sistema inquisitivo y que en su tiempo significó una forma de arbitrariedad. Mediante el sistema de*

---

<sup>157</sup> Art.295 del CPP.

<sup>158</sup> Sagristá Llanos, Leopoldo, “Síntesis del Nuevo Procedimiento Penal”, Ediciones Jurídicas, Santiago, año 2003, p110 y ss.

<sup>159</sup> Anuch Nahum, Roberto, “El Sistema Probatorio Del Código Procesal Penal”, En Revista de Derecho Procesal De La Universidad De Chile n°20, año 2005, p390 y ss.

*prueba legal, se pretendió restablecer la autoridad de quienes tenían el poder público y garantizar a los justiciables el fallo del proceso conforme al mérito de éste, preestableciendo normas obligatorias para los jueces en cuanto a la forma en que debían valorizar las pruebas rendidas*<sup>160</sup>.

El segundo sistema de valoración de la prueba, consiste: *En que los hechos que el tribunal debe sentar en el fallo, deben haber sido establecidos por el convencimiento que éste ha llegado a adquirir respecto de ellos durante el curso de la investigación, sin encontrarse para la realización de esa labor, limitado por las afirmaciones que sobre lo fáctico hubieren realizado las partes o normas legales preestablecidas, acerca del valor que deberán tener los diversos medios de prueba*<sup>161</sup>.

Finalmente, el último sistema el de la sana crítica: *nació como consecuencia de los extremos a los que pueden conducir al juez los otros dos sistemas: la liberalidad absoluta de un sistema que puede conducir a la arbitrariedad, si el juez actúa motivado más por impulsos efectivos que por lógica y el contenido mismo del expediente; y la rigidez del otro, que puede conducir a la división de la convicción.*

*El sistema de la sana crítica es un sistema de valoración libre de la prueba, pero teniendo presente, que la valoración libre de la prueba no significa en absoluto facultad para el juez, de formar su convicción de modo subjetivamente arbitrario; libertad quiere decir uso razonado de la lógica y del buen sentido, guiados y apoyados por la experiencia de vida*<sup>162</sup>.

Respecto a la forma de valorar la prueba, el sentenciador debe respetar ciertos criterios que paso a reproducir<sup>163</sup>

*El sentenciador debe analizar pormenorizadamente los hechos. Es decir, es improcedente que admita simplemente una de varias posibilidades, sin analizar ni comentar las otras.*

*El juez no está autorizado a basar su convicción en máximas de experiencia sin fundamento objetivo.*

*Las relaciones causales no aseguradas por las ciencias naturales no podrían ser incluidas como fundamento de la sentencia; no sería admisible reemplazar la prueba objetiva de dichas ciencias, de la que se carece, por la convicción subjetiva del juez.*

*En la valoración de la prueba testimonial el juez es libre. Ello implica por ejemplo que puede preferir el testimonio de uno sobre el de varios.*

<sup>160</sup> Miquel Matruran, Cristian, "Algunas Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento y Aspectos Generales de la Prueba", Apuntes de Clase, en Facultad De Derecho Universidad de Chile, año 2003, p186.

<sup>161</sup> Ibid, ob cit, supra p186.

<sup>162</sup> Ibid, p187.

<sup>163</sup> En Sarras, Chahuan Sabas "Manual de Procedimiento Penal" Segunda Edición, Ed. Lexis Nexis, año 2002, Santiago, Chile, p 309-312.

*En relación a la declaración del imputado el juez tiene la misma libertad.*

*La prueba indiciaria es admisible.*

*Los hechos públicos y notorios no requieren prueba.*

Por lo expuesto y a modo de síntesis; *tenemos que concluir, que el sistema de valoración de la prueba, adoptado por el Código Procesal penal es el de la sana crítica. El hecho de que el legislador no haya empleado esta terminología para evitar confusiones jurisprudenciales, no invalida esta conclusión, ya que justamente para evitar esas confusiones se ha encargado de señalar todos los pasos que en los hechos configuran este sistema* <sup>164</sup> .

## **D. Aspectos y Funciones de la Policía**

*En general se denomina como policía, los organismos o cuerpos de funcionarios encargados de resguardar el orden público y la seguridad de los ciudadanos; y, como policía judicial, a la que tiene por objeto la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes* <sup>165</sup> .

La persecución resulta ser tan sólo una de sus funciones, pues también debe investigar y recolectar la prueba, que permita acreditar la realización del hecho delictivo. Es por esta actividad desplegada, que su función y participación en el Sistema Procesal Penal resulta esencial, teniendo en vista, que en su quehacer se expresan; de forma muy intensa dos componentes: *por una parte, en la calidad de esta actividad policial se juega en gran medida la eficacia de la persecución, es decir, si esta tarea no se desarrolla con propiedad, no existirán los antecedentes que permitan conducir un proceso, o este fracasará precisamente por los problemas derivados de sus defectos; por otra se juegan las garantías individuales más importantes, debido muy comúnmente a que la actividad de la policía recae directamente sobre la persona del sospechoso* <sup>166</sup> .

Al efecto el Artículo 79 del CPP sobre las Funciones de la Policía en el Procedimiento Penal, establece: *La Policía de Investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código. Así mismo, Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del Ministerio Público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente (referido a Investigaciones) cuando el fiscal a cargo del caso lo dispusiere.*

---

<sup>164</sup> Anuch Nahum, Roberto, “El Sistema Probatorio Del Código Procesal Penal”, En Revista de Derecho Procesal De La Universidad De Chile, N°20, año 2005, p390.

<sup>165</sup> Vásquez Núñez, J Cristóbal, “Tratado del Proceso Penal y Juicio Oral”, Editorial Jurídica de Chile, año 2002, Tomo Uno, p 232.

<sup>166</sup> Duce, Mauricio y Riego Cristian, en “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”, Volumen I, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, año 2002, p145.

Es así que tanto la Policía de Investigaciones como Carabineros de Chile, deberán ejecutar sus tareas supeditándose; a la dirección<sup>167</sup> y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren<sup>168</sup>.

Las actuaciones de investigación no siempre tendrán su origen en una orden previa de los fiscales, pues existen casos en que la policía podrá obrar autónomamente, estos son<sup>169</sup>:

Prestar auxilio a la víctima<sup>170</sup>

Practicar la detención en delitos flagrantes<sup>171</sup>

Resguardar el sitio del suceso<sup>172</sup>

Identificar testigos y consignar sus declaraciones, en caso de flagrancia, y cuando se requiera de ellas para averiguar lo acontecido en el sitio del suceso<sup>173</sup>.

Levantamiento de los cadáveres en caso de muerte en la vía pública<sup>174</sup>.

Recibir las denuncias del público<sup>175</sup>.

Realizar Control de identidad<sup>176</sup>

<sup>167</sup> Dirección funcional que quiere decir, que para los efectos de llevar adelante las investigaciones criminales, los fiscales del Ministerio Público pueden dar ordenes a los agentes policiales, quienes se encuentran obligados a cumplirlas. Con todo, los alcances de la dirección funcional están limitados. No se trata de que el Ministerio Público pueda intervenir en la jerarquía interna de estas instituciones ni en su distribución de trabajo. Las facultades de los fiscales sólo se extienden a la realización de las diligencias de investigación, sin que ello importe intervenir en la organización interna de las instituciones policiales. Las policías mantienen sus dependencias jerárquicas e institucionales, no obstante encontrarse a disposición del Ministerio Público para llevar adelante las diligencias de investigación necesarias". Ibid, p135.

<sup>168</sup> Vid. Art 80 CPP.

<sup>169</sup> En detalle, Art.83 y 84 del CPP.

<sup>170</sup> 1. La policía deberá otorgarle al ofendido por un delito un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir. 2. Todo funcionario policial deberá, sin orden previa, prestar auxilio a la víctima antes de realizar cualquiera otra actuación que tenga fines de investigación. En consecuencia, realizará inmediatamente todas las actuaciones necesarias para preservar la vida y la salud de la víctima. En especial, brindará los primeros socorros y trasladará a la víctima al hospital, clínica u otro establecimiento de salud semejante, público o privado, más cercano, a objeto que se le preste la atención médica necesaria. En Instructivo general Del Ministerio Público de 8 de Noviembre del año 2000, N° 19, Respecto de las Funciones de las Policías previstas en los artículos 83 y 90 del Código Procesal Penal.

<sup>171</sup> La policía deberá proceder a detener a todo aquel: Que actualmente se encontrare cometiendo un delito- El que acabare de cometerlo- El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice- El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, o con armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo - El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito. En Artículo 130 del CPP.

### **Prohibiciones impuestas a las Policías**

Son especialmente dos: la primera, se encuentra descrita por el artículo 91 del CPP<sup>177</sup> y consiste en la prohibición que pesa sobre el agente policial, en cuanto a proceder a interrogar en forma autónoma al imputado, salvo que éste acceda voluntariamente o bien,

<sup>172</sup> *Se entiende que se está en presencia de un sitio del suceso que debe ser resguardado de acuerdo a las normas siguientes cuando en él parezca haberse cometido un hecho que, por su gravedad y naturaleza, justifica la intervención de personal investigador experto para la recolección de los rastros o vestigios del mismo y de los instrumentos usados para llevarlo a cabo, aún en el caso en que los vestigios no sean apreciables a simple vista y se encuentren sólo en estado latente.* En Instructivo general Del Ministerio Público de 8 de Noviembre del año 2000, N° 19, Respecto de las Funciones de las Policías previstas en los artículos 83 y 90 del Código Procesal Penal. P 8.

<sup>173</sup> *Tanto en los casos de detención por delito flagrante como cuando se proceda al resguardo del sitio del suceso, corresponde a todo funcionario policial, sin orden previa, identificar a los testigos presentes. Son aplicables con ese fin las disposiciones que sobre control de identidad contiene el art. 85 CPP. La identificación consiste en el registro de todos los datos del testigo que sean útiles para su citación o contacto por otro medio, con miras a su colaboración con la investigación del fiscal y su eventual declaración en el juicio oral. Se consignará especialmente el nombre y el apodo del testigo, así como una breve descripción del mismo, su domicilio particular, agregando las señas particulares que sean pertinentes para su mejor ubicación, su domicilio laboral, su teléfono particular y laboral, su dirección postal y su casilla electrónica. Asimismo, se consignarán datos de dos o más personas a través de los cuales se pueda ubicar al testigo.* Ibid p 13.

<sup>174</sup> *En los casos de muerte en la vía pública, y sin perjuicio de las facultades que corresponden a los órganos encargados de la persecución penal, la descripción a que se refiere el art 181 y la orden de levantamiento del cadáver podrán ser realizadas por el jefe de la unidad policial correspondiente en forma personal, o por intermedio de un funcionario de su dependencia.* Art 90del CPP. Clarificando tal disposición el Ministerio Público: *Siendo facultativa la atribución conferida al Jefe de la Unidad Policial correspondiente, instruimos a la policía en el sentido de que dicha atribución sólo se haga efectiva en los casos de muerte en la vía pública, causada por vehículo, es decir por accidente del tránsito, y que en el resto de los casos de muerte por razones distintas, se proceda de acuerdo a las reglas generales.* En Instructivo general Del Ministerio Público de 8 de Noviembre del año 2000, N° 19, Respecto de las Funciones de las Policías previstas en los artículos 83 y 90 del Código Procesal Penal. P15.

<sup>175</sup> El denunciante deberá indicar, a) El relato de los hechos b) La indicación de los medios de prueba que logra identificar c) La identificación lo más precisa de la persona imputada d) La identificación de la víctima del hecho que puede ser el propio denunciante e) La indicación de protección urgente para sí o para otro. En art.174 del CPP.

<sup>176</sup> Al respecto el art.85: *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, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito o falta.*

<sup>177</sup> *“Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto. Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”.*



la declaración sea prestada en presencia de su defensor. Por ende, queda absolutamente prohibido, interrogar más allá de estas dos excepciones, salvo para el caso de averiguar la identidad del imputado.

Si éste accediere a prestar declaración en forma voluntaria, deberá informarse de ésta al fiscal, para que proceda a tomarla personalmente, y ante la imposibilidad de su asistencia, deberá autorizar a la policía a recibirla bajo su responsabilidad<sup>178</sup>.

La segunda prohibición dice relación con el deber de guardar secreto que pesa sobre todo funcionario policial, sobre materias propias del proceso, estando vedado: *informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible*<sup>179</sup>.

Tal idea se refleja fielmente en las palabras Emitidas en la Cámara de Diputados al aprobarse tal disposición: *“La idea es que, en principio, ningún órgano del sistema, o sea, ni el fiscal ni la policía, pueda informar a la prensa antes de presentar judicialmente los cargos al imputado. Este es el mínimo principio de lealtad. No se puede informar a la prensa de algo sí, paralelamente, no se da al imputado la oportunidad de defenderse*<sup>180</sup>.”

## 2) Comunicaciones entre la Policía y el Ministerio Público

Todo lo anteriormente expuesto, no sería posible, sino existiese una adecuada comunicación entre el Ministerio Público y las Policías, dependiendo de ella el éxito de la investigación, en este sentido el artículo 81 del C.P.P dispone:

*“Comunicaciones entre el Ministerio Público y la policía. Las comunicaciones que los fiscales y la policía debieren dirigirse en relación con las actividades de investigación de un caso particular se realizarán en la forma y por los medios más expeditos posibles”.*

Puesto que un órgano persecutor no es tal, si no posee los medios que le permitan cumplir la misión para la cual fue creado<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> “Al imputado se le exhibirá el encargo del fiscal y se le informará que tiene derecho a no declarar ante la policía, y, en todo caso, a no declarar bajo juramento. También se le informará que en la entrevista a que acceda puede y, en principio, debe estar presente su abogado defensor. De la realización de esta advertencia deberá quedar constancia por escrito. Si no fuera posible la presencia del abogado defensor en la entrevista y el imputado de todas maneras estuviere dispuesto a prestar declaración ante la policía y no ante el fiscal, harán constar por escrito su anuencia, sin perjuicio del deber del fiscal de cerciorarse de las condiciones en que el imputado consiente en declarar y presta su declaración”. En Instructivo General Del Ministerio Público N° 31 de 12 de diciembre del año 2000, que Informa sobre instrucciones complementarias a las policías, de acuerdo al artículo 90 del Código Procesal Penal, p 8.

<sup>179</sup> Vid. Artículo 92 CPP.

<sup>180</sup> Sarrás Chahuán, Sabas, “Manual Del Nuevo Procedimiento Penal”, Segunda Edición, Editorial Lexis Nexis, año 2002, p112.

<sup>181</sup> El artículo 83 de la Constitución Política de la República dispone: *Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.*

Siendo la comunicación entre el Ministerio Público y la Policía, el pilar básico sobre el cual se sustenta el éxito de una investigación, es así que con miras a lograr éste objetivo, se han impartido ciertas directrices por parte del Ministerio a las Instituciones Policiales, estas son <sup>182</sup> :

Cuando los funcionarios policiales deban comunicarse por cualquier motivo con el fiscal o con sus colaboradores, emplearán el medio más expedito posible, privilegiando el uso de medios técnicos confiables y disponibles como teléfono, fax, correo electrónico, etc. Lo anterior es sin perjuicio, del envío posterior o simultáneo de los informes o antecedentes, que por su volumen o grado de detalle deban enviarse en forma de documento convencional.

Tratándose de órdenes para la realización de actuaciones que requieren autorización judicial previa, el fiscal deberá remitir siempre copia de tal autorización, lo que podrá hacerse por fax o por otro medio técnico, que acredite fehacientemente la existencia y el tenor de la autorización. Lo anterior es sin perjuicio del envío simultáneo del documento convencional.

De estas comunicaciones quedará constancia tanto en los registros de la institución receptora como en los de la remitente, sea mediante la incorporación, en su caso, del documento o su copia al registro, sea mediante anotación en el registro del día y hora en que se envió o recibió, de la persona que la envió o recibió, del medio empleado y de su contenido

Es perfectamente válida y procedente la orden verbal emitida por el fiscal a cargo del caso a las policías, sin perjuicio de lo anterior deberá dejarse constancia de tal directriz en los registros de la policía y en los del Ministerio Público. El fiscal asume la responsabilidad de la orden emitida y ésta debe ser obedecida por la policía, salvo que la actuación ordenada necesite de una autorización judicial previa en los términos previstos, en el artículo 9º del nuevo Código.

A modo de síntesis *“Podríamos afirmar que la función básica del Ministerio Público con relación a la policía, es de orientación más que de dirección. No existe un modelo en que el Ministerio Público dirija cabalmente o sustituya a la policía.*

*En cambio, el Ministerio Público debe saber discriminar los antecedentes aportados por la policía, y encauzar jurídicamente la investigación, especialmente en los casos más graves, delitos capitales o delitos complejos. El enfoque apropiado es el que entiende el trabajo Ministerio Público/Policía como uno de coordinación: la policía se encuentra capacitada en las diferentes técnicas investigativas, y el fiscal debe saber como construir un caso desde el punto de vista jurídico penal, a partir de los antecedentes aportados por la policía, operación que incluya un conocimiento cabal de las normas aplicables al caso, lógica, creatividad, razonamiento científico, y observación <sup>183</sup> ”.*

---

<sup>182</sup> En Instructivo General Del Ministerio Público N° 31 de 12 de diciembre del año 2000, que Informa sobre instrucciones complementarias a las policías, de acuerdo al artículo 90 del Código Procesal Penal, p 2 y ss.

<sup>183</sup> Sarrás Chahuán, Sabas, “Manual Del Nuevo Procedimiento Penal”, Segunda Edición, Editorial Lexis Nexis, año 2002, p84.

## CAPÍTULO SEXTO

En el presente Capítulo, se analizarán dos informes en derecho, de los profesores: Raúl Tavolari Oliveros y Orlando Poblete Iturrate, en ambos, se vierten argumentaciones en torno a la aceptación y rechazo de la declaración de los policías como testigos de oídas.

Tales informes en derecho, fueron realizados dentro del marco de conocimiento, del recurso de nulidad deducido contra la sentencia definitiva pronunciada en juicio oral.

Dicho recurso, tiene como eje central el debate en torno a la exclusión o no del testimonio de oídas de los policías, tema que en lo que dice relación con la presente memoria resulta trascendental, con miras a la obtención, de las conclusiones que nos permitan responder la interrogante que iniciara esta exposición.

## INFORMES EN DERECHO

### A) Raúl Tavolari Oliveros<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Chile, en Informe en Derecho “Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado”, Boletín N°19 del Ministerio Público, Mes de Julio del Año 2004, p. 201-212.

El informe en derecho del profesor Raúl Tavolari, de abril de 2004, se pronuncia sobre la procedencia del recurso de nulidad interpuesto contra una sentencia condenatoria por el delito de violación, dictada por el tribunal oral de Antofagasta

La defensa en su oportunidad dedujo el recurso de nulidad, argumentando que la sentencia condenatoria, había infringido el artículo 373, letra a) del CPP, al valorar la declaración de los policías sobre lo dicho por el acusado, en el interrogatorio al cual se vio sometido por tales agentes.

La valoración de tal medio de prueba, se constituye en una infracción a las garantías constitucionales de todo imputado, en lo referente a su derecho a contar con un abogado, al momento de ser objeto de interrogatorio.<sup>185</sup>

Ante tal escenario, el profesor Raúl Tavolari expone en su informe, un conjunto de ideas tendientes a justificar su posición favorable a la aceptación, de la admisión y valoración de la declaración de los policías como testigos de oídas, tales son:

1.- **En cuanto a la declaración autoinculpatoria** : Nos dice, *la proscripción normativa, dice relación con la imposición o forzamiento de la declaración al imputado. Nada obsta, empero, a conferir valor persuasivo a las declaraciones que éste se allana espontáneamente a prestar*<sup>186</sup>

Tal aseveración, la sustenta en una serie de normas insertas dentro del Código Procesal Penal, de cuyo análisis se puede colegir; que si bien dicho cuerpo legal establece el principio de no autoincriminación, también consagra que la declaración del imputado aún siendo incriminatoria, posee cierto valor probatorio, conclusión que surge de la lectura de los artículos 93 letra g, 194, 326, 331, 338 y 340.<sup>187</sup>

2.- **En cuanto a la posibilidad, de que se rinda testimonio de oídas sobre lo que el imputado declara después de cometido el hecho delictual:** Sobre el Estado como organización jurídico política, pesa el deber de imponer orden al conglomerado social que le sirve de sustento, para ello, ha de hacer uso del poder punitivo. Esta función, se impone como una obligación ineludible que ha de ser llevada a cabo, siempre con el debido respeto a las garantías básicas de todo ciudadano. Si lo anterior es así, se obtiene como resultado, que de la labor de los policías en sus pesquisas propias hacia la persecución de un delito:

*“Si la persona que lo ha ejecutado, arranca del lugar reconociendo su autoría o simplemente, es sorprendida tras la comisión y a viva voz, declara ser el ejecutor material, no existe razón alguna para restar eficacia probatoria al dicho de quienes*

<sup>185</sup> Señalando la defensa como principal argumento: “Que si existe duda acerca de la transparencia de la prueba producida, si no existe certeza acerca que se cumplió con todas las garantías necesarias para la producción de esta prueba, debe ser considerada como aquellas obtenidas con inobservancia de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia propia del proceso, introduce así una desigualdad entre las partes e impide considerar pertinente un instrumento probatorio así obtenido, por tanto, siempre esta vedada su admisión y valoración como elemento de prueba, estas pruebas devendrán en ineficaces para formar el convencimiento del juez.” en ob.cit supra. p 201.

<sup>186</sup> En Informe en Derecho “Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado”, Boletín N°19 del Ministerio Público, Mes de Julio del Año 2004, p205

*comparezcan al juicio narrando lo que escucharon gritar o simplemente, contar, de viva voz, al imputado o acusado*<sup>188</sup> .”

La voluntariedad de quién emite una declaración incriminatoria, resulta esencial a la hora de otorgar valor a ésta, por ello se excluye cualquier declaración obtenida, por medio del uso de la fuerza.

La admisibilidad como medio de prueba de lo oído decir por otro, es absolutamente posible bajo el sistema de libertad de prueba vigente hoy en el Código Procesal Penal, por ello en palabras del mismo profesor: “*No existe reparo esencial, para conferir valor probatorio, al testimonio de oídas, referido a los dichos por los que el acusado reconoce su participación en el hecho penado por la ley*”.<sup>189</sup>

3.- **¿ Constituye el testimonio de oídas una prueba obtenida con inobservancia de garantías constitucionales?**: el profesor Tavolari es claro al respecto; en ningún caso tal testimonio constituye una infracción a los derechos fundamentales del presunto responsable, pues este autónomamente y sin presión alguna, ha declarado la comisión del hecho y el nivel de participación que le cabe en él, siendo quienes declaran, sólo testigos por caso fortuito, ya que el deseo voluntario de manifestar los actos realizados surge espontáneamente del acusado. Lo anterior lleva al autor en comento, a plantearse el tema de la disponibilidad del derecho a guardar silencio.

4.- **Es renunciable el derecho a guardar silencio** : Del análisis de los artículos 93 letra, g) y 194 del Código Procesal Penal, es posible establecer; que el derecho a guardar silencio del cual goza el acusado en un juicio criminal, puede ser renunciado<sup>190</sup> . Resultando de esta forma absolutamente procedente la aceptación y valoración por parte del tribunal, de la prueba testimonial de oídas.<sup>191</sup>

<sup>187</sup> Art.93 letra g: *Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes: Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.* Art. 194: *Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas, que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra.* Art. 326 inciso 2 y 3: *Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que se fundare su defensa. Asimismo, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos.* Art 331: *Sobre la lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral (para el caso las declaraciones del imputado),* Art 338: *sobre el alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral en su inciso final Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate.* Y finalmente el Art 340 inc. Segundo y tercero: *El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.*

<sup>188</sup> En Informe en Derecho, de Raúl Tavolari: “Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado”, Boletín N°19 del Ministerio Público, Mes de Julio del Año 2004,p206.

<sup>189</sup> Ibid. ob cit p 206.

Ahora es menester según él autor en estudio, hacer una distinción entre el testimonio de oídas captado antes y después de la aprehensión por parte de los agentes estatales.

*Antes de la aprehensión:* De lo anterior se colige que si existe una confesión de comisión y reconocimiento de participación por el presunto responsable, absolutamente espontánea, queda excluida la posibilidad de que exista violación de derecho fundamental alguno.

2) *Después de la aprehensión* :cualquier testimonio de oídas de lo dicho por el presunto responsable, deriva su validez del proceder de las policías, me explico, sólo en cuanto se hayan respetado, los supuestos previos a una interrogación dentro del marco legal descrito en nuestro Código, entiéndase por ello: lectura de derechos del acusado, presencia de su abogado, autorización del fiscal, podrá tener valor tal testimonio, en caso contrario, la ineficacia pesaría sobre el mismo, a la hora de lograr su admisión en la etapa de prueba.

5.- ***En cuanto a los efectos producidos por la falta de observancia de lo exigido en el Art. 91 del CPP,***<sup>192</sup> : Raúl Tavolari, discurre sobre la distinción entre prueba ilícita e ilegal, arribando a la conclusión, de que sólo se está en presencia de una prueba ilícita, cuando la infracción dice relación con normas de derecho sustancial, en que la fuerza u otro hacer este destinado a imponer a un individuo, la obligación de declarar o confesar algo que en realidad nunca ha cometido.

Sustentando por ende la existencia de la prueba ilícita, en la comisión de prácticas atentatorias contra la libertad del acusado, ya sea por medio de torturas, tratos crueles u otros similares. Y para el supuesto, de que no sean advertidos los derechos que la constitución y la ley establecen en favor del imputado, en total ausencia de coacción, el profesor Tavolari estima, que sólo estaríamos ante una forma de prueba ilegal y no de

<sup>190</sup> En un mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema de 27 de abril de 2004, Rol n° 922-04, sobre tal recurso de nulidad, en su considerando quinto señala: *“Debe desestimarse la pretensión de la recurrente, referida aún supuesto quebrantamiento del derecho del imputado a guardar silencio. Antes bien, de los antecedentes de la causa, resulta, más bien, que el acusado presto sus declaraciones autoinculpatorias ante la policía y también ante el fiscal libremente, sin ser obligado a ello en modo alguno, y habiendo incluso renunciado previamente al referido derecho a guardar silencio. Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculpado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella.”*En Boletín del Ministerio Público, n°19, mes de julio del año 2004.

<sup>191</sup> El profesor Raúl Tavolari es claro: *“Si el sujeto puede renunciar y, en los hechos renuncia a guardar silencio y por las motivaciones que sean, reconoce el hecho y su participación en él, no contraría garantía fundamental alguna, la resolución que autoriza la producción de prueba testimonial encaminada a reconstruir los dichos de ese imputado.”*En p 207 del informe en análisis.

<sup>192</sup> En resumen la policía sólo podrá interrogar al imputado en forma autónoma en presencia de su abogado, en caso contrario, las preguntas sólo se remitirán a recabar información en torno a su identidad, si pese a estar ausente el defensor del imputado éste quisiere declarar, se informara al fiscal para que el imputado preste declaración ante él, si no fuere posible se solicitará autorización al fiscal para tomar la declaración sólo en presencia de los policías, permitiéndose la incorporación en cualquier momento del abogado defensor.

prueba ilícita.

Con miras a valorar la prueba ilegal, que como ya se dijo es aquella afecta a vicios de procedimiento, deberán concurrir ciertos requisitos, estos son <sup>193</sup> :

*La concurrencia voluntaria del imputado al cuartel policial*

*La espontaneidad y voluntariedad de sus declaración*

*La ausencia indiscutida de toda coacción o violencia física o moral ejercida sobre quien declara.*

*La buena fe en el actuar de los policías.*

Si estos cuatro requisitos o características concurren, en principio no existiría vulneración de garantías fundamentales, admitiéndose por ello la valoración de la prueba puesta en duda. <sup>194</sup>

6.- Finalmente el profesor Raúl Tavolari, esboza la idea de la prueba independiente, como forma de solucionar la existencia de una prueba obtenida de forma ilegal, tal solución se genera a partir de la obtención de un mismo resultado vía la utilización de medios alternativos.

En base al uso de esta vía alternativa de la fuente independiente, resulta lógico concluir que el resultado en ningún caso carece de valor probatorio, pues se obtiene el mismo independiente del vicio, a través de una fuente totalmente diferente. Por ello, la aceptación del testimonio de oídas afectado en cualquier caso de alguna ilegalidad en su producción, deja de ser la única forma de arribar al establecimiento de la ocurrencia de un hecho y la participación que le cabe al inculcado en su producción. <sup>195</sup>

De los argumentos anteriormente expuesto el expositor en análisis arriba a una serie de conclusiones, de las cuales, sólo tomaremos las más clarificadoras, pues algunas sólo se limitan a reiterar la misma idea ya esbozada en la conclusión inmediatamente anterior. Así mismo, excluiré las que dicen relación con la exclusión del recurso de nulidad por falta de preparación. Tales son:

Es totalmente aceptable que terceros declaren en juicio lo que escucharon decir por parte del imputado, sin que por tal declaración, se incurra en infracción alguna a una disposición constitucional o legal. Con mayor razón, sí los mismos son agentes de policía,

<sup>193</sup> En Informe en Derecho, de Raúl Tavolari: "Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado", Boletín N°19 del Ministerio Público, Mes de Julio del Año 2004, p209.

<sup>194</sup> "Si estas circunstancias, acompañaron a la declaración, disipados los temores en torno a que ella hubiera sido producto de un indebido forzamiento, no parece posible sostener que se ha obtenido vulnerando garantías fundamentales y, en tal evento no aparece razón para impedir que su contenido, sea producido por quienes la escucharon o que el testimonio de estos no se admita por el juez de garantía o finalmente, que no se valore el testimonio que la transcribe." Ibid.. p 209.

<sup>195</sup> En palabras del informante: "Este ejercicio intelectual de eliminación, sugerido por la dogmática penal, hace aplicable en la especie- para el evento de arribarse a la más desfavorable conclusión, que el testimonio de los agentes constituiría una prueba ilícita o sería el producto de pruebas mal habidas- la doctrina de la fuente independiente, con arreglo a la cual, la prueba podrá invocarse". Ibid. p211.

pesando sobre ellos, solamente el hecho de que tal declaración no haya sido obtenida por medio de algún elemento o accionar, que implique la pérdida de libertad y voluntariedad necesaria, que el imputado debe tener a la hora de prestar declaración.

Que una persona preste declaración sin que este sometida a privación de libertad alguna, hace difícil pero no imposible acreditar una posible coacción, que haya condicionado un tipo de declaración

Los agentes policiales, en cuanto a la toma de declaración al imputado, deben respetar las disposiciones legales pertinentes que rigen esta materia

No es aceptable por ser ilegal, que agentes policíacos estén presentes en la toma de declaración realizada por el imputado ante el fiscal, con la finalidad clara de reproducir lo oído ante el tribunal, pues se incurriría en un tipo de coacción del acusado.

El recurso deducido por la defensa, tiene su base en que se habría vulnerado el derecho del acusado de guardar silencio, al admitirse la declaración de los policías de lo oído por ellos de éste.

Es una garantía fundamental, el no ser sometido a ningún tipo de coacción a la hora de prestar declaración, como también la presencia del abogado defensor a la hora de declarar.

Toda infracción a la prohibición anterior, deviene en la ilicitud de la prueba, cualquier otro quebranto sólo acarrea la ilegalidad de la prueba presentada, sujetándose solamente a las normas de la nulidad.

Corresponde rechazar el recurso, ya que en ningún caso se ha incurrido en una prueba ilícita, puesto que no se vulneró derecho fundamental alguno, toda vez que nunca se incurrió en coacción, en el mejor de los casos sólo en una ilegalidad.

Y finalmente como último razonamiento concluye, que si el actuar de los policías se sujeta a la bona fides, y siendo posible establecer el hecho en discusión mediante una fuente independiente, el desestimar la prueba por ilegal es improcedente, por lo que ésta debe ser objeto de valoración por el tribunal.

## **B) Orlando Poblete Iturrate**<sup>196</sup>

---

Al igual que en el informe anterior, el análisis del profesor Poblete, se suscita dentro del ámbito de conocimiento por parte de la Corte Suprema, de un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, contra una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó.

El recurso tiene por fundamento, la causal establecida en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal<sup>197</sup>. Puesto que la sentencia recurrida, omitió la valoración de la declaración de los policías, sobre lo dicho por el imputado al momento de su

<sup>196</sup>

Profesor de derecho Procesal, de la Universidad de los Andes, en informe, “Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”, *Informes en Derecho*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1 del mes de diciembre, año 2003, p29 y ss.



aprehensión.

El Código Procesal Penal, así como la Constitución Política de la República, establecen que corresponderá al Ministerio Público la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, así como también, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Para ello, cuenta con las policías quienes actúan como auxiliares de la función del Ministerio.

Fruto de la labor en conjunto de ambas instituciones, es posible arribar mediante la investigación en curso, a un estado de convicción adecuado con miras a proceder al enjuiciamiento del imputado.

Lo anterior se obtiene: *“Cuando consideren que la evidencia recogida es capaz de ser producida en el juicio y es razonablemente suficiente para respaldar una imputación penal”*.<sup>198</sup>

El profesor Poblete, profundiza el carácter de auxiliar de la administración de justicia de las policías, haciendo hincapié en tres ideas marco de dicha relación, tales son: la cooperación, colaboración y coordinación que debe existir entre ambos. A las ideas anteriores, se suma la de dirección a la que se encuentran sujetas las policías en dicha relación, tal como lo establece el artículo 77 del CPP.<sup>199</sup>

En todo momento tanto los fiscales como las policías, se encuentran sometidos al control del juez de garantía. A ello se agrega el control que tales organismos en forma interna sostienen sobre su propia actividad, sustentándose aquél, en el convencimiento, de que el imputado está amparado por los derechos y garantías que la constitución y la ley consagran, de ahí que *la función de los fiscales y policías se halla inmersa, en definitiva, en una investigación y un proceso en los que debe regir un sistema de garantías que se traducen en el cumplimiento de exigencias o condiciones mínimas, que constituyen límites a los poderes estatales de persecución y de juzgamiento, sin los cuales estos se tornan ilegítimos*.<sup>200</sup>

Dentro de estos límites a la actividad de investigación, se encuentran los derechos básicos de todo imputado, tales son: el derecho a defensa y el derecho a guardar silencio.

<sup>197</sup> Art.373 del CPP: *Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia: Cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.*

<sup>198</sup> En informe en derecho, “Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”, de Orlando Poblete, en Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1 del mes de diciembre, año 2003, p31.

<sup>199</sup> “Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público”

<sup>200</sup> *ibíd*, p 33 de informe en derecho.

En cuanto al primero, éste se traduce; en que el inculpado ya sea personalmente o por medio de una defensa técnica, tiene el derecho a interiorizarse de aquello que se le imputa, desde el primer momento del proceso, como también, la de realizar todas las gestiones que le permitan acreditar su inocencia ya sea declarando, solicitando diligencias, u ofreciendo pruebas.

En el caso del derecho a guardar silencio, él profesor Orlando Poblete, se retrotrae a la fuente máxima dentro del ordenamiento jurídico, que es la Constitución Política de la República, e intenta poner en evidencia, que desde la cúspide hacia la base del sistema, el derecho a guardar silencio, se encuentra acogido ampliamente. Sustentando tal opinión, en diversas disposiciones legales ya sea de origen nacional como internacional, tales son: el artículo 19 n°7 letra f) de la Constitución Política de la República, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 letra g), y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 n°3 letra e), llegando finalmente a nuestro Código Procesal Penal en los artículos 93, letra g), 135, y 195.

La sola lectura de tales artículos, permite fácilmente inferir, que nuestro legislador establece el derecho a guardar silencio como un mecanismo de defensa en sentido pasivo.

Sustentando una idea similar Julio Maier nos dice: *“No es posible obligarlo (al imputado) a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza.”*<sup>201</sup>

La prueba obtenida por el Ministerio Público, fruto de su actividad de investigación, sólo podrá ser valorada en el juicio oral, siempre y cuando haya superado el análisis de legalidad pertinente en cuanto a su obtención e introducción al juicio, de ahí que cualquier infracción en cualquiera de estos dos ámbitos, deviene necesariamente, en la exclusión de dicha prueba. Por adolecer de un grado de ilicitud que la hace manifiestamente inaceptable, por reñir con las garantías y derechos consagrados dentro del sistema jurídico chileno.

Por lo anterior es que existe en nuestro sistema jurídico penal, la prueba ilícita como mecanismo correctivo.<sup>202</sup>

En cuanto a la declaración del imputado, ésta se encuentra revestida de ciertas garantías y derechos, que aseguran que la misma no sea utilizada en perjuicio de éste, tales son: el derecho a guardar silencio, a la no autoincriminación, a la presencia de su abogado al prestarla y que en todo caso, se considere el principio de presunción de

---

<sup>201</sup> En informe, “Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”, de Orlando Poblete, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1 del mes de diciembre, año 2003, y ss. p 45

<sup>202</sup> *“La consagración por el Código de la doctrina de la prueba ilícita y de las prohibiciones de prueba, entonces, envuelve para el sentenciador una doble responsabilidad. Por un lado, su atención al origen de la prueba, en particular a la manera como fue obtenida durante la investigación. Por otro, la rigurosidad para sancionar aquellas obtenidas con infracción. De la satisfacción de una y otra dependerá la legitimidad de la evidencia que habrá de ponderarse y consecuentemente, de la decisión que se pronuncie.”* Ibid ob.cit supra p 49.

inocencia, como así mismo el carácter de medio de defensa de la declaración.

Durante la investigación la declaración del inculcado “*no será nunca medio de prueba. Ni en la hipótesis en que la policía pueda recibirla ni en ningún otra ni aunque sea espontánea, puede la fiscalía considerarla medio de prueba. La ley la concibe como medio de defensa en toda circunstancia*”.<sup>203</sup>

Tal es el convencimiento del profesor Poblete, que incluso va más allá y llega a considerar la admisión de la declaración autoincriminatoria, como un caso de prueba prohibida.<sup>204</sup>

Siguiendo en la misma línea, todo lo dicho por el imputado ante el juez de garantía en ejercicio del derecho a prestar declaración, en ningún caso podrá ser considerado como medio de prueba, que produzca efectos en contra de su inocencia, puesto que el carácter que ésta adquiere es de medio de defensa, tal como se concluye de los artículos 97, 98 y 332 del CPP.

Siguiendo con la exposición del profesor Orlando Poblete, paso a detallar su postura en cuanto a la declaración del imputado ante las policías, en lo concerniente a las hipótesis contempladas en el artículo 91.

Dicha disposición, contempla cuatro opciones en que el imputado presta declaración, y teniendo sólo en tres de ellas participación directa la policía. Las cuatro hipótesis son:

En presencia del abogado defensor, caso en el cual, puede verse sometido a interrogatorios el imputado por parte de las policías.

En ausencia del defensor, en cuyo caso, las preguntas de las policías sólo irán dirigidas a recabar información acerca de la identidad del imputado.

En caso de ausencia del defensor, pero ante la venia del imputado en cuanto a su deseo de declarar, las policías pondrán al acusado a disposición del fiscal, para que preste su declaración.

Finalmente en caso de ausencia del defensor y ante la venia del imputado, éste desee declarar y no fuere posible que el fiscal tomare su declaración, podrá prestarla ante las policías con la autorización del fiscal, y en todo momento podrá incorporarse su abogado defensor.

De la lectura de estas cuatro hipótesis el autor en análisis concluye, que lo perseguido por el legislador al crear dicha norma legal, es evitar dar a la declaración del imputado, el carácter de una confesión, puesto que la confesión como medio de prueba, apunta directamente al establecimiento de la culpabilidad de quien la presta. Constituyéndose en una infracción a los derechos de no autoincriminación, presunción de inocencia, y guardar silencio. Derivándose de su existencia, el rechazo absoluto a toda

<sup>203</sup> Ibíd. Ob. cit p 51

<sup>204</sup> “Si la fiscalía la aprovecha como medio de prueba, si utiliza la declaración como prueba incriminatoria, hace uso de un medio de prueba prohibido (estaría utilizando una confesión) y vulnera los derechos de defensa y al silencio y a la no autoincriminación. Si se usa a la policía para que testimonie sobre lo mismo, sobre la declaración incriminatoria del imputado, incurre en igual ilícito, vulnera las mismas normas (por una vía distinta, la de la declaración testifical, estaría reproduciendo una confesión)” ibíd. p 51.

manifestación que conlleve una valoración perjudicial de lo declarado por el acusado.

A continuación se expondrán las ideas base, sobre las que el profesor Poblete sustenta, el rechazo a la admisibilidad de la declaración de los policías como testigos de oídas, estas son:

Los policías no pueden tomar declaración en forma autónoma al imputado, sí esto acontece estamos en presencia de una prueba ilícita

La hipótesis de prohibición que contempla el artículo 91, en cuanto a excluir toda declaración en términos autónomos, que la policía pueda tomar al inculpado, persigue evitar la infracción a los derechos de defensa, guardar silencio y no autoincriminación.

Los tres derechos antes enunciados, sólo resultan ser operativos sí se concibe a la declaración como medio de defensa.

4) Si se diera el caso, que el imputado declarase autónomamente ante la policía, tal declaración pese haber sido otorgada voluntariamente, carecería aún así, de todo valor inculpativo. Como también, todo lo que pudiese reproducirse mediante prueba testimonial, de lo dicho por el acusado. Excluyéndose por ende, la declaración de los policías, pues la finalidad de la declaración es la de ser un medio de defensa.<sup>205</sup>

5) El derecho a guardar silencio es renunciable, lo cual no significa que pueda ser utilizada dicha renuncia, y posterior declaración, como medio de prueba inculpativa por parte del fiscal, puesto que la confesión esta excluida del CPP.

Si se admitiera el testimonio de oídas de los policías, se dejaría abierta la puerta a toda clase de infracciones, ya que *“si la policía entendiéndose estar legitimada para reproducir lo que oiga decir del imputado espontáneamente, entonces el interés natural por conocer la información del imputado se acrecentará y por ende el de obtener esas declaraciones espontáneas”*<sup>206</sup>.

La declaración del imputado en términos autónomos ante la policía, constituye un ejemplo de prueba ilícita y debe ser excluida conforme al artículo 276 del CPP.

La admisión en el auto de apertura de una prueba ilícita, no excluye la posibilidad de su exclusión por parte del tribunal oral, a través de un incidente de nulidad promovido en el juicio oral, que habrá debate sobre la Constitucionalidad y legalidad de la prueba en cuestión.

Lo anterior se hace posible, siempre y cuando, en la audiencia preparatoria del juicio oral, la exposición que se haya hecho sobre lo que ha de declarar el testigo, no hubiere sido lo suficientemente detallada, impidiendo de esta forma al juez de garantía contar con

<sup>205</sup> “De aceptarse esta especie de vía paralela, en la que la utilización de las declaraciones del imputado sería posible convirtiéndolas en prueba de testigos policiales, se estaría legitimando una actuación autónoma de la policía, que el Código no reconoce, con lo cual el ámbito del proceder policial fijado rigurosamente, se desvirtuaría al punto de quedar, en definitiva, a merced del resultado material que de hecho se produjera en el procedimiento.” *Ibíd*, p 68.

<sup>206</sup> En informe, “Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”, de Orlando Poblete, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1 del mes de diciembre, año 2003, y ss. p70.

los antecedentes suficientes para excluir la prueba en cuestión.

La labor del tribunal oral en lo penal, se enmarca dentro de su calidad de *órgano del estado, en los términos del artículo quinto de la Constitución Política de la República, que tiene el deber de respetar y promover los derechos garantizados en la Constitución.*<sup>207</sup>

La prohibición de la declaración de los policías como testigos de oídas, no es un caso de inhabilidad de testigos, sino una prohibición de prueba, pues en forma absoluta la misma está prohibida por infringir los derechos de defensa, presunción de inocencia y no autoincriminación.

Dicha prohibición abarca lo que dice relación con la declaración del imputado, pero no con las demás labores propias de dichos agentes dentro del marco del proceso penal.

Finamente para concluir paso a exponer las conclusiones vertidas en dicho informe:

La vía incidental es absolutamente procedente en el juicio oral como mecanismo destinado a excluir la prueba ilícita.

El tribunal oral actuó con arreglo a derecho al excluir la declaración de los policías, por vulnerar su admisión el derecho de no autoincriminación.

El Ministerio Público no tuvo derecho alguno a plantear el recurso de nulidad, basado en el argumento de infracción a normas constitucionales, en razón de la exclusión de las declaraciones, puesto que lo que sí se vulneraba eran los derechos del imputado.

La exclusión de dicha prueba en ningún caso representa una infracción a garantías constitucionales ni tratados internacionales vigentes.

En ningún caso se configura la causal del artículo 373 letra a) del CPP.

Por lo anteriormente señalado dicho recurso ha de ser rechazado.

Con esta última conclusión, doy por finalizado el análisis del informe del profesor Orlando Poblete.

<sup>207</sup> *Ibíd*, p 72 de informe en derecho.



# CAPÍTULO SÉPTIMO

## Principios y Garantías Procesales

En nuestra Constitución Política de la República así como en nuestra legislación Penal, se consagran una serie de garantías procesales, que sirven como limitación al ejercicio del poder punitivo Estatal, permitiendo que todo ciudadano al verse expuesto a imputaciones delictivas por parte de un órgano jurisdiccional, se encuentre amparado ante tal persecución, por las nociones de imparcialidad de quien lo juzga, derecho a defensa jurídica, que se lo presuma inocente y otras similares.

Por ello es que en este último Capítulo, he querido esbozar sucintamente, cuales son estas garantías y en que consiste su importancia.

Derecho de toda persona a un Justo y Debido proceso: Se encuentra establecido en el Art.19 n°3 Inciso 5 de la CPR, que nos dice: *“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”*. Por Procedimiento racional y justo ha de entenderse el que considere tres requisitos<sup>208</sup> :

*Que se notifique la acción a las partes y se otorgue a la contraria plazo para responderla adecuadamente*

*Que exista real e igual oportunidad de producción de pruebas*

*Que se dicte la sentencia con respecto a la Constitución y a las leyes, procesos de doble instancia como regla general, de manera que la única instancia sea nada más que excepcional.*

Los anteriores requisitos fueron dados por la Comisión Ortúzar, la cual sólo fijó de esta forma, un contenido de carácter general sobre lo que debía entenderse por debido proceso. Pues no puede dejar de mencionarse como elementos distintivos de aquel: el más amplio acceso a los tribunales, la independencia e imparcialidad de los jueces, la rapidez en las decisiones de los órganos judiciales, la más amplia disposición de medios de defensa jurídica, entre otros.

El magistrado, Señor Carlos Cerda Fernández, agrega como características propias de este principio: *La existencia de un órgano jurisdiccional -- que tal órgano genere sentencias -- que éstas se funden en el conocimiento y juicio de contiendas -- y que ese conocimiento se sujete a formas racionales*<sup>209</sup>.

Igualdad entre las Partes: Esta garantía se encuentra comprendida en el concepto de debido proceso, y consiste; en colocar a todos los intervinientes de un proceso judicial, en las mismas condiciones en cuanto a contar con los medios, recursos, y el debido acceso a todas las instancias probatorias del juicio.

Se encuentra establecido en el Art.19 n°3 de nuestra Carta Fundamental: *“La Constitución asegura a todas las personas: la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*

Derecho a Ser Juzgado por el Tribunal establecido por la ley: en lo concerniente a este derecho el inciso cuarto del Art. 19 n° 3 de la CPR, nos dice: *“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.”*

A este respecto, el Tribunal Constitucional señaló: *“La Constitución reconoce a toda persona el derecho al juez natural, y prohíbe el ser juzgado por comisiones especiales, como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales y pretende asumirlas sin haber sido atribuido de ellas conforme a derecho. En un Estado de derecho, existen leyes dictadas para ser cumplidas y las personas que entren en conflicto con quienes las infrinjan tienen derecho a recurrir al juez en demanda de justicia. Esta es la compensación constitucional por haberse abolido y prohibido la autotutela en al solución de los conflictos. Por lo tanto el Estado es el garante de que lo referidos conflictos se fallen de acuerdo a la ley conocida de todos*<sup>210</sup>.

Que para el caso en análisis, se traduce en ser juzgado por los tribunales que la ley

---

<sup>208</sup> Egaña Cea, Jose Luis, “Curso de Derecho Constitucional” Pontificia Universidad Católica de Chile. Tomo II sobre Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales, año 1999, p79

<sup>209</sup> En “Iuris Dicio” Editorial Jurídica de Chile, año1992, Santiago de Chile, p233.

<sup>210</sup> Egaña Cea, Jose Luis, “Curso de Derecho Constitucional” Pontificia Universidad Católica de Chile. Tomo II sobre Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales, año 1999, p75



señala, y bajo el procedimiento en ella descrito

Derecho a Un Juicio Previo, Oral y Público: El Art. 1 del CPP dispone: *Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público desarrollado en conformidad con las normas legales*. Que se complementa con el artículo 291, al señalar: *La audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general a toda intervención de quienes participaren en ella*.

En ambas disposiciones se regula el principio de la oralidad, “*que impone la exigencia de que el fundamento de una sentencia, sólo puede provenir de un debate público e inmediato*”<sup>211</sup>. La consagración de tal principio como un requisito de todo juicio, se encuentra íntimamente ligada a la vigencia del principio de inmediación, y que se traduce, en que “*el sentenciador sólo puede fallar de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba*”<sup>212</sup>.

Principio éste de la inmediación, que comprende dos aspectos:

Inmediación formal: *El tribunal que dicta la sentencia debe haber observado por sí mismo la recepción de la prueba, sin poder dejar ésta a cargo de otras personas*<sup>213</sup>. Imponiéndose como obligación a los jueces, su presencia a lo largo del desarrollo de la audiencia de prueba, estando impedidos de delegar esta obligación en funcionarios subalternos.

Inmediación material: *El tribunal debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, sin que pueda usar equivalentes probatorios*<sup>214</sup>.

En garantía de lo anterior, nuestro Código Procesal Penal, dispone; que el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. Quedando en principio prohibida la lectura de todo registro anterior a éste.

Presunción de Inocencia : El Art. 19 n°3, Inciso sexto de la CPR, se limitó solamente a no presumir de derecho la responsabilidad penal, sin perjuicio de ello, y por aplicación del artículo quinto inciso segundo de la Carta fundamental, se entienden incorporados al derecho chileno, todas las garantías sobre derechos fundamentales consagradas en tratados internacionales ratificados por Chile.

De esta forma, la presunción de inocencia, si esta contemplada en nuestro sistema Constitucional, al ser establecida en el artículo 14 n°2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al disponer:

*“Toda Persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*

<sup>211</sup> Lennon Horvitz, María Inés, Masle López, Julián, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Jurídica de Chile, año2003, Tomo I, p 94

<sup>212</sup> Ibid.p 96

<sup>213</sup> Ibid, p96

<sup>214</sup> Ibid,p 97.

En un mismo sentido, el Pacto de San José de Costa Rica en su acápite respectivo a las garantías judiciales, específicamente en su art.8 n°2 nos dice: *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”*.

Lo anterior se ve reafirmado en el artículo cuarto de nuestro Código Procesal Penal, al señalar: *“Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”*

En síntesis de lo expuesto, es menester concluir que todo el sistema procesal penal, se encuentra construido desde la base hasta la cúspide y viceversa, por una presunción que consiste simplemente en asumir, que el imputado en una causa es inocente, hasta que dentro de un proceso racional y justo, se logre acreditar lo contrario.

*Imponiéndose a jueces, fiscales y demás intervinientes, la obligación de considerar y tratar como inocente al imputado en todos los actos de investigación y de procedimiento, en tanto no fuere condenado por sentencia firme.*

*Si los fiscales del Ministerio Público estiman, dentro del marco del nuevo sistema procedimental, que una persona, no obstante el principio de inocencia enunciado, es culpable de un hecho delictivo determinado, se encuentran en la necesidad de demostrar que sí lo es, con el objeto de destruir esta verdadera presunción legal que lo ampara, encaminando la investigación hacia ese objetivo<sup>215</sup>.*

*Puesto que todo ciudadano llega al proceso con un status que debe ser destruido (inocencia) y en ello reside la construcción de la culpabilidad<sup>216</sup>.*

Con estas últimas líneas, doy por terminada la presente memoria, estimando que sólo basta esbozar, las conclusiones a las que he arribado fruto de ésta, en torno a la interrogante que le diera origen.

---

<sup>215</sup> Hermosilla Germán P, “ Nuevo Procedimiento Penal”, en Universidad Central, Colección de Clases, Facultad de Derecho Universidad Central, año 2001, p18.

<sup>216</sup> Horvitz Lennon María Inés, López Masle Julián López, “Derecho Procesal Penal Chileno” Editorial. Jurídica de Chile, año2002, p 79.

---

## CONCLUSIONES

Todo nuestro sistema jurídico, se encuentra inspirado en una serie de principios consagrados en la Constitución, y que tienen por objetivo, inspirar a todas y cada una de las demás normas integrantes del sistema jurídico chileno, sirviéndoles como marco referencial ante una futura aplicación, de tales disposiciones a casos concretos.

En tanto tales premisas consisten, en una serie de ideas marco, como son la libertad, el derecho a la justicia, la presunción de inocencia, la igualdad de todas las personas miembros de un Estado, entre otras. La vigencia de tales nociones en lo concerniente a un proceso penal, han de regir desde un inicio hasta el final de aquél<sup>217</sup>.

Si concebimos al Sistema Procesal Penal, como una manifestación del conjunto de garantías anteriormente enunciadas, resulta lógico concluir, que cualquier manifestación que atente contra éstas ha de conllevar su exclusión del procedimiento

Por lo mismo, todo accionar en pos de la obtención de antecedentes, con miras al establecimiento de un hecho ilícito, como la responsabilidad de los presuntos responsables, debe adecuarse a estas garantías, en cuanto a su respeto y protección.

Si permitimos lo contrario, el sistema creado para la protección del ciudadano, a la

<sup>217</sup> En un mismo sentido el mensaje del Código Procesal Penal, nos dice: *“Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste, en la aplicación directa, de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal. Esta disposición, obedece a la necesidad de reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza, a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en esos cuerpos normativos.*

hora de verse enfrentado a un procedimiento penal, perdería toda coherencia en relación a los valores e ideas que inspiraron su creación y aceptación.

Por ello, en todo momento del proceso, y siguiendo fielmente al propio legislador<sup>218</sup>, es que ha de considerarse que la declaración de todo imputado, siempre ha de tener un cariz como medio de defensa.

Por consiguiente, jamás ha de erigirse como único argumento de una sentencia condenatoria contra el imputado, la existencia de una declaración inculpativa otorgada por él durante el proceso, sin que hayan sido considerados con anterioridad otro tipo de elementos probatorios<sup>219</sup>.

Admitir que la declaración de los policías como testigos de oídas es procedente en el proceso penal, se constituye en una vulneración del espíritu de las normas de nuestro Código, pues mediante el uso de un medio de prueba en particular, permitido prima facie por la aplicación del principio de libertad de prueba, se infringe el conjunto de derechos fundamentales de un inculpativo.<sup>220</sup>

Constituyéndose una eventual aceptación de tal medio probatorio, en un verdadero resquicio legal, en donde mediante el uso abusivo de un principio, como es el de la libertad de prueba, se pretende acoger a valoración, un elemento de convicción absolutamente reprochable desde el conjunto de valores que forman nuestro sistema jurídico.

Es por ello que la declaración de los policías como testigos de oídas sobre lo dicho por el imputado, se erige como una manifestación de la prueba ilícita en un proceso, por constituirse en una infracción al principio de presunción de inocencia como de las garantías que el propio Código establece, en especial la de que toda declaración del imputado ha de servir como medio de defensa.

Dentro de tal ámbito cabe considerar también, la prueba ilícita derivada, pues al respecto nuestro Código Procesal Penal es claro, desde el momento que considera a la declaración del imputado, siempre como medio de defensa, surge como respuesta obvia ante la presencia de tal irregularidad la exclusión como correctivo.

Pues siempre y sin excepción, la declaración dada por el acusado, ha de servir como un elemento más para establecer su condición de inocente.

El conjunto de valores que inspiraron la creación de nuestro Código Procesal Penal, hacen que éste, se erija en una barrera a toda infracción, que ponga en riesgo la vigencia de las premisas<sup>221</sup> que inspiran todo nuestro ordenamiento jurídico. Pues nuestro

---

<sup>218</sup> Así queda claro de la lectura del Art. 98 del CPP:

<sup>219</sup> Artículo 340 In fine del CPP: *No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.*

<sup>220</sup> Véase artículos 91 y 93 del Código Procesal Penal.

<sup>221</sup> Puesto que el Código es la manifestación de la *especificación de contenidos de la Constitución Política y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que constituyen las bases a partir de las cuales se procede al diseño del nuevo sistema. En mensaje del CPP.* Premisas como: Derecho a la vida, Igualdad ante la ley, presunción de inocencia, debido proceso, etc.

legislador siempre tuvo claro, que lo perseguido con este nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, era la obtención de un nuevo orden de cosas, que abriera el camino a la proscripción de toda manifestación contraria a la dignidad propia del ser humano.

Por todo lo anterior es que concluyo; que dicho medio de prueba objeto de esta memoria, en caso alguno puede ser admitido dentro de nuestro sistema penal, por constituirse en un tipo de prueba ilícita que infringe las garantías constitucionales y legales, que todo ciudadano posee dentro del marco del Sistema Jurídico Penal vigente.



---

# BIBLIOGRAFÍA

- Anuch Nahum, Roberto. "El Sistema Probatorio del Código Procesal Penal", Revista de Derecho Procesal n°20, del Departamento Derecho Procesal de la Universidad de Chile, año 2005.
- Barja López, Jacobo. "Las Escuchas Telefónicas y la Prueba Ilegalmente Obtenida", Ediciones Akal, año 1989.
- Basualto Hernández, Héctor. "La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno". Colección de Investigaciones Jurídicas, n°2, escuela de derecho Universidad Alberto Hurtado, año 2002.
- Beling, Ernst. "Derecho Procesal Penal", Editorial Labor, España, año 1945.
- Binder, Alberto. "Iniciación al Proceso Penal Acusatorio". Editorial Calle de Campomanes, Buenos Aires, año 2000.
- Casal Hernández, Jesús María. "Derecho a la libertad personal y diligencias policiales". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Creus, Carlos. "Invalidez de los actos Procesales Penales". Segunda Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
- Dressler, Joshua. "Understanding Criminal Procedure", Third Edición, Lexis Nexis, año 2002.
- Duce, Mauricio - Riego, Cristián. "Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal", Universidad Diego Portales, año 2002.

- Estrampres Miranda, Manuel. “El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal”, Editorial Bosch, Barcelona, año 1999.
- Chahuán Sarrás, Sabas. “Manual del Nuevo Procedimiento Penal”. Segunda Edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2002.
- Fernández Cerda, Carlos. “Iuris Dictio”, Editorial Jurídica de Chile, año 1992.
- Guzmán Tapia, Juan. “La Sentencia” Editorial Jurídica de Chile.1996.
- Hairebedián, Maximiliano. “Eficacia de la Prueba ilícita y sus derivadas”. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, año 2002.
- Horvitz Lennon, María Inés - López Masle, Julián. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Ed. Jurídica Santiago de Chile, 2002.
- Jauchen M, Eduardo. “Tratado de la Prueba en materia Penal”, Rubinzal Culzani Editores, año 2002.
- Junoy Pico, Joan. “Las Garantías Constitucionales del Proceso”, José María Bosh Editores, Barcelona, año 1997.
- Maier, Julio. “Derecho Procesal Argentino”. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 1989.
- Martínez Velayos, María Isabel. “El Testigo de Referencia en el Proceso Penal”, Universidad de Alicante, Valencia, Año 1998.
- Maturana Miquel, Cristian. “Los Medios de Prueba”, Apuntes de clase de la cátedra de derecho procesal, en Universidad de Chile, Abril del año 2002.
- Midón, Marcelo Sebastián. “Pruebas Ilícitas análisis Doctrinario y Jurisprudencial”, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2002.
- Pascua, Javier Francisco. “Escuchas Telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones”, Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2002.
- Rodríguez Sol, Luis. “Registro Domiciliario y Prueba Ilícita”. Editorial Comares, Granada, año1998.
- Roxin,Claus. “Derecho Procesal Penal”. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, año 2000.
- Sagrsta Llanos, Leopoldo. “Síntesis del Nuevo Procedimiento Penal”, Ediciones Jurídicas, Santiago, año 2003.
- Salgado Oyarzún, María Isabel. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. “Principio de Presunción de inocencia en el Proceso Penal oral”. Profesor Guía Sergio Lira, Universidad Central de Chile, 2004.
- Urquiaga Pfeffer, Emilio. “Código Procesal Penal Anotado y Concordado”, Editorial Jurídica de Chile, año 2001.
- Urbano Castillo, Eduardo-Torres Morato, Miguel Ángel. “La Prueba Ilícita Penal” Editorial Aranzadi, segunda edición, Navarra, España, 2000.
- Vásquez Núñez, “Tratado del Proceso Penal” Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, año 2003.
- Zapata García, María Francisca. “La Prueba Ilícita”. Editorial. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004.
- Zúñiga Carrasco, Rodrigo. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas. “La Prueba Ilícita Penal” Profesor Guía, Cristian Maturana Miquel,



Universidad de Chile, año 2001.

## Informes en derecho

Poblete Iturrate, Orlando. "Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención", Informes en Derecho, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1 del mes de diciembre, año 2003, p 29-74.

Tavolari Oliveros, Raúl. "Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del imputado", Boletín N°19 del Ministerio Público, Mes de Julio del Año 2004, p 201-212.