



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

EXCLUSIÓN DE PRUEBA POR INFRACCIÓN A
GARANTÍAS FUNDAMENTALES: PROPUESTA PARA UN
DEBATE SOBRE LA ATENUACIÓN DE LA REGLA EN
POS DE LA ARMONIZACIÓN DE LOS INTERESES
COMPROMETIDOS.

Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

Rocío Scarlett Mickle Gómez

Profesor Guía: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, 2021

Agradecimientos

A mi profesor, gracias por su inagotable paciencia y apoyo durante este largo proceso. A pesar de las vicisitudes, heos aquí hoy, contemplando el resultado de este complejo camino.

A mis Padres, gracias por estar y por su serenidad. Aunque tomó tiempo, espero que el término de esta etapa les brinde esperanza. La verdadera lid apenas comienza, mas, como resultado de sus esfuerzos cuento con las armas para enfrentarla.

Y, a los integrantes de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, gracias por los constantes desafíos, confianza y aportes al presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDOS

Agradecimientos	1
Resumen	6
Introducción	1
CAPÍTULO I	9
DE LA INVESTIGACIÓN EN MATERIA PROCESAL PENAL.....	9
La verdad y su rol en el proceso penal	9
La investigación en el proceso penal.....	18
Ministerio Público, Policías y Juez de Garantía: funciones y relaciones. ...	23
CAPÍTULO II	42
Término de la investigación y etapa de preparación de juicio oral.....	42
Etapa de preparación de juicio oral y su trascendencia dentro del proceso ..	45
Debate acerca de las pruebas y el Auto de Apertura	49
CAPÍTULO III	62
La prueba ilícita.....	62
La prueba ilícita y su vínculo con la etapa de investigación	62
Diligencias intrusivas y derechos fundamentales	68
Inviolabilidad del hogar.....	72
Inviolabilidad de las comunicaciones	75
Integridad física y psíquica	78
Concepto omnicomprensivo de prueba ilícita	85

La exclusión de prueba: fundamentos y alcances	92
CAPÍTULO CUARTO.....	103
Atenuación de la regla de exclusión	103
Principio de Proporcionalidad o Teoría de la Ponderación:	107
Criterios de la proporcionalidad:	110
Críticas a la proporcionalidad:	121
Teoría de conexión de antijuridicidad:	123
Críticas a la conexión de antijuridicidad	128
Excepción de fuente independiente.....	131
Críticas a la fuente independiente	138
Descubrimiento inevitable:.....	140
Críticas al descubrimiento inevitable	147
Hallazgos casuales:.....	149
Buena fe del agente:.....	158
Críticas a la teoría de la buena fe del agente:	164
CAPÍTULO V.....	166
Resoluciones judiciales y modificaciones legales y su relación con la atenuación de la regla de exclusión	166
Sistema de recursos y sus principios rectores.....	166
Recurso de Apelación.....	172
Ejemplos de sentencias que acogen excepciones a la regla de exclusión	176
Recurso de Nulidad	187

Fragmentos de sentencias relevantes de la Corte Suprema en atención a recursos de nulidad interpuestos por la causal genérica de la letra a) del artículo 373.....	195
Ejemplos de sentencias que rechazan recursos de nulidad interpuestos por la causal genérica del Artículo 373 letra a).....	204
Modificaciones legales atinentes a la materia y breve historia legal.....	227
Ley. 20.074.....	228
Modificaciones legales de la Ley 20074.....	229
Ley 20.253.....	233
Modificaciones legales de la Ley 20.253.....	233
Ley 20.931.....	234
Modificaciones legales de la Ley 20931.....	235
Conclusión:	244
Bibliografía:	258
Doctrina:	258
Códigos, Leyes e Historia de la Ley	276
Jurisprudencia	280
Jurisprudencia Comparada	280
Jurisprudencia Nacional	281
Cortes de Apelaciones	281
Corte Suprema	281

Resumen

El presente trabajo pretende destacar una problemática que, no obstante el tiempo que ha transcurrido desde la reforma procesal penal y el surgimiento las instituciones que la involucran, no deja de ser relevante, así como tampoco es una cuestión del todo pacífica para la doctrina y la jurisprudencia. Hablamos de la exclusión probatoria, su aplicación y alcances en el proceso penal a la luz de lo consagrado en el artículo 276 inc. 3 del Código Procesal Penal.

El análisis crítico sobre ella, así como de su gatillante, la prueba ilícita originada durante las diligencias de investigación, buscará promover un debate que se estima necesario, así como abogar por la armonización entre las garantías fundamentales y el ejercicio del *ius puniendi*, por cuanto quien suscribe, cree que no basta una mera infracción a aquéllas, sino que la transgresión debe caracterizarse por ser grave, determinante, irreparable, sustancial y concreta para habilitar la procedencia de la exclusión. Esto, se traduce en la atenuación de este principio, el cual, como se verá, radica en la incorporación de diversas excepciones, como lo son el principio de proporcionalidad, la doctrina de la fuente independiente, la del hallazgo inevitable, entre otras.

En consecuencia, este proyecto, se caracteriza por constituir una investigación de corte bibliográfico – documental, que incluye además jurisprudencia y el estudio de normativa penal, orientando su análisis a proveer elementos básicos de interpretación útiles para resolver el conflicto suscitado entre los mentados bienes jurídicos, así como evidenciar la relevancia del establecimiento de una política criminal por parte de las instituciones involucradas en el proceso penal durante el desarrollo de las investigaciones y su impacto en esta materia.

Se procederá, al desarrollo del presente fundamentalmente a través de la examinación de doctrina y jurisprudencia, tanto extranjera como nacional, a fin

de cimentar las bases del proyecto para, finalmente, destacar la recepción de las excepciones a la regla de exclusión que tienden a la atenuación de su aplicación en resoluciones judiciales al igual que las modificaciones legales habidas en el Código Procesal Penal que apuntan a similar dirección.

Introducción

El quebranto de las normas jurídico penales no es una situación baladí en nuestra sociedad. A diferencia de lo que ocurre con otras ramas del Derecho, el Estado ejerce con mayor celo sus atribuciones con tal de restablecer el imperio de aquél, a través del conocido *ius puniendi*, la *ultima ratio* en nuestro sistema jurídico. Es nombrada así, dadas las consecuencias que apareja la comisión de delitos, dentro de las cuales destaca la restricción de diversos derechos y garantías fundamentales de los infractores de ley penal.

Así, es posible comprender el derecho penal y el proceso penal como herramientas que validan el accionar represivo del Estado en determinadas circunstancias, lo cual se manifiesta con mayor evidencia en la etapa primigenia del proceso, esto es, la investigación. En ella, el Ministerio Público, a través del ejercicio de la acción penal y la colaboración de las policías, deberán efectuar diversas diligencias, las cuales no pueden ser ejecutadas sin la posibilidad de que las mentadas garantías y, consecutivamente, los derechos protegidos por ellas, se vean a lo menos, afectados en cierta medida, dado que “[el] objeto del proceso penal es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas.”¹ Siendo éstas, de las más gravosas de nuestro sistema, ya que, podrán conllevar la privación de libertad del sujeto activo del hecho de relevancia penal.

Para asegurar cierta efectividad del ordenamiento jurídico penal, habrá de reconocerse que la investigación no puede ser comprendida ni alcanzar sus objetivos sin la fricción entre sus actos y los derechos de los individuos. Toda

¹ Roxin, Claus. (2000) *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores Del Puerto, p. 159.

diligencia apareja a lo menos una molestia en relación a ellos y, como máximo, una restricción, la que en caso alguno podrá implicar la desnaturalización del derecho en su núcleo esencial, puesto que esto significaría su inexistencia o negación. Así es que la propia Carta Fundamental ha definido que, en ciertas ocasiones será la ley la que fije los márgenes de restricción de estos derechos. Si se encuentra permitido limitarlos bajo determinadas circunstancias, cabe preguntarse, entre otras cosas, lo siguiente: ¿qué tipo de transgresión no está permitida?, ¿Cómo es posible distinguirla de otras? ¿qué acontece en caso de generarse aquélla?, ¿qué alcances puede llegar a tener dicha infracción en el procedimiento? Y, finalmente, ¿puede afectar de algún modo el resto de las pruebas obtenidas?

Hace ya más de un siglo que la jurisprudencia y la doctrina buscaron dar respuesta a estas preguntas, mas, todas ellas dependen del sistema jurídico imperante, los fines establecidos por el determinado ordenamiento jurídico para ciertas instituciones, la evolución de la sociedad y del Derecho y la política criminal adoptada por cada país. Empero, existen dos nombres conocidos en todos ellos, son, la prueba ilícita y la exclusión probatoria.

Podemos decir que la primera constituye la antesala de la segunda. La prueba ilícita puede originarse durante el proceso de recolección de los elementos de prueba. Dicha actividad es desarrollada, por regla general, por las policías con dirección del Ministerio Público, aunque también puede ser ejercida de manera autónoma por las primeras. Como fue señalado, estas actuaciones podrían afectar derechos y garantías consagrados por nuestra Carta Fundamental, para lo que ella ha brindado directrices o se lo ha encargado a la ley hacer. Por ende, el verdadero punto de inflexión lo constituirá aquella ocasión en que el trabajo policial traspase esos lineamientos.

Esto, innegablemente implica un contratiempo para el proceso, toda vez que si las pruebas y los elementos probatorios ilícitos son suprimidos del conocimiento de los magistrados del tribunal oral en lo penal, podría traducirse en la absolución de un acusado culpable.

En Chile, la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias consideran a la prueba ilícita en su sentido estricto, siendo únicamente aquella que fuera obtenida con infracción de garantías constitucionales o de las que se encontraren contempladas en tratados internacionales suscritos y ratificados. Es por ello que, en los agentes estatales y el Ministerio Público debe pesar constantemente la preocupación de cuidar del proceso de recolección de pruebas y su futura custodia, si lo que se desea es el recto ejercicio del *ius puniendi* estatal. Así, “[...] si en el proceso penal el fin de la prueba es el descubrimiento de la verdad, su objetivo es el acontecimiento criminoso en todas sus manifestaciones [...] y el sujeto de la misma persona o cosa que introduce en el proceso aquel objeto.”

² El mismo, debe a su vez, procurar que dicha finalidad y objetivo sean cumplidos velando por el apego a lo demandado en derecho.

Por su parte, la exclusión probatoria, envuelve otro tema que dista de ser pacífico al igual como ocurre con la primera, siendo uno de los principios más intrigantes y complejos de entender y aplicar. Como se demostrará a lo largo de este trabajo, quien suscribe no la considera una regla, sino que un principio, el que por tanto, admite grados de modulación. Su origen yace en Derecho Comparado, pudiendo encontrarnos con ella tanto en la jurisprudencia norteamericana, bajo el nombre *exclusionary rule*, como en la doctrina alemana a través de las prohibiciones probatorias; en ambos casos, sus fundamentos primigenios fueron de raigambre constitucional.

² MOLINARIO, A.J. La prueba de la verdad en los procedimientos penales En: Vallefín, C., & Alsina, H. (2016). *Fundamentos del derecho procesal moderno* ([1a. ed. adaptada]). Ediar. PP 323.

En nuestro país, gracias a la reforma procesal penal, ella fue incorporada al Código Procesal Penal, en el artículo 276 inc. 3°. Constituye una facultad otorgada a los jueces de garantía en orden de suprimir pruebas que hubieren sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales en la audiencia de preparación de juicio oral, las que, en consecuencia, no constarán en el auto de apertura y, por tanto, no serían recibidas ni valoradas por los magistrados del tribunal oral en lo penal. Así, la exclusión actúa como un remedio de carácter represivo dentro del abanico de mecanismos que posee el juez de garantía como contralor del proceso. Sin embargo, esto no significa, a nuestro entender, que su aplicación sea inmediata.

De lo aquí expresado, es que este trabajo fijó sus lineamientos, por cuanto se estima imperativo delimitar la comprensión de la exclusión probatoria, entre los cuales advertimos: a) las circunstancias que gatillan su aplicación, b) sus alcances y c) sus limitaciones. Dado que el proceso penal se encuentra en la constante búsqueda de armonización, por cuanto de una parte, debe velar por los derechos de los intervinientes en el proceso y, de otro, en la efectividad del mismo y de alcanzar la mayor proximidad a la verdad sobre cómo acaecieron el o los hechos de relevancia penal, es que concordamos con las palabras de Larry Laudan³, siendo “[...] indispensable aumentar la calidad y cantidad de las pruebas que el jurado conoce y diseñar mecanismos adecuados para identificar veredictos erróneos [...]. Junto a ello, debe realizarse un análisis de aquellas reglas probatorias y procedimentales que permita conciliar lo anterior, lo que en no pocos casos, también implicará re conceptualizar derechos de los intervinientes.”

³ LAUDAN, L. (2013) *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid, España: Marcial Pons. Pp 174 y ss.

Por ello, abogamos por el rechazo de un uso mecánico de este principio, porque es innegable que la eliminación de pruebas de cargo no es una situación que haya de tomarse a la ligera, no sólo porque impedirá alcanzar una aproximación a la verdad de los hechos como correlación, sino que especialmente, omite reflejar los cambios habidos en el último tiempo en nuestra sociedad, en particular, al fenómeno criminal. Es por ello que, bajo determinados casos y circunstancias creemos es procedente el empleo de excepciones a este principio, conocidas como teorías de atenuación de la exclusión probatoria, las que buscan acotar sus efectos. Junto a lo anterior, se piensa relevante apuntar a una homogenización de los criterios que podrían gatillar su destinación para evitar fundamentaciones erróneas o arbitrarias por parte de los juzgadores, así como para resguardar la seguridad jurídica y, lo que buenamente se pueda esperar de la resolución de los jueces de garantía.

Este tópico se torna interesante de abordar ya que el debate sobre él en nuestro país se encuentra aparentemente anquilosado, a pesar de que la sociedad continúa bajo permanentes cambios, ya sean, culturales y tecnológicos. Lo anterior se agrava, si tenemos presente que la reforma procesal penal ya ha cumplido dos décadas y, consigo, lo ha hecho la regla de exclusión.

Por ende, la discusión sobre ella y sus excepciones debe abordarse nuevamente, a fin de determinar si requiere ser adaptada ante la nueva realidad social que vivimos. Como se verá en este proyecto, estos cambios y los sufridos por la criminalidad y la política criminal ligada a ella, efectivamente poseen un impacto en la exclusión probatoria; lo ha sido así desde su visión más conservadora e inquisitiva así como con la actual, en el sistema acusatorio y de corte más garantista. Por ello, el que las actividades criminales se hayan

tornado en el último tiempo más violentas y complejas, fomenta y consolida esta tesis y su necesidad de debate.

De esta re-conceptualización de los derechos de quienes participan en el proceso penal y del análisis de las reglas probatorias, es que se pretende dar respuestas a las preguntas enunciadas, teniendo un marcado interés en cómo se desenvuelve la exclusión probatoria en la práctica, ya que, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, no se encuentra ni definida y menos fijados sus alcances. Son ellos, por lejos, el punto más intrincado a abordar y del cual partió este proyecto, dado que no se encuentran conceptualizados en norma alguna.

En cuanto a sus excepciones, entre las cuales podemos enunciar la teoría de la fuente independiente, la buena fe del agente, la proporcionalidad o teoría de la ponderación o el descubrimiento inevitable, ayudarán a equilibrar los principales intereses y bienes jurídicos que posiblemente entren en conflicto en nuestra materia de estudio, es decir, la persecución penal y fines como la verdad y/o la seguridad de la sociedad, de un lado y, de otro, las garantías y derechos fundamentales junto a los intereses de los intervinientes, en especial, el derecho al debido proceso del acusado.

Para que las excepciones que actúen como atenuante de la exclusión de pruebas posean validez en nuestro ordenamiento, se torna necesario no sólo sean fundadas, sino que existan directrices válidas para su aplicación y se encuentren debidamente ajustadas a nuestro ordenamiento, sobre todo teniendo en consideración que son, al igual que la exclusión, instituciones foráneas.

Por último, lo antedicho debe ir en consonancia con las resoluciones de los magistrados de los juzgados de garantía, por cuanto la uniformidad de criterios

en materias tan delicadas como estas es indispensable, toda vez protege la seguridad jurídica que emana de las decisiones jurisdiccionales. Por lo que, será necesario estudiar las excepciones y los criterios que habilitan su aplicación, para lo cual se analizará la jurisprudencia y doctrina existente en Derecho Comparado.

Sobre este punto, ha sido la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia los que mayormente han progresado, tomando lo resuelto por los Máximos Tribunales de otros países, emprendiendo la labor de otorgar contenido a las excepciones de la exclusión probatoria, aunque, como podrá advertirse, es una misión que aún puede ser perfeccionada.

Ya, autores como Amar⁴ nos expresaban que “[...] *las excepciones a la regla de exclusión son altamente complicadas para su entendimiento y alcances. La importancia radica en su amplia variedad y en que algunas de ellas son muy frecuentes.*”

Por ende, es importante continuar puliendo estas teorías y sus orientaciones, las que buscan contrarrestar los efectos negativos que las indefiniciones en este tema pueden conllevar, contribuyendo a la delimitación entre las garantías fundamentales y las diligencias investigativas, a fin de buscar una ponderación de ambos intereses, por cuanto se estima no basta una mera infracción a aquellas, sino que la transgresión debe caracterizarse por ser grave, determinante, irreparable, trascendente y concreta. Es decir, no toda vulneración conllevará la aplicación de la exclusión.

De lo anterior es que resulta tan relevante establecer los alcances del principio de exclusión de pruebas ilícitas, dado que, mientras más rígido sea, menores

⁴ Reed Amar citado por HAIRABEDIAN, M. (2002) *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad- Hoc, p. 20.

posibilidades de llegar a una sentencia condenatoria habrá, aunque, una absoluta libertad, tan indeseable como la primera, podría implicar un abuso en el actuar de las policías. Es por ello que este trabajo no busca en caso alguno su eliminación, así como tampoco que sea transformada en una mera sanción disuasiva, sino que debatir sobre ella y sus proyecciones, al igual que procurar brindar posibles directrices al momento de resolver cómo enfrentar esta situación a través de su estudio y el de sus excepciones.

Así, el presente no sólo se conforma de un análisis dogmático, sino, como se adelantaba ya, también jurisprudencial y legal, para así transformarse en una guía que auxilie a resolver los conflictos dogmático y político criminales planteados que se suscitan en el contexto del desarrollo de investigaciones penales.

Finalmente, esta memoria se organizará de la siguiente manera, primero, se abordará la relevancia de la verdad, la investigación en el proceso penal, los sujetos procesales, sus facultades y relaciones. En segundo lugar, se tratará de la etapa de preparación de juicio oral y los debates relacionados a la prueba que en ella se dan. En tercero, la prueba ilícita, la antesala de la regla de exclusión, en cuarto lugar, la regla de exclusión, su atenuación y las excepciones en la que ésta se sustenta y, finalmente, la acogida de las mismas en la jurisprudencia y los cambios relevantes en la materia reflejados en el régimen legal.

CAPÍTULO I

DE LA INVESTIGACIÓN EN MATERIA PROCESAL PENAL

La verdad y su rol en el proceso penal

La verdad, su concepto y la búsqueda constante de la humanidad por darle alcance, es quizás de los temas más debatidos, controvertidos y apasionantes que puedan existir. La respuesta ante la pregunta de qué se entiende por ella, al igual que en la antigüedad, aún es difícil de responder ya que no posee una definición unívoca. La misma se encuentra en constante mutación, no sólo en relación al contexto en el cual esté sumida, sino que también en ello influyen aspectos culturales, ideológicos y doctrinales, los que finalmente inciden en su comprensión y lineamientos.

Así, no sólo la filosofía ha procurado dar respuestas a las interrogantes que abundan en torno de ella, también lo han intentado los científicos de ciencias formales, historiadores y, cómo no, los estudiosos de las ciencias jurídicas.

Mas, justamente a causa de las evidentes dificultades que esto ha significado, en más de una ocasión a lo largo de los siglos, la verdad, al igual que otros conceptos relevantes como la objetividad y la justicia, han sido objeto de diversos cuestionamientos en torno a su existencia y funcionalidad, cuestión que no sólo ha afectado su comprensión e importancia por parte de las ciencias o a la filosofía, sino que también ha irrumpido en el Derecho y, en particular, en su rol en el proceso.

Así, durante el periodo del postmodernismo, *“fue deconstruida hasta volverla inservible para cualquier uso [...]”*⁵, perdiendo todo valor, utilidad y aplicación, dejando de ser una aspiración del hombre alcanzarla.

A esto, no sólo contribuyeron quienes le negaban todo rol posible, sino que también quienes deseaban obtener la verdad absoluta, los que, al advertir que tal objetivo era inalcanzable, terminaron por rechazarla.

Entre las posturas que han desplazado a la verdad como piedra angular en la búsqueda del conocimiento del mundo real, se encuentran las teorías de la coherencia y del consenso.

Para la doctrina de la coherencia, la *“verdad [...] consistiría en un enunciado que se presenta no por referencia al mundo, sino por la relación entre ese enunciado y otros [...]”*⁶. La conexión entre un conjunto de proposiciones no tiene relación alguna con la verdad en ella, siendo la coherencia de la narración un valor en sí mismo, y de esa forma reputar por verdadero una hipótesis o argumento. Dado que para esta concepción la existencia de la realidad no presenta trascendencia, la verdad aquí no cuenta con lugar alguno. Es cierto que la coherencia de la narración de los hechos es importante en los planteamientos de los intervinientes dentro del proceso, mas, no es ella sinónimo de verdad, en consecuencia, es posible señalar que las *“[...] narraciones coherentes pueden ser falsas o no tener pretensión alguna de verdad (como sucede con las novelas), de forma que no parece que la coherencia de la narración determine su veracidad. Basta pensar en una*

⁵ TARUFFO, M.; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. (2010) *Simplemente La Verdad: El Juez Y La Construcción De Los Hechos. Filosofía Y Derecho*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, p. 89.

⁶ ZAMORA- ACEVEDO, M. (2014) *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca de la Universidad Autónoma de Centro América*. Disponible en: [\[http://files.bibliotecauaca.com/200000351-2271f236c9/011%20-%2054%20La%20B%C3%BAsqueda%20%20de%20la%20verdad%20en.pdf\]](http://files.bibliotecauaca.com/200000351-2271f236c9/011%20-%2054%20La%20B%C3%BAsqueda%20%20de%20la%20verdad%20en.pdf). p.155

declaración testifical coherente pero falsa o en una reconstrucción judicial de los hechos bien motivada bajo el aspecto argumentativo, pero no fundamentada en las pruebas [...].”⁷

Por su parte, en lo que refiere a la segunda postura, ésta lleva a que la verdad sea vista como sinónimo de acuerdo, entendiéndose que: *“Verdadero es en principio un enunciado para un usuario cuando cree que cualquier otro sujeto racional estaría dispuesto a asignar el mismo predicado al sujeto”⁸*. En ella, el rol preponderante lo posee la aprobación de las mayorías frente a un tema específico, lo que puede llevar fácilmente a que cualquier afirmación desconectada de la realidad sea, a través de invención o falsedad, tenida por verdadera. Por ende, en ella, la verdad tampoco posee relevancia. Los riesgos implícitos que pudiere aparejar al ser aplicada al proceso son altísimos, ya que bastaría, por ejemplo, que todos los jueces estuviesen contestes sobre la ocurrencia de “X” hechos para tomar una decisión, siendo intrascendente para tal efecto la prueba presentada por los intervinientes. Esto tendería inevitablemente a la arbitrariedad y la carencia de fundamentación en las sentencias. Por tanto, se concuerda absolutamente con que *“Ninguna mayoría, ni siquiera la unanimidad de los consensos o los disensos, puede hacer verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero. Consensos y disensos no añaden nada a la falsedad o a la verdad de las motivaciones.”⁹*

Tras establecer que las visiones de verdad como coherencia o consenso pecan de diversos problemas, haciéndolas inaplicables para el presente estudio, cabe preguntarse si ¿será posible entender el proceso y los actos que lo forman, sin que la búsqueda de la verdad tenga algún significado en tales actividades?

⁷ TARUFFO, M. (2002). *La Prueba De Los Hechos. Colección Estructuras Y Procesos*. Milano: Trotta, p. 174.

⁸ ZAMORA- ACEVEDO, M. (2014) *Op. Cit.*, p.156

⁹ FERRAJOLI, L. & IBÁÑEZ, P. (2013). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia* (1a. ed. electrónica). Editorial Trotta. S/P.

Teniendo presente que no es posible definir la verdad y, además, tal ambiciosa empresa escapa de los objetivos de este trabajo, se estima que sí es plausible establecer que ella *“es objetiva, es buena y es un objetivo digno de investigación y es digna de ser cultivada por sí misma.”*¹⁰

Así, por ejemplo, se valora en forma positiva a quien dice la verdad, considerándosele virtuoso, mientras que la mentira se reputa como un desvalor. Es más, en nuestro sistema, por ejemplo, es sancionado que un testigo brinde un testimonio falso en materia civil o el ilícito de obstrucción a la investigación en materia penal.

Por otra parte, ¿sería explicable que la investigación como tal fuera dirigida por el ente acusador sin siquiera aspirar, al menos, a la aproximación de lo ocurrido frente a la existencia de un ilícito? Dicho de otro modo, ¿no será su intención acercarse a la verdad de los hechos? Entendiéndose por hechos todos aquellos que conforman el tipo, vale decir, la acción (u omisión), la relación causal, la individualización del sujeto activo, su responsabilidad penal en lo acontecido, la fecha, el lugar, entre otros.

Así las cosas, la verdad a la cual se aspira, como puede deducirse, no es otra que *“la verdad del enunciado probatorio [la cual depende] exclusivamente de su correspondencia con el mundo. [...] Depende de que efectivamente existan o no elementos de juicio suficientes a favor de [p] que hayan sido aportados al proceso”*¹¹. Si bien, de estas palabras se desprende que la verdad y la prueba se encuentran intrínsecamente vinculadas, habría entre ellas una relación de índole teleológica, eso sí, esto no quiere decir que estén subordinadas conceptualmente, ocurriendo lo mismo con sus finalidades propias. Así, la

¹⁰ TARUFFO, M.; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. (2010). *Op. Cit.*, p. 96.

¹¹ FERRER BELTRÁN, J. (2005) *Prueba Y Verdad En El Derecho* (2a. ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, p. 78.

verdad exige realizar la reconstrucción de cómo se desarrollaron los acontecimientos de interés penal y, en consecuencia, se aboga por la comprobación del hecho delictual en sí y, si tras la interpretación judicial se logra determinar que tal hecho calza efectivamente con un tipo penal. Entonces, la prueba cumple con brindar un *“conjunto de los elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como «verdadera»*.¹²

Finalmente, cuando se advirtió que la verdad y la prueba conservan independencia, con ello se quiso graficar que puede acontecer que un enunciado del caso se encuentre jurídicamente probado, empero, sea falso. A contrario sensu, puede ocurrir *“[...] que un enunciado fáctico verdadero no resulte probado. Todo ello depende de los elementos de juicio aportados al proceso. [En estos casos] podrá decirse que la prueba como actividad cognoscitiva¹³ no habrá cumplido su función o finalidad [Así], su éxito [...] se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos.*¹⁴

De esto, huelga concluir que la verdad procesal presenta dos características, por una parte, la verdad, como establecimiento de los hechos, es de carácter relativa, porque en el proceso sólo se basará en las pruebas que el juez usó para validar su sentencia, lo que, racionalmente, evidencia la correspondencia de cierto enunciado con la realidad de los hechos de la causa. A su vez, *“[e]sa misma verdad es objetiva, en la medida en que no es el fruto de las*

¹² TARUFFO, M. (2002). *Op. Cit.*, p 84.

¹³ Vale decir, aquella que permite determinar si respecto de los enunciados expresados en el proceso, “es predicable su verdad o falsedad (si son verificables o refutables) conforme a la investigación empírica”. (FERRAJOLI, L. (2013) *Op. Cit.* S/P. En el mismo sentido Taruffo: “La prueba es, esencialmente, un instrumento de conocimiento [...] que da información respecto al contenido del enunciado, y da a conocer la circunstancia sobre la que versa el enunciado [...]. A su vez, se puede decir que el hecho ha sido conocido, sobre la base de las pruebas que demuestran la verdad del enunciado correspondiente”. TARUFFO, M. (2002). *Op. Cit.*, pp. 60-61.

¹⁴ FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Op. Cit.*, pp.72

preferencias subjetivas e individuales del juez, o de otros sujetos, sino que se funda en razones objetivas que justifican el convencimiento del juez y que se derivan de los datos cognoscitivos que resultan de las pruebas.”¹⁵

Vale decir, mientras más pertinente y útil sea el resultado de una diligencia investigativa, mayores probabilidades de lograr una correlación efectiva entre la hipótesis planteada por la Fiscalía y lo sucedido en realidad habrá, lo cual, se traduce en estar más cerca de la verdad de los hechos del caso. Esto, a su vez, determina la legitimidad existente en las pruebas que posteriormente serán rendidas ante el tribunal oral en lo penal, puesto que, una prueba que por sí misma permita al juez comprender cómo se desarrollaron los sucesos y que, además esté imbuida de objetividad, evitará el torcimiento de la institucionalidad probatoria. Ello, no sólo contribuye al dinamismo de la labor de los jueces a fin de ponderar cuál teoría del caso argüida es la más allegada a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia, sino que, en particular otorgará aquella prueba a su fundamentación una justicia de la cual carecería cualquier otra decisión que no estuviera basada en pruebas que fueren reflejo de la realidad, siendo la veracidad de la determinación de los hechos una condición indispensable, mas no la única, para ello.

Sin embargo, algunos podrán esgrimir que, a causa de las limitaciones inherentes del procedimiento penal para obtener la verdad¹⁶, podría abrirse *“la posibilidad de que la decisión pueda fundarse en la determinación de hechos no verdadera, o sobre una aproximación no adecuada, a los hechos del caso [...] llevan al juez a adoptar una decisión que no es conforme con la realidad*

¹⁵ TARUFFO, M.; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. (2010). *Op. Cit.*, p.100.

¹⁶ Como, por ejemplo, la exigencia de la legalidad en la realización de la actividad investigativa, los plazos habidos para la consecución del proceso, las exclusiones que pueden sufrir las pruebas, la aplicación de la economía procesal, entre tantas otras.

*empírica de los hechos*¹⁷ por lo cual optaron por dos alternativas, de un lado, negar toda utilidad al concepto de verdad, y, de otro, a relegarlo a una a faceta más bien simbólica.

Entre aquellos que niegan participación a la verdad en el proceso encontramos a Miranda Estrampes, quien, refiriéndose al tema, *“afirma que la finalidad de la prueba no es el logro de la verdad, sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso.”*¹⁸

No se concuerda con este pensamiento, ya que, si sólo se tratase la prueba como una actividad de persuasión, se suprimiría toda conexión de ella con la realidad y, en consecuencia, con la verdad. Solamente bastaría con una narrativa consistente de los hechos y discursos que envuelvan cierta lógica y uniformidad, así como un sesgo marcadamente conflictivo en relación al de la contraparte y exacerbando emociones para que el juez establezca como verdadera aquella declaración de la cual está más convencido, favoreciendo a aquel discurso más convincente. Esto, podría derivar en un uso y abuso del sistema para establecer como probada cualquier hipótesis siempre que en el fuero interno del juez la persuasión lograra obtener su convencimiento, lo que se sintetiza en la parcialidad más absoluta, por cuanto ésta no puede traducirse en la justificación racional de la sentencia.

Empero, no sólo por su negación ha debido pasar la verdad, sino también por su categorización –multiplicación. La doctrina alemana de fines del siglo XIX contribuyó a esto, determinando la coexistencia de dos verdades, lo cual dependía si eran tenidas en cuenta dentro o fuera del proceso. La primera, fue

¹⁷ TARUFFO, M.; PINOCHET CANTWELL, F. (2009) *La Prueba, Artículos Y Conferencias. Monografías Jurídicas Universitatis*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, p. 29.

¹⁸ GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003) *Hechos y argumentos I (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*. Disponible en: [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>], p. 47.

denominada verdad material o histórica, siendo *“aquella de la que se habla fuera del proceso judicial [...] esta es precisamente la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial, [por su parte, la segunda, es la verdad formal o judicial], [...] aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria [ella] puede coincidir o no con la material, [...] pero sería aquélla la que gozaría de autoridad jurídica.”*¹⁹

Igualmente se discrepa de esta visión, toda vez que no hace más que confundir y quitar el foco de lo que realmente es importante, la relación de la verdad con el proceso. No es posible hablar de múltiples verdades, toda vez que ella es única en relación a un determinado contexto y área de estudio. Es absurdo expresar que existe una dentro del proceso y otra fuera de él o que la verdad que se aspira a obtener dentro de él sea de calidad diversa a la que se busca en otros ámbitos, como, por ejemplo, en las ciencias formales. Como ya se ha dicho, es cierto que no es plausible adquirir el saber absoluto de cómo acontecieron en la realidad los hechos, pero sí podemos aspirar a obtener un conocimiento lo más preciso o cercano posible de ellos, dependiendo en tal caso de los medios probatorios existentes y pertinentes en atención al objeto de la investigación.²⁰

A diferencia de las otras posturas, quien suscribe estima que la verdad sí cumple una función dentro del proceso, en particular, en sede penal, entendiéndola como lo hace la teoría de la verdad como correspondencia, ya que exige conformidad entre el enunciado vertido en el proceso (que, en nuestro caso se referirá al hecho como tipo penal, que habrá de ser sometido a la decisión del magistrado), y lo acontecido fuera del mundo del proceso, es

¹⁹ FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Op. Cit.*, pp. 61-62.

²⁰ Así es que, de gran utilidad sería la realización de un peritaje balístico cuando en un homicidio se ha empleado un arma o, en una malversación de caudales públicos un análisis financiero de los haberes de los sujetos involucrados solicitado a la ULDECCO.

decir, en la realidad extra procesal. Así, las pruebas no tienen como finalidad la creación del enunciado, sino que brindan la información vinculada a la hipótesis del caso, la cual pretende arribar al conocimiento de cómo acontecieron los hechos fuera del proceso.

La prueba, en un sistema que pretenda brindar garantías, no sólo al imputado/acusado, sino que a todos los intervinientes, ha de tener como finalidad la obtención de cuanto dato relevante y pertinente pueda existir para arribar a una conjetura lo más cercana posible al desenvolvimiento original de los hechos. Es indispensable que el órgano persecutor en su investigación, así como el juez en su decisión, tengan presente que, sin la verdad como la comprobación o correspondencia entre el hecho, los enunciados y la realidad, sus decisiones en caso alguno serán ajustadas a Derecho, muy por el contrario, pecarán de arbitrarias y hasta ilegales. De un lado, el fiscal que emplea pruebas falsas o presenta pruebas que de alguna forma han sido alteradas al igual que el juez que no obstante contar con pruebas fidedignas y pertinentes a la causa, falla en sentido contrario o no fundamenta su decisión en base a las pruebas vertidas en juicio, sino que resuelve en base a lo que mejor convenga a sus intereses, son justamente las cuestiones que la verdad como correspondencia pretende evitar. Si se desea un proceso penal racional, justo y que asegure las garantías mínimas y necesarias para todos, la vía para tender a ese objetivo es ésta.

No puede olvidarse que *“la verdad constituye un valor básico y un estándar al que tanto el Estado como los ciudadanos individuales debieran conformarse – aunque con inevitables excepciones y limitaciones, las cuales, sin embargo, debieran reducirse al mínimo–.”*²¹ La verdad no sólo es deseable, sino que es un pilar esencial en un Estado de Derecho y las relaciones que surgen entre

²¹ TARUFFO, M.; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. (2010). *Op. Cit.*, p. 114.

sus instituciones, representantes, organismos y los propios ciudadanos. La exigencia de la verdad es un principio de la democracia y también una forma de validar las políticas públicas y, en particular, las decisiones.

La investigación en el proceso penal

Uno de los instrumentos esenciales para el cumplimiento de las finalidades del proceso, es la investigación. Tras la reforma, recayó en el Ministerio Público su dirección y ejercicio, quien cuenta para ello con la colaboración de las Policías²² para ejecutar dicha labor. Ambas instituciones, han debido adaptarse a nuevos tipos de criminalidad y métodos empleados por ella, teniendo presente que, de una parte, es menester velar por el resguardo de las garantías de los intervinientes y, de otra, asegurar el correcto ejercicio del *ius puniendi* estatal frente a los delitos penales, para lo cual, resulta indispensable facilitar las labores de persecución al dejar atrás ritualismos y formalidades innecesarios, dando una mayor flexibilidad, dinamismo y facultades al momento de llevar a cabo sus deberes²³.

Al encontrarse prohibido para el Ministerio Público el ejercicio de la actividad jurisdiccional, los actos de investigación²⁴ y sus resultados son considerados como actos de índole administrativa, lo cual va estrechamente relacionado a las funciones que debe cumplir la etapa de investigación, la que *“tiene por objeto*

²² Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile, siendo estos los organismos que disponen de los conocimientos técnicos y científicos necesarios para llevar a cabo dicha labor.

²³ Esto, se vio potenciado gracias a la reestructuración de los organismos que interactúan en el proceso penal y la reasignación de funciones delimitadas y separadas unas de otras.

²⁴ Cabe recordar que, en el antiguo sistema, éstos se caracterizaban por poseer pleno valor probatorio en el sumario criminal, definiéndose como la etapa de investigación formal, que lleva a cabo unilateralmente el tribunal sin contemplarse la participación de las partes en la realización de las diligencias, como regla general, atendido el carácter de secreto de éstas.

*consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho presuntamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado, para que el órgano público de persecución penal y/o el querellante particular puedan decidir si deducen acusación en contra de una determinada persona [...]*²⁵

Por ende, la utilidad de las diligencias en ella desarrolladas radicará en establecer si el hecho que presentare caracteres de delito fue efectivamente cometido; en caso afirmativo, deberán igualmente aportar información sobre las características del mismo y las circunstancias que lo rodeen, de tal manera de que el persecutor decida si cabe la posibilidad de proceder con la acusación en la causa o hacer uso del principio de oportunidad. Así, sus resultados contribuyen a la definición de la estrategia a seguir y a sentar las bases de lo que posteriormente será la prueba, ya que, a través de ellas, se obtendrán elementos de prueba relacionados a los medios empleados por el sujeto activo para perpetrar el delito, determinarse la presencia de testigos y/o recabar cuanto rastro o huella hubiere dejado atrás en el sitio del suceso, etc.

Como ya se ha enunciado, en la labor de reunir las evidencias necesarias²⁶ los fiscales contarán con la facultad de dirección sobre las Policías, lo que también encierra una diferenciación en sus roles. Esto, fue abordado durante la tramitación del proyecto de ley de Código Procesal Penal, ocasión en la que se señaló lo siguiente: “[...] *hay una diferencia fundamental entre dirigir la investigación y realizarla. Lo primero significa expresamente orientar, guiar, aconsejar a quien realiza un trabajo. El Ministerio Público dirige; no ejecuta la*

²⁵ CAROCCA PÉREZ, A., (2005). *Manual el nuevo sistema procesal penal* (3a. ed. Actualizada). Santiago de Chile: LegalPublishing, p.113.

²⁶ Como lo serían establecer la existencia del hecho que configura el ilícito, el sujeto que lo llevó a cabo, la participación que le implicare, el lugar y fecha de la comisión, así como las causales de modificación de la responsabilidad, tanto aquellas que la agravan como las que la atenúan e, igualmente, en atención al delito cometido, la concurrencia de calificantes.

investigación [...]”²⁷. Efectivamente, el fiscal es el encargado de encauzar la investigación, teniendo para ello conocimientos jurídicos y legales, ordenando actuaciones que permitan recabar la información necesaria para desarrollar su teoría del caso y, de esa forma, determinar si se está en presencia de un hecho ilícito prescrito por ley y, de ser así, continuar con las diligencias para posteriormente presentar acusación en contra del imputado.

Es importante recordar que *“la investigación criminal es una actividad eminentemente creativa que recibe el aporte de distintas ciencias (criminalística, sociología, antropología, psicología, etcétera), esto hace que como característica sobresaliente sea una actividad interdisciplinaria y de trabajo en equipo.”²⁸ El aporte de esta singularidad lo brinda el trabajo de las policías, siendo su personal el encargado de realizar las pruebas científicas y técnicas, contando con diversas unidades especializadas, personal capacitado y en constante perfeccionamiento para ello, así como laboratorios e instrumentos de análisis.*

Justamente, debido a que este proceso de indagación es el momento de mayor plenitud del *ius puniendi*, en el cual se produce *“[...] una inevitable tensión entre la necesidad de eficacia de la persecución penal del Estado y el respeto de las garantías individuales comprendidas en dicha persecución [...]”²⁹ es que, con la finalidad de resguardar los derechos fundamentales de los individuos, fueron creados diversos contrapesos. Así, uno de ellos, se ve en las razones existentes tras la división de la investigación en desformalizada y formalizada. La primera, refiere al periodo en el cual *“los órganos administrativos de**

²⁷ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 18 celebrada el día 03 de Junio de 1997.

²⁸ CAFFERATA NORES, J. I. (2002). La eficacia de la investigación penal y el Estado de Derecho. En CAFFERATA NORES, José I (compilador). ALMIRÓN, et al. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales (¿Contradicción o equilibrio?)* (pp. 41-56). Córdoba: Editorial Mediterránea.

²⁹ HORVITZ LENNON, M. I.; LÓPEZ MASLE, J. (2002a) *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I* (1ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 447.

*persecución penal han tomado conocimiento de la existencia de un hecho punible, pero aún no ha concurrido el fiscal ante el juez de garantía a formalizar la investigación en contra del imputado.*³⁰ Se caracteriza por la recopilación de antecedentes sin reglas rígidas, lo que se aprecia en la flexibilidad de las comunicaciones, el tiempo acotado para llevarla a cabo, la acumulación de información, etc. En ella, los órganos en la persecución penal pueden desarrollar diversas actuaciones siempre y cuando no sean de aquellas en las cuales la ley exige la intervención del juez de garantía. Así, podemos advertir uno de los contrapesos por excelencia en esta fase, dado por la necesidad de cautelar toda acción que pueda amenazar o vulnerar las garantías de los intervinientes, hablamos de la formalización. Por ende, la desformalización acabará cuando el fiscal decida, entre otros, realizar una diligencia que afecte derechos constitucionales, para lo cual la ley exige que proceda a la formalización. Para llevar a cabo dicho acto, deberá concurrir *“ante el juez de garantía a formalizar la investigación en contra de un imputado, esto es, le comunica que desarrolla actualmente una investigación en su contra [...]”*³¹. Cabe destacar que dicha norma no se refiere a la calificación jurídica del delito, sino que a el o los hechos sobre los cuales se investigan. Con ella, además, se aprecia un nuevo contrapeso, ya que comenzará a regir el principio de congruencia, el cual implica que la futura acusación deberá guardar coherencia con la formalización en relación a el o los hechos imputados, a el o los sujetos activos y al grado de participación que se le atribuye; *“[...] apunta directamente a garantizar la efectiva posibilidad de defensa, evitando una posible condena por hechos respecto de los cuales el acusado no haya podido defenderse*

³⁰ MATURANA MIQUEL, C. & MONTERO LÓPEZ, R.. (2012). *Derecho Procesal Penal* (2a. ed. actualizada y complementada. ed.). Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing/Thomson Reuters, p. 579.

³¹ *Ibíd.*, p. 580.

*oportunamente.*³² También se exigirá la formalización cuando se pidan por el fiscal medidas cautelares o cuando el persecutor estime proceder a efectuarla derechamente, toda vez que considera contar con respaldo necesario para proseguir con la causa. Como excepción a la obligatoriedad de formalización por causa de solicitud de diligencias, el art. 236 del mentado cuerpo legal, “[...] no sólo permite autorizar la realización de estas diligencias en esta fase, sino que ellas se lleven a cabo sin comunicación al afectado de las mismas. Para ello el juez de garantía debe verificar la necesidad de proceder de esta forma, considerando la gravedad de los hechos investigados y si la eficacia de la medida requerida depende de esta forma especial de proceder.”³³

Una vez realizada, el juez presentará un rol más activo dentro del procedimiento, desempeñándose como contralor de las acciones del Ministerio Público y las Policías. Por ende, no es menos cierto señalar que el margen de acción de ellos se ve acotado con la formalización³⁴. Junto a él, la actividad y participación de la defensa y del imputado se hacen necesarias, ocurriendo algo similar con el querellante y la víctima.

Mas, no todo son inconvenientes u obstáculos para el persecutor, por cuanto se abren nuevas alternativas, las que variarán según la estrategia definida y los antecedentes que disponga.

De esta forma, podrá, por ejemplo, solicitar se proceda a realizar el juicio inmediato, cuestión que podría darse en los casos de delitos flagrantes. También, será procedente la solicitud de realizar un juicio abreviado, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por ley en relación al quantum de la

³² CHAHUÁN SARRÁS, S. I. (2009) *Manual del nuevo procedimiento penal* (6ª. Ed. actualizada y aumentada). Santiago de Chile: Legal Publishing, s/p.

³³ DUCE JULIO, M., & RIEGO, C. (2009). *Proceso penal* (1a. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.134.

³⁴ Por ejemplo, el juez posee un rango para establecer el plazo de la investigación, siendo el tope legal 2 años.

pena. Podrá igualmente optar por alguna salida alternativa, sea la suspensión condicional del procedimiento o acuerdos reparatorios según sea el caso.

Finalmente, una de las mayores prerrogativas que trae la formalización para la actividad investigadora de los fiscales, radica en ejercicio de solicitudes que tengan que ver con la privación, restricción o amenaza de garantías fundamentales del imputado, las cuales, dependiendo del ilícito perpetrado, podrían ser incluso indispensables para el avance de la investigación.

Ante ellas, el magistrado deberá ponderar su pertinencia y fundamentos, ejerciendo una actividad de carácter preventivo. De igual manera, con posterioridad en la audiencia de preparación de juicio oral, ejercerá su control represivo cuando en la ejecución de aquellas diligencias no se hubieren observado todas las exigencias; sobre este conflictivo punto, se desarrollarán los capítulos siguientes.

Ministerio Público, Policías y Juez de Garantía: funciones y relaciones.

Como hemos enunciado, las actividades desplegadas por los fiscales y las policías deben guardar una relación de estrecha colaboración y armonía, que permita potenciar sus roles y objetivos. Dada su actividad, al primero se le ha catalogado como *“una institución bifronte, con una cara mirando al mundo policial y la otra [...] al mundo judicial. [...] Cada uno de ellos [posee sus propias] reglas, sus costumbres y sus valores propios [...]”*³⁵, mientras que las segundas, en su función postdelito, deben aspirar a la realización de una

³⁵ INVESTIGACIONES DE CHILE, ACADEMIA SUPERIOR DE ESTUDIOS POLICIALES (2000) *Curso: Fundamentos de la reforma procesal en Chile*. Santiago de Chile: Policía de Investigaciones de Chile, Academia Superior de Estudios Policiales, p. 256.

investigación “[...]exhaustiva, absolutamente objetiva y exenta de prejuicios o juicios anticipados sobre la participación punible.”³⁶

En esta etapa, los fiscales deben dirigir la investigación³⁷, pudiendo realizar diligencias personalmente o por delegación, lo cual se llevará a cabo por medio de la dictación de órdenes de investigar a una u otra policía, siendo indispensable la existencia de un criterio claro y objetivo, que defina concretamente las diligencias requeridas respecto de un determinado hecho delictual, ya que, si el “*criterio [no es otro] que su discernimiento y voluntad [...] queda abierto un espacio de incertidumbre que [...] dificulta que las policías puedan proyectarse en términos de demanda y planificación de sus recursos [...]*”³⁸, lo que conlleva en muchos casos una demora excesiva en la entrega de informes policiales y, en el peor de ellos, a resultados desprolijos, lo cual traerá consecuencias nefastas en el devenir de las indagatorias. Otras situaciones complejas pueden ser el “[...] surgimiento de contradicciones entre las órdenes del fiscal a cargo de la investigación y las directrices emanadas de la propia estructura jerarquizada de las Policías.”³⁹

Ahora bien, las mentadas órdenes deben poseer un contenido pertinente y útil en atención a los delitos que investigaren, lo cual es especialmente relevante en aquellos delitos complejos⁴⁰, que distan de la delincuencia habitual y común y

³⁶ OTERO LATHROP, M. (2008) *La Policía frente al Código Procesal Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.49.

³⁷ En dicha labor deberá dictar diligencias pertinentes y útiles según el hecho que se investiga a fin de obtener informaciones fundamentales para su averiguación. Entre estos antecedentes destacan: el hecho en sí, las circunstancias que lo rodean, el nexo causal entre el sujeto y la acción, el grado de participación y responsabilidad.

³⁸ BARROS LEZAETA, Luis. (2006). *La labor policial e investigación criminal. la visión de los detectives* (1a. ed.). Santiago de Chile: RIL Editores; CESC, Universidad de Chile, p. 47.

³⁹ FANDIÑO CASTRO, M., RUA, G., MORENO L., FIBLA CERDA, G., & ARELLANO, J. (2017). *Desafíos de la reforma procesal penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. CEJA-JSCA. P. 151. Disponible en: [<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5595>].

⁴⁰ Verbigracia aquellos que afectan al medio ambiente, la malversación de caudales públicos u otros que, teniendo como base un delito común (tráfico de drogas), existe detrás un conjunto de sujetos con tareas

se caracterizan por un daño de mayor magnitud a los bienes jurídicos protegidos o, por afectar a aquellos que el sistema jurídico resguarda con más celo.

Entonces, es posible señalar que la actividad del ente persecutor manifestada a través de las órdenes de investigar “[...] *implica orientar, guiar o aconsejar a quien lleva a efecto o realiza un trabajo; ello es distinto a ejecutar la investigación*”⁴¹ recayendo sobre las policías lo último.

Así, la comunicación constante entre ambas entidades se torna esencial, facilitando la agilidad del procedimiento de recolección de antecedentes y los lineamientos a seguir.⁴² En el mismo orden de ideas, es deseable que los fiscales adviertan a las policías que han de guardar con celo la correcta ejecución en sus acciones, ya que la arbitrariedad o abuso pueden llevar a la comisión de irregularidades que afecten la legalidad de las actuaciones o incluso ateten contra los derechos fundamentales del o los sujetos investigados. Esto, en casos determinados, podrían configurar la causal la exclusión de prueba por infracción a garantías fundamentales, también llamada exclusión de prueba ilícita.

Estas actividades de indagación deberán desarrollarse dentro de las 24 horas siguientes tras haber tomado conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere las características de delito de acción penal pública. Finalmente, será

delimitadas (organización) y rangos asignados (jerarquía), lo que suele conocerse como delincuencia organizada.

⁴¹ VALDÉS ALDUNATE, Raúl Patricio. (2005) Nociones básicas sobre la etapa de la investigación y la formalización en el nuevo sistema procesal penal. *Revista de Derecho Procesal*, N°20, p. 270.

⁴² Un ejemplo de lo anterior, es “la implementación del parte digital [por Carabineros] que permite la estandarización de la información y la transparencia de las gestiones, avanzando en la implementación de un sistema común de información, diáfano, que permita saber “en qué está la otra Policía” en una determinada investigación [...]” Véase en: FANDIÑO CASTRO, M., RUA, G., MORENO L., FIBLA CERDA, G., & ARELLANO, J. (2017). *Op. Cit.* P. 157.

de vital importancia que el fiscal busque impedir a toda costa que el hecho delictivo produzca consecuencias ulteriores.⁴³

Estas diligencias, pueden ser de aquellas posibles a ser realizadas por el fiscal o las policías, sea en este último caso por delegación del primero o de las autónomas, pudiendo ejecutarse sin dirección ni intervención del ente persecutor.

En cuanto a las primeras, algunas se encuentran contempladas en la ley, no teniendo un carácter taxativo, toda vez que el fiscal puede requerir otras que surjan de los avances científicos y tecnológicos, brindando un amplio abanico de instrumentos que faciliten el desarrollo de sus labores. Entre esas normas, destaca el art. 181 del C.P.P., de las actividades de investigación que autónomamente pueden ser ejecutadas por el fiscal, como por ejemplo la constatación del estado de las personas, cosas o lugares, identificar testigos y consignar sus declaraciones. O, si el hecho hubiere dejado rastros, huellas o señales, deberá tomarse nota de ellos y especificarlos en detalle; deberá dejar constancia del lugar donde se desarrollaron los hechos, el estado de los objetos y otros datos pertinentes que en él se hallaren.⁴⁴

Junto a él, se encuentra lo prescrito por art. 180 del mismo cuerpo legal, facultando al fiscal para demandar de todo funcionario público información vinculada a los hechos que indaga, sin poder excusarse para ello. Igual razón legal guardan los arts. 321 y 314, disponiendo que puede requerir informes periciales a los miembros de organismos técnicos estatales especializados o terceros de su confianza y que tengan idoneidad profesional en el área

⁴³ Como podrían ser toda afectación a las víctimas y/o testigos o cualquier efecto pernicioso que pudiera atentar contra los habitantes de la República.

⁴⁴ También, hace referencia a operaciones científicas o modernos medios de prueba que permitan el respaldo de información y sean aptos para producir fe; la incautación de documentos e instrumentos habidos en el sitio del suceso, que sirvieran para cometer el delito o sea su resultado o pudieren ser medios de prueba.

requerida respectivamente. Por su parte, el art. 190 le atribuye la posibilidad de tomar por sí o por medio del abogado asistente la declaración de los testigos que desearan brindarla voluntariamente, pudiendo pedir medidas de apremio ante la negativa injustificada a declarar o asistir a ello, mientras que el art. 193 le atribuye la citación a declarar al imputado ante él. Finalmente, existen otras disposiciones como los arts. 199, 200⁴⁵ y 203⁴⁶, que prescriben actividades autónomas del Ministerio Público.

Como se ha señalado, los fiscales pueden delegar el ejercicio de estas actuaciones, lo cual se encuentra fundado, de un lado, en su alta carga de trabajo y de otro, en que “[...] es la Policía tanto por capacidad operativa como por preparación la encargada en lo general de la investigación en concreto [...]”.⁴⁷

Lo anterior se respalda en una modificación realizada durante la reforma, la que revirtió “[u]na de las omisiones [del sistema antiguo], que no contemplaba a la policía como uno de los elementos integrantes del sistema procesal penal [...]”⁴⁸, a pesar de su clara contribución al desarrollo del mismo. Así, fueron incluidos expresamente en nuestra Carta Fundamental y en el Código Procesal Penal, definiéndolos como el auxiliar del Ministerio Público en las labores de investigación, además, se les otorgaron atribuciones que pueden ser ejercidas de manera autónoma, si bien son limitadas y acotadas en su impacto. Sus principales funciones pueden ser divididas en tres grandes grupos: a) ejecutar las diligencias de investigación solicitadas por los fiscales, b) participar en el juicio oral como testigos o peritos y c) ejercer sus actuaciones autónomas en el ámbito de la investigación y en la prevención del delito.

⁴⁵ Solicitud de autopsia en caso de sospecha de que causa de muerte fuere un hecho punible.

⁴⁶ Práctica de pruebas caligráficas al imputado, cuando se contare con su anuencia.

⁴⁷ GONZÁLEZ JURE, G. A. (2005) Las funciones policiales en la reforma procesal penal. *Revista de Derecho Procesal* N°20, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 207.

⁴⁸ CAROCCA PÉREZ, A., (2005). *Op. Cit.*, p. 101.

En consecuencia, la labor de ambos organismos es esencial para el devenir del proceso, lo que va más allá de sus distintas naturalezas, por cuanto, cada uno realiza un aporte esencial en el ejercicio de sus funciones con la finalidad de esclarecer hechos de carácter delictual. De un lado, al Ministerio Público le compete la *“representación de los intereses de la comunidad en la persecución del delito [...al igual que] representará asimismo los derechos de la víctima de [aquél]”*⁴⁹. Para ello, deberán ajustar su conducta a las exigencias que nuestras normas le han impuesto, en particular, la legalidad y objetividad. La primera, le obliga a impetrar y sostener la acción penal pública una vez que tuviere noticia de la comisión de un delito, así como la protección de las víctimas y testigos. Mas, esto tiene un límite, el principio de oportunidad, el cual permite, que en determinados casos y cumpliendo ciertos requisitos, no continuar con la persecución penal.⁵⁰ El segundo, le exige conservar un criterio homónimo, por ende, no sólo deberá investigar aquellos hechos y circunstancias que justifiquen o agraven la responsabilidad del imputado, sino que también aquellos que eximan, atenúen o extingan la misma. Es importante destacar que, siguiendo las palabras del Profesor Maturana⁵¹, *“debe establecerse también un cierto límite respecto de este criterio [...], teniendo presente que la defensa es libre para los efectos de realizar por su parte todas las investigaciones que estime pertinentes sin necesidad de acudir al Ministerio Público para que las practique [...]”*. En caso de que el defensor requiriere al fiscal su práctica, ya sea para demostrar la inocencia del imputado o la concurrencia de causales atenuantes o eximentes de responsabilidad, *“[ésta]s habrán de basarse en] alegaciones [...]*

⁴⁹ MATURANA MIQUEL. C. (2005) El Ministerio Público. *Revista de Derecho Procesal*, N°20, p. 100.

⁵⁰ Manifestaciones del principio de oportunidad: el archivo provisional, facultad de no iniciar la investigación, principio de oportunidad en sentido estricto y, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, aunque más bien ellos son clasificados como salidas alternativas al juicio oral y a la condena penal.

⁵¹ MATURANA, M. (2005). *Op. Cit.*, pp. 117-118.

*que se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean verosímiles, pues tal comprobación puede redundar en su beneficio o interés”.*⁵²

Junto a las órdenes de investigar, otra forma de interacción entre el ente persecutor y sus auxiliares, son las Instrucciones Generales dictadas por el Fiscal Nacional⁵³, debiendo decretar las necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos.⁵⁴

Por su parte, a las Policías, *“[se les asignó] la tarea de investigación de la verdad y de auxilio a los funcionarios de la persecución penal [...] en relación a los hechos ilícitos ya sucedidos”*⁵⁵, conforme a la ley procesal penal, a las limitaciones que ella le impone y mediante las facultades que esa misma ley le concede.⁵⁶

Además, se les asignaron actuaciones autónomas, siendo su ejecución el primer acercamiento a un ilícito penal⁵⁷. Ellas, están contempladas en el art. 83 del C.P.P., siendo: a) prestar auxilio a la víctima, b) practicar la detención en los casos de flagrancia, c) Resguardar el sitio del suceso, pudiendo proceder a su

⁵² HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002). *Op. Cit.*, p. 118.

⁵³ Art. 17 de la L.O.C. N° 19.640 del Ministerio Público.

⁵⁴ En atención a nuestra materia podemos destacar el Oficio FN N°717-2017, que versa sobre la actualización de la instrucción general referida a diligencias autónomas y primeras diligencias ligadas a los artículos 83 y 87 del CPP fechada en septiembre de 2017.

⁵⁵ Esta es la función investigativa de la policía, mas, no es la única, toda vez que también recae en ella la labor preventiva, especialmente encomendada en nuestro sistema a Carabineros de Chile en primera instancia y en forma exclusiva, ya que, a la policía civil, vale decir, Policía de Investigaciones de Chile, desde su origen se le asignó la primera tarea mentada. Esta situación se vio afectada con diversas modificaciones legales, entre las que destacan la Ley 18.857, que brindó la posibilidad de que en aquellos lugares donde no existiere PDI pudiera cumplir Carabineros las órdenes y resoluciones emanadas de tribunales. Posteriormente, con la Ley 19.077, se les permitió a ambas instituciones efectuar diligencias preliminares de toda investigación referida a determinados delitos, para ya con la Ley 18.961 consolidar el estatus de policía investigativa a Carabineros.

⁵⁶ MAIER, J. B. J (2003). *Derecho Procesal Penal. Tomo II Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, p. 408.

⁵⁷ Para mayor detalle: MAIER, J. B. J (2003). *Op. Cit.*, pp. 417-419.

clausura o aislamiento y a la recogida, identificación y conservación de elementos relacionados con el delito. D) Identificar a testigos y consignar sus declaraciones en caso de delitos flagrantes o denuncias, e) recibir denuncias del público y f) efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales.⁵⁸ Una vez efectuadas, tienen la obligación de informar de manera inmediata y a través de los medios más idóneos y expeditos de las mismas, lo cual no es sino una consecuencia obvia de la desformalización y urgencia con la cual ha de desenvolverse la etapa de investigación. Finalmente, deberá dejarse registro, con expresión de día, hora y lugar donde fueron efectuadas.

Finalmente, cabe recordar que será indispensable la colaboración de los agentes que hayan participado en estas diligencias u otras⁵⁹ para que presten sus declaraciones en juicio, toda vez que los registros de ellas no tienen valor alguno en él como prueba.

Es evidente la trascendencia de las actuaciones de ambos, constituyendo un medio para obtener un fin, el cual recae en los elementos de prueba, los que, en palabras de los autores Duce y Riego, “[...] se trata de un material normalmente muy relevante y, por lo tanto, su recolección y transmisión deben ser objeto de procedimientos muy afinados.”⁶⁰ Esta última exigencia se torna insoslayable en el proceso de investigación, como podremos apreciar más adelante dadas las posibles consecuencias de su contravención.

Sin embargo, lo planteado previamente, ha de entenderse como la situación ideal, ceñida a los principios y valores exigidos por el sistema procesal penal,

⁵⁸ A ellas, se agregan los casos de muerte en la vía pública, el control de identidad bajo ciertas condiciones, el control de identidad preventivo y proceder a la entrada y registro en lugares cerrados sin consentimiento expreso del propietario en caso de que existan signos evidentes de la comisión de un delito en su interior, como lo son las llamadas de auxilio.

⁵⁹ Como aquellas limitativas de derechos fundamentales que requieren autorización previa del Juez de Garantía, salvo contadas excepciones.

⁶⁰ DUCE, M., & RIEGO, C. (2009). *Op. Cit.*, p. 156.

mas, esto, en ocasiones, dista de la realidad. Así, por ejemplo, se advierte que aquellas investigaciones de delitos de común ocurrencia⁶¹ son realizadas de forma casi autónoma por las policías, guiándose por las Instrucciones Generales dictadas por el Ministerio Público, mientras que, “[...] *Por el contrario, la fiscalía ejerce más decididamente sus facultades de dirección en la investigaciones de crímenes capitales, como el asesinato o el homicidio, y en la criminalidad económica tradicional.*”⁶² La actitud de uno y otro son cuestionables, en especial la de los fiscales, toda vez que pareciera para ellos ser de mayor relevancia aquellos delitos que afectan únicamente a bienes jurídicos importantes o concentrarse en delitos graves que ponen en jaque el orden social⁶³, mientras que aquellas que no cumplen dichas características, rápidamente son presa de la aplicación del principio de oportunidad, en especial, el archivo provisional. Por ello, es esencial evitar que el ente persecutor “[...] *privilegi[e] una aproximación teórica o dogmática a los problemas del sistema de justicia criminal por sobre una lógica destinada a solucionar problemas concretos y específicos, [...] fundada en las necesidades específicas de solución de los mismos.*”⁶⁴ Tal vez, un delito de común ocurrencia envuelva tras de sí una organización criminal y la ejecución de múltiples delitos comunes, la que podría pasar desapercibida por esta mirada. Por lo anterior, es esencial un acercamiento práctico al hecho delictual y desarrollar su teoría del caso con miras a lo que será el futuro del juicio y, procurar consolidarla con en elementos de prueba pertinentes y necesarios.

⁶¹ Robos, hurtos, tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes, por ejemplo.

⁶² AMBOS, K. (2007) *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho Alemán y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 348.

⁶³ Para mayor desarrollo ver: PÁSARA, L. (2009). *Claroscuros en la reforma procesal penal chilena: el papel del Ministerio Público*. Catalonia. P. 25 y ss.

⁶⁴ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. (2006) *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago- Chile. Equipo Editorial: A. Cabezón y S. Araneda. P 40.

Por su parte, en el caso de las policías, sin la dirección de los fiscales, pueden cometer errores que deriven en perjuicios para el devenir de las causas, afectando la recolección de los medios de prueba, su cadena de custodia o, incluso, durante sus actividades, puedan afectar los derechos del o los investigados, por lo que se reitera no perder de vista el rol de la colaboración y comunicación entre ambas y, el de dirección que deben ejercer los fiscales respecto de los agentes.⁶⁵

En la misma línea de críticas, se constata un “[...] *no aprovechamiento de los sistemas de información [...], severas deficiencias para enfrentar la investigación de casos sin imputado conocido, radicadas en problemas de coordinación e incentivos para la persecución penal [...]*”⁶⁶ Sin un sistema integrado entre policías y, de ellas para con el Ministerio Público o, de otros organismos con aquél, continuará la existencia de trabas y demoras excesivas en el diligenciamiento de informes y otras medidas. En cuanto al imputado desconocido, la mayor dificultad subyace en la percepción del fiscal ante él, que muchas veces lo compelerá a archivar la causa provisionalmente.

Finalmente, otra falencia transversal a fiscales, policías y jueces, refiere a la aproximación a las causas de delitos contra la indemnidad e integridad sexual. Esto, puede explicarse, entre otras cosas por *"la ausencia de buenos informes periciales, prejuicios en cuanto a la credibilidad [...]* especialmente cuando se trata de mujeres púberes o adultas, un mayor porcentaje de delitos con un

⁶⁵ A decir verdad, no sólo entre las policías y el ente persecutor, sino que además entre las propias policías, evitando así duplicidad de actuaciones y, del Ministerio Público con otros auxiliares que intervienen eventualmente en el proceso, como Bomberos de Chile y el Servicio Médico Legal.

⁶⁶ DUCE, M. La reforma a la reforma procesal penal: Análisis de la gestación y contenidos de un proyecto de ley. PP. 128.

imputado desconocido [...]".⁶⁷ A pesar de la creación de unidades especializadas como URAVIT y, la re-significación de la víctima en nuestro sistema, aún queda trabajo por hacer para ellos en este ámbito. Al respecto, pueden seguirse ciertas recomendaciones, como la adaptación del sistema implementado por la Ley 21.057 sobre entrevistas videograbadas para menores de edad víctimas de delitos sexuales, homologar criterios para el desarrollo de la investigación y diligencias, asegurar medidas especiales para la comparecencia en juicio, en atención a la situación particular de la víctima, atención adecuada por parte de la policía, los servicios médicos generales y los médicos legales, etc.⁶⁸

Estos escollos, obligan a las instituciones la realización de análisis sobre el desarrollo de sus propias actividades, los que, a parecer de quien suscribe, deben ser permanentes y combinados, en especial para las policías, donde a veces, su propia naturaleza puede jugar en contra. Por ello, si queremos aspirar a una *"[...] persecución penal eficiente y eficaz, [se debe partir con la] exigencia básica [de] un trabajo policial consistente, tecnificado y coordinado, pues es a esta institución a la que le compete recolectar información, identificar, resguardar y recoger las pruebas que sirven de fundamento a la acusación penal"*⁶⁹.

Pero, no solo la policía debe tener en vista lo anterior, sino que también el ente persecutor. Por ello, volvemos a hacer hincapié en el perfeccionamiento el trabajo de ambas instituciones, así como impulsar la colaboración activa, capacitaciones interdisciplinarias y reuniones que fomenten una actuación

⁶⁷ SIMON, F. (s/f) Informe comparativo de la evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. P. 123

⁶⁸ Para mayor desarrollo, SIMON, F. (s/f) *Op.Cit.* Páginas 126 y ss.

⁶⁹ JIMÉNEZ, M. A. & et al. (2012) Reorientaciones de la Justicia Penal. Nova Criminis, Visiones criminológicas de la Justicia Penal, N° 4. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile. P. 308

coordina que promueva espacios de encuentro, la forja de una mirada conjunta y estratégica, que permita salvar las situaciones que se han ilustrado con antelación. Para ello, deberán desarrollarse habilidades y estrategias que trasciendan a todo el contingente de ambas instituciones y, no se quede estancado en un grupo de él.

Es efectivo que no sólo con lo aquí señalado se pueden alcanzar todos estos objetivos, sino que también, es necesario que el legislador contribuya a ello. El Informe de la comisión asesora ministerial para el perfeccionamiento del Código Procesal Penal⁷⁰, puede ilustrarnos en algunos puntos de interés, como por ejemplo, el perfeccionamiento del control preventivo de identidad y del control de identidad del art. 85 del C.P.P.⁷¹; en relación al art. 84 del C.P.P., se sugiere extender la obligación de informar de los agentes al fiscal tras la realización de las actuaciones desarrolladas en el marco de las instrucciones generales. Para la detención en situación de flagrancia, art. 129 del C.P.P., se aboga por una diferenciación marcada entre aquellas causales que competen a la flagrancia propiamente tal de la ficta, toda vez que sólo la primera habilita para detener a cualquier persona y, en el caso del ingreso a lugares cerrados en medio de la persecución, sólo procederá si se cuenta con antecedentes de que el sujeto se encuentre en dicho lugar y, habilitará inmediatamente a la incautación de evidencia ostensible. Por último, en cuanto a ordenar diligencias, se exige que dicha comunicación se haga en forma inmediata y, para efectos de las

⁷⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE. (2019) Informe de la comisión asesora ministerial para el perfeccionamiento del Código Procesal Penal. Disponible en: [http://www.minjusticia.gob.cl/media/2019/01/INFORME_DE_LA_COMISION_ASESORA_MINISTERIAL_PARA_EL_CPP.pdf]

⁷¹ Al primero, se propone como criterio de procedencia conductas que alteren el orden y la seguridad pública y, la traslación a él del supuesto del Art. 85 C.P.P. en que la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad y, se autoriza el registro superficial de vestimentas para resguardar la integridad de las policías. Al segundo, se propone adoptar criterios del primero, como acotar su duración, facilitar la acreditación de la identidad del sujeto y la fijación de responsabilidad para el funcionario que lo realice, entre otras.

diligencias intrusivas, la comisión formuló mejoras a algunas de las diligencias existentes, como exámenes y pruebas de ADN, entrada y registro en lugares cerrados, incautación de objetos y documentos y, la incorporación de una nueva diligencia, el registro e incautación de datos y archivos informáticos, que podría ser contemplado en el artículo 217 bis.

Al ir mejorando en estos aspectos, es posible hacer una realidad la concepción de que “[...] *el proceso penal no es una entidad aislada, sino que es parte de todo el sistema penal, y que también debe expresar, por ese motivo y respetando su papel instrumental, las decisiones de política criminal del Estado, [debiendo] ser funcional a toda política estatal sobre el delito.*”⁷²

Así, por último, se formula un llamado a las instituciones vinculadas a la persecución penal, a que, a la par de lo dicho, propendan a concretar una política criminal que permita enlazar sus actividades y objetivos. Esto, por cuanto aún se advierte que la desarrollada por el Ministerio Público peca de indefiniciones y omite profundizar el tratamiento de delitos mayor ocurrencia o con sesgo de género. *“En las condiciones de inseguridad- sea objetiva o sólo subjetiva- que [atraviesa] la sociedad chilena, no contar con respuestas claras frente a la demanda de seguridad a la larga puede perjudicar la legitimidad social del Ministerio Público y, en consecuencia, del funcionamiento de la justicia.”*⁷³

Ahora bien, junto al Ministerio Público y las policías, encontramos en los albores del proceso al juez de garantía⁷⁵, quien surge como órgano jurisdiccional tras la reforma, como consecuencia de la separación de las funciones del juez del crimen. Se relaciona con los intervinientes y sujetos procesales, por medio de

⁷² CAFFERATA NORES, J. I. (2000). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. Buenos Aires-Argentina. Editores del Puerto. P 259.

⁷³ PÁSARA, L. (2009). *Op. Cit.* P. 28.

⁷⁵ En el Proyecto de C.P.P había sido llamado como el Juez de Control de la Instrucción.

diversas audiencias que deberá presidir durante el desarrollo del proceso. Éstas, pueden ser definidas como un acto más o menos solemne en el cual los intervinientes y el juez interactúan, ya sea exponiendo, reclamando o solicitando alguna actuación determinada, siendo esto una manifestación del principio de contradictorio y/o bilateralidad, característico del sistema acusatorio nacional⁷⁶. Su nombre le fue otorgado en honor a su principal función, esto es, velar por el respecto de los derechos de todos los intervinientes durante el proceso.

Los jueces de garantía se conforman a través de “[...] tribunales compuestos por uno o más jueces de garantía, quienes actúan y resuelven unipersonalmente las cuestiones que le son sometidas durante la fase de investigación de un proceso penal, particularmente las referidas a la cautela de los derechos y garantías de las personas y la preparación del juicio oral, y que conocen y fallan de los procedimientos abreviados, simplificados y monitorios.”⁷⁷

Al privarlos de las actividades de carácter investigativo, se pretendió asegurar su imparcialidad y el correcto ejercicio de la jurisdicción, esenciales al momento de ejecutar sus funciones, en especial, cuando les compete resolver el asunto sometido a su conocimiento. Así, se dejó atrás la paradoja a la cual se encontraban sometidos los jueces del crimen: ser investigador, acusador y sentenciador en una misma causa.

Esa imparcialidad e independencia emanan desde su “sujeción [...] a la Constitución, y, [a] su papel de garante de los derechos fundamentales [...siendo] el principal fundamento actual de la legitimación jurisdiccional y de la

⁷⁶ Dentro de ellas se destacan: la audiencia de formalización, la de acusación, de medidas cautelares, sea para su interposición o revisión y la audiencia de preparación de juicio oral, la cual será de suma importancia, como se verá posteriormente y donde el rol que desempeña el juez de garantía es de suma relevancia.

⁷⁷ CAROCCA PÉREZ, A., (2005). *Op. Cit.*, p. 42.

independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo [...]”⁷⁸

Gracias a estos factores, es posible asegurar que ellos puedan avocarse al escrutinio del caso y sus antecedentes, ciñéndose por las garantías del debido proceso, impidiéndose que algún grupo o mayoría pueda desvirtuar los hechos de tal modo de tornar algo verdadero en falso o viceversa, o absolver o condenar a alguien sin pruebas para ello, aun a pretexto de la (supuesta) legitimación del consenso, ya que “[...] *Aquí, en el proceso penal, no valen otros criterios que los ofrecidos por la lógica de la inducción: la pluralidad o no de las pruebas o confirmaciones, la ausencia o presencia de contrapruebas, la refutación o no de las hipótesis alternativas a la de la acusación.*”⁷⁹

En su rol de contralores del proceso, cuentan con dos tipos de atribuciones, unas de carácter preventivo y, otras, represivo. Entre las primeras “[...] *se cuentan el requisito de autorización previa del Juez de Garantía para la práctica de medidas intrusivas y la cautela de garantías prevista en el artículo 10 del Código procesal Penal. Entre las represivas, la nulidad procesal, y el recurso de nulidad*”⁸⁰. A ellas, habremos de agregar la exclusión de prueba por infracción a garantías fundamentales.

Las preventivas, destacan por su rol ante la solicitud de medidas intrusivas⁸¹, debiendo velar por el resguardo de los derechos del imputado y/o terceros, lo que no sólo demandará la autorización del juez, sino que su evaluación, toda vez que será él quien pondere su necesidad y pertinencia previamente⁸². Por

⁷⁸ FERRAJOLI, L. (2001) *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid, España: Trotta, p. 26.

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 27-28.

⁸⁰ SCHÜRMAN OPAZO, M. (2011) El control de la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación. *Revista Gaceta Jurídica, Volumen 376*, p. 4.

⁸¹ Aquellas actuaciones que impliquen la privación, perturbación o restricción de derechos.

⁸² En aquellos casos urgentes, donde la celeridad fuere clave para el éxito de ellas, su venia podrá ser extendida por los medios más expeditos e idóneos disponibles, sin perjuicio de su posterior registro.

su parte, la cautela de garantías actuará en aquellos casos en que el imputado no esté en condiciones de ejercer sus derechos. Dicha solicitud podrá ser impetrada en cualquier etapa del procedimiento⁸³.

Dada su relevancia para este trabajo, se ahondará brevemente en autorización judicial previa que será exigida para toda actuación dentro del procedimiento que restringiere, perturbare o privare al imputado o, a un tercero, de sus derechos, contemplada en el art. 9 del C.P.P, en relación a las diversas diligencias a pedir por el persecutor y/o el querellante. En el ejercicio de esta facultad preventiva, la actividad del juez tendrá como “[...] *objetivo resolver, en cada caso, el conflicto que puede existir entre esa actuación y los derechos de alguna persona.*”⁸⁴ Por ello, debe recalcar que no se trata de una mera petición que deba darse por sentado será proveída, por el contrario, deberán aportarse antecedentes que la fundamenten, así como deberá tenerse presente la gravedad de los hechos y la sanción a ellos aparejada. Por otro lado, contarán a su vez con excepciones que harán imposible su acogida, como sucede con ciertos objetos y/o documentos y comunicaciones que se encontraren en poder de aquellas personas que están facultados para no declarar en juicio. Éstas, finalmente, podrán contemplar sus propias contra excepciones como, por ejemplo, cuando esas personas hayan cometido o participado en el delito investigado o los objetos y/o documentos pudieran estar afectos a comiso por haber sido utilizados para la perpetración de un ilícito penal o haber sido obtenidos a causa de la actuación del hechor.

El legislador se encargó de regular diversos casos en los que la actividad del persecutor y los auxiliares en la investigación podrían producir estos efectos, a

⁸³ De advertiere la ineficacia de estas medidas, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y citará a los intervinientes a una audiencia para tales efectos; dependiendo de los antecedentes expuestos, podrá determinar la continuación del mismo o decretar el sobreseimiento definitivo.

⁸⁴ DUCE JULIO, M., & RIEGO, C. (2009). *Op. Cit.*, p. 173.

fin de trazar lineamientos para casos específicos. Entre los más destacados se encuentran la entrada y registro en lugares cerrados, incautación de objetos y documentos, los exámenes corporales y la interceptación de comunicaciones telefónicas.

La de mayor exigencia para su aprobación es la última; el art. 222 del C.P.P. es bastante claro sobre el tema, requiriendo sospechas fundadas basadas en hechos determinados sobre la comisión, preparación actual o participación de un sujeto en un hecho delictivo que mereciere pena de crimen y la misma fuera indispensable para lograr los objetivos de la investigación. Además, sólo procederá en aquellos delitos cuya pena oscilare entre 5 años a 20 años.

Ahora bien, existen casos que no fueron previstos por el legislador, como lo sería si se ordenase el seguimiento de un individuo por un extenso periodo para determinar qué actividades realiza. Este tipo de acción demanda *“la necesidad de desarrollar un conjunto de estándares jurisprudenciales que permitan ir pautando con precisión [...] los límites acerca de cuándo resulta posible y lícito realizar una actividad investigativa aunque entre en conflicto con garantías constitucionales y cuándo no resulta legítimo.”*⁸⁵

Como podrá apreciarse con posterioridad, este caso puede resolverse con alguno o varios de los criterios orientadores que se brindarán a lo largo de este trabajo respecto de la posible admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, en especial la derivada.

En consecuencia, el juez de garantía se encontrará en una constante disyuntiva, a la hora de ejecutar sus deberes; de un lado, le compete asegurar los derechos de los intervinientes, en especial los del imputado y, del otro, el interés legítimo de proseguir con la persecución penal, el que busca el

⁸⁵ DUCE JULIO, M., & RIEGO, C. (2009). *Op. Cit.*, p. 176.

resguardo del Estado de Derecho, quebrantado cada vez que se comete un delito. Esto es resultado de que *“la reforma procesal penal no pretendió generar legislativamente reglas de procedimiento que determinaran la conducta de los agentes de la persecución penal, sino que dejó entregada [esta] función [...] a los tribunales de justicia, a partir del desarrollo jurisprudencial que supone verificar, caso a caso, la consistencia de conductas pretendidas o realizadas con principios de orden constitucional que deben ser dotados de contenido.”*⁸⁶

En este orden de ideas, la ponderación de intereses será una herramienta indispensable para alcanzar un equilibrio, evitando la tentación de caer en maximalismos y arbitrariedades. Junto a ella, deberán establecerse otra serie de criterios que permitan emitir resoluciones jurisdiccionales estrictamente fundamentadas, éstos, *“[...] están enmarcados en el régimen de derechos y garantías procesales vigentes [...] que se ha ido tejiendo una compleja red de mecanismos garantistas en el ámbito del proceso. [...] En efecto, la Constitución ha impuesto toda una serie de pautas dirigidas a garantizar un proceso justo, elemento esencial en un Estado de Derecho.”*⁸⁷ Esto, no debe pretender favorecer a un interviniente por sobre otro, sino que otorgarles las herramientas y posibilidades de actuación para que puedan velar por sus derechos e intereses. Sobre el punto, se continuará su desarrollo en el capítulo de atenuación de la regla de exclusión.

Por último, otras situaciones que demandarán la intervención del juez de garantía serán:

⁸⁶ LÓPEZ MASLE, J. (2007) Debido Proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas. En: BORDALÍ SALAMANCA, A. & Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: LexisNexis - Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales p. 198.

⁸⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid, España: Iustel, p. 105.

- a) Cuando una persona se sienta afectada por una investigación sin formalizar por el Ministerio Público, situación en la cual podrá solicitar al juez de garantía que le ordene a aquél a informar sobre los hechos por los cuales se le investiga y fijar una fecha para que proceda a formalizar la investigación.⁸⁸
- b) Tras la formalización⁸⁹ de la investigación, el juez debe fijar un plazo máximo de investigar, el cual, en atención a los principios de concentración y celeridad⁹⁰, no pudiendo sobrepasar los 2 años, en todo caso, las partes podrían acordar un tiempo menor.
- c) Finalmente, encontramos su intervención en la prueba anticipada. Se encuentra contemplada en el art. 280 del C.P.P.; faculta al Ministerio Público para requerir la autorización por parte del juez de garantía a recibir la declaración de testigos o peritos que por obstáculos insalvables no pudieran prestar su declaración durante el juicio oral.

⁸⁸ Código Procesal Penal [CPP]. Art. 186. Ley N° 19.696 de 2000. 12 de octubre de 2000 (Chile).

⁸⁹ Recordemos que ella constituye requisito para la solicitud de medidas cautelares personales o reales, diligencias limitativas de derechos fundamentales, requerir la suspensión condicional del procedimiento, el paso al juicio inmediato, la realización de prueba anticipada, proseguir por medio del procedimiento abreviado.

⁹⁰ Si esto no fuera así, una dilación excesiva puede conllevar consecuencias graves sobre los derechos de los intervinientes; para la víctima se transgrediría cuanto menos el derecho a brindarle una justicia oportuna y, para el imputado, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, especialmente si está privado de libertad. Además, esto también puede alterar negativamente la percepción pública acerca de la administración de justicia, lo cual conlleva a deslegitimar las instituciones del sistema procesal penal.

CAPÍTULO II

Término de la investigación y etapa de preparación de juicio oral

El término de la primera etapa del procedimiento penal está marcado por la declaración del cierre de la investigación por parte del Ministerio Público. Tras ella, surgen tres posibles alternativas estratégicas para él, a) solicitar el sobreseimiento⁹¹ temporal⁹² o definitivo de la causa⁹³; b) comunicar su decisión de no perseverar⁹⁴ o, c) formular acusación.

Así como la declaración del cierre de la investigación es el acto final de la etapa homónima, la formulación de la acusación es el que da inicio a la etapa de preparación de juicio oral. Ella, es definida como “[...] *el escrito que debe presentar oportunamente el fiscal ante el juez de garantía, señalando claramente los delitos y la participación*⁹⁵ *que se atribuye al acusado por los cuales solicita la aplicación de una pena determinada, determinando en forma clara y precisa los medios de prueba que hará valer en el juicio oral.*”⁹⁶ Ella, cumple la función de informar a los demás intervinientes y, en especial al

⁹¹ Cabe recordar que, a diferencia de los actos del Ministerio Público que son de índole administrativa, los sobreseimientos son “*acto[s] jurídico[s] procesal[es] del tribunal que pone[n] termino (sobreseimiento definitivo) o suspende (sobreseimiento temporal), total o parcialmente, el procedimiento pena [...].*” MATURANA MIQUEL, & MONTERO LÓPEZ (2012). *Op. Cit.*, p. 656.

⁹² Éste, se pedirá cuando para el juzgamiento criminal se requiriera previamente la resolución de una cuestión civil; en caso de que el imputado no compareciere o fuere declarado rebelde o, finalmente, si tras la comisión del delito cayere en enajenación mental.

⁹³ Se pedirá el sobreseimiento definitivo si el hecho investigado no fuere constitutivo de delito; se estableciera claramente la inocencia del imputado o estuviere exento de responsabilidad penal en atención a lo prescrito en el artículo 10 del Código Penal u otra ley, entre otras.

⁹⁴ Acontecerá en aquellas ocasiones en que no hubiere sido posible recabar los antecedentes necesarios y suficientes para fundar la acusación, podrá comunicar su decisión de no perseverar en la causa.

⁹⁵ La acusación debe respetar lo dispuesto por la formalización en cuanto a los hechos y la participación que le compete al sujeto activo, en atención al principio de congruencia.

⁹⁶ MATURANA MIQUEL, & MONTERO LÓPEZ. (2012). *Op. Cit.*, p. 682

imputado, posterior a lo cual será denominado acusado, de las pretensiones planteadas por el fiscal y los medios probatorios a través de los cuales fundamentará su argumentación, de tal forma que, en conocimiento de ello, podrá preparar su defensa.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 259 del C.P.P., deberá contener en forma clara y precisa: a) la individualización del o los acusados y su defensor, b) la relación circunstanciada de el o los hechos que se le imputan y su calificación jurídica, c) idéntica relación de las circunstancias que modifiquen su responsabilidad en caso de proceder, d) el grado de participación que se le asigna, e) expresión de la normativa aplicable al caso, f) la indicación de los medios de prueba⁹⁷ de que se valdrá el ministerio público en juicio, g) la pena que solicitare y, h) en caso de que procediere, la solicitud de continuar de acuerdo al procedimiento abreviado.

De lo antedicho, es constatable que una parte relevante de la acusación corresponderá a los medios de prueba, los que permitirán la incorporación de aquellos elementos obtenidos durante la etapa de investigación. Estos antecedentes no son considerados prueba, ya que únicamente será tenida como tal la presentada durante el juicio oral, mas, sí son los elementos en los cuales ella se basará⁹⁸. Esto es consecuencia del propio marco de garantías, dentro de las cuales destacan el principio de inmediación y de contradicción. El

⁹⁷ Si dentro de los medios probatorios se ofrecieren testigos, deberá presentar una lista individualizándolos, además de indicar los puntos sobre los que versarán sus declaraciones. Cuestión similar se requerirá si desea rendir prueba pericial, agregando sí sus calidades y títulos. Ello, permite que los demás intervinientes y el juez puedan realizar un control eficiente a estos medios probatorios.

⁹⁸ Así tenemos que, por ejemplo, la declaración otorgada por un testigo ante el Ministerio Público durante la investigación es indispensable para proceder a acusar al imputado, al igual que lo será el informe de autopsia del Servicio Médico Legal que establezca la concurrencia de terceros en el deceso, mas, en ambos casos, para que la declaración y el informe (que será incorporado a través de la declaración del facultativo que haya realizado la diligencia) puedan ser considerados en el juicio oral, en primer lugar deberán expresarse en la acusación y, para que puedan surtir sus efectos (sean percibidos y posteriormente valorados por el Tribunal) deberán ser rendidos durante la audiencia fijada para tal efecto ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, permitiéndose de esta forma la concreción de los principios de inmediación y contradicción, siendo ambos bases de un juicio respetuoso de todas las garantías.

primero, demanda que toda prueba, alegación, incidente, entre otros, sean realizados en las audiencias con la presencia continua del magistrado, fiscal y defensor, debiendo el primero percibir directamente todas las actuaciones, así como será él quien decrete las resoluciones pertinentes durante la causa. Por su parte, el segundo, asegura que los intervinientes puedan realizar sus alegaciones y observaciones respecto de todos y cada uno de los actos realizados por la parte contraria. De esta forma, por ejemplo, tendrá derecho a interrogar y contrainterrogar testigos, formular objeciones, solicitudes, etc.

El ofrecimiento de la prueba en la acusación es clave para el devenir del proceso, por lo cual, podemos decir que la aplicación del castigo penal recae únicamente en el acusador; en sus hombros pesa reducir el posible margen de impunidad. En efecto, *“Los jueces están solamente para controlar esa tarea de investigación se lleve a cabo sin vulneración de derechos individuales, y para evaluar si las pruebas que el fiscal procuró y trajo al juicio, y las argumentaciones que sobre ella formuló son idóneas para producir en su conciencia la convicción de culpabilidad necesaria para condenar al acusado.”*⁹⁹

Tras su formulación, el juez de garantía deberá notificar de ella a todos los intervinientes, en el mismo acto, citará a la audiencia de preparación de juicio.

⁹⁹ CAFFERATA NORES, J. I. (2002). La eficacia de la investigación penal y el Estado de Derecho. En CAFFERATA NORES, José I (compilador). ALMIRÓN, et al. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales (¿Contradicción o equilibrio?)*. Córdoba: Editorial Mediterránea, p. 47.

Etapa de preparación de juicio oral y su trascendencia dentro del proceso

Como antesala a la etapa de juicio oral, encontramos aquella dirigida a su preparación, definida como “[l]a fase del procedimiento que se desarrolla ante el juez de garantía, y que tiene como finalidades: 1) determinar el objeto de la litis, 2) depurar el procedimiento, 3) determinar el objeto de la prueba y los medios de prueba que podrán ser usados en el juicio oral y 4) buscar consensos por medio de salidas alternativas, la aplicación del procedimiento abreviado y conciliación respecto de la demanda civil.”¹⁰⁰

Durante ella, la labor del juez de garantía será mucho más activa y exigente, debiendo dirigir diversas audiencias¹⁰¹, en las cuales serán presentados las peticiones, antecedentes y argumentos de los intervinientes, tras todo lo cual, deberá resolver en base exclusivamente a lo ventilado en ellas, producto del influjo ejercido por los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Inicia con la acusación¹⁰², presupuesto indispensable de su existencia, ya que el juez no puede aperturarla de oficio, es decir, sin que el fiscal o el querellante la formulen.

Ella será declamada en la audiencia de preparación de juicio, conocida como “aquella audiencia que se desarrolla ante el juez de garantía y que tiene por objeto conocer la o las acusaciones y eventuales acciones civiles deducidas en contra del imputado, y determinar las pruebas que serán rendidas u valoradas

¹⁰⁰ MATURANA MIQUEL, C. & MONTERO LÓPEZ, R. (2012). *Op. Cit.*, pp. 734-735.

¹⁰¹ Siendo éstas el principal medio de interacción de los sujetos procesales e intervinientes.

¹⁰² En su faz escrita, está compuesta además por las presentaciones de los otros intervinientes, así, podría presentarse una querrela, demanda civil, adhesión a la acusación o el ejercicio de la defensa.

*en el juicio oral.*¹⁰³ Es uno de actos del procedimiento jurisdiccional penal más relevantes, dado que sentará las bases sobre las cuales se estructurará el juicio oral. En ella reinarán los principios de oralidad e inmediación, por cuanto, las presentaciones realizadas por los intervinientes, salvo ciertos casos, deberán realizarse en forma verbal y ante el juez de garantía. Además, destacan los principios de publicidad¹⁰⁴, continuidad¹⁰⁵ y concentración y el de contradicción. Que el procedimiento sea concentrado obliga a que su tramitación se cumpla en un acotado espacio de tiempo y sean ventiladas todas las alegaciones, incidentes y otras cuestiones relevantes para su avance. Mientras que la contradicción o bilaterabilidad, permite a los intervinientes discutir sobre las actuaciones o intervenciones ejecutadas por sus contradictores.

Constituyen requisitos de su validez la presencia del fiscal y del defensor. En caso que llegare a ausentarse el primero, la audiencia será suspendida, sin perjuicio de las sanciones aplicables. En el caso faltar el segundo, el juez de oficio decretará el abandono de la defensa y designará un defensor de oficio al imputado, suspendiendo la audiencia por un plazo no superior a 5 días con la finalidad de que el nuevo defensor pueda interiorizarse del caso, con tal de evitar alguna vulneración al derecho a la defensa.

Una vez corroborada la presencia de ambos, el magistrado realizará una exposición breve de las presentaciones formuladas por los intervinientes, vale decir, de la acusación, de la aceptación o no de la aplicación del procedimiento abreviado o, la contestación a ella (si hubiere sido presentada por escrito). El contenido de éstos será el que le permitirá definir la litis. Además, estas

¹⁰³ MINISTERIO PÚBLICO. (08 de agosto de 2018) *Glosario*. Fiscalía de Chile. [<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/utilitarios/glosario.jsp>]

¹⁰⁴ Actúa como resguardo de transparencia del proceso, al cual puede asistir por regla general quien desee, siempre que cumpla con las obligaciones de respeto y silencio.

¹⁰⁵ Manda que la audiencia se desarrolle sin interrupciones, lo que no obsta que sea desarrollada en una o más sesiones hasta su término.

presentaciones podrán ser sometidas a un proceso de depuración por parte de los intervinientes a fin de requerir correcciones, siempre que se encuentren debidamente fundadas. Así, por ejemplo, en caso que la acusación no cumpla con los requisitos o, cumplidos lo fueren deficientemente, tanto el querellante como el acusado podrán requerir su enmienda. De ser acogida, el magistrado ordenará reparar los vicios, lo que en caso de no ser realizado, el juez podrá decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que exista querellante con acusación propia o hubiera adherido a la del Ministerio Público.¹⁰⁶

Además, puede acontecer que el acusado interponga excepciones de previo y especial pronunciamiento, las que “[...] *generalmente [...son...] obstáculos procesales que impiden, ya sea de forma provisoria o definitiva, la continuación del procedimiento.*”¹⁰⁷ Éstas, se encuentran contempladas en el art. 264 del C.P.P. siendo: la incompetencia del tribunal, la litis pendencia, la cosa juzgada, la falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren y la extinción de la responsabilidad penal.

Al ser entabladas¹⁰⁸, el juez deberá resolver en forma inmediata las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder, mientras que las restantes puede ordenar que sean debatidas ante el tribunal de juicio oral. Si las excepciones impetradas fueran las de cosa juzgada y la extinción de la responsabilidad penal, como se ha anticipado, corresponden a causales de sobreseimiento definitivo.

¹⁰⁶ Igualmente, el acusado podrá requerir la corrección de aquellos vicios que las presentaciones de los otros intervinientes posean, teniendo idéntica facultad el querellante particular y el demandante civil.

¹⁰⁷ HORVITZ LENNON, M. I.; LÓPEZ MASLE, J. (2002) *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. p. 31.

¹⁰⁸ Debe recordarse para su debate se permite presentar antecedentes que las respalden y, de no estar acreditadas, podrá postergarse su resolución al juicio oral.

Otras peticiones que pueden formularse, dicen relación con los acuerdos reparatorios, el llamado a conciliación y la procedencia del procedimiento abreviado. Los dos primeros, conllevan la libre disposición de derechos y expectativas de los intervinientes.

En cuanto al último, su finalidad se vincula con los principio de economía procesal y la protección a las víctimas; podrá optarse por él siempre y cuando se cumplan los presupuestos señalados en el art. 406 C.P.P.¹⁰⁹. En este caso será indispensable que el imputado se encuentre conforme con su aplicación y esté bajo conocimiento de los hechos que se le atribuyen, los antecedentes de la investigación llevada en su contra y los acepte expresamente.

No obstante la relevancia de los anteriores tópicos, existe un eje central de esta etapa, el cual es la prueba, la cual *“constituye, en verdad, el gran tema. Se traduce en qué se va a discutir acerca de la prueba que se llevará al Juicio Oral [...] Es un debate. [Debe tenerse presente que] [l]a fuerza de los procesos está en la prueba, de modo que lo que se dirima aquí va a marcar el Juicio que viene, si se pierden los debates se llega de manera disminuida al Juicio Oral, por eso es tan importante.”*¹¹⁰ Por ello, la piedra angular de la audiencia es su depuración y perfeccionamiento, junto al establecimiento de las cuestiones de fondo a ser tratadas en el juicio oral.

¹⁰⁹ A saber, el quantum de la pena, debiendo el fiscal requerir la imposición de aquella que no sea superior a 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo; tratándose de los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro II del CP, o ser mayor a 10 años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo o bien, cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, independiente de su entidad o monto o, si fueren únicas, conjuntas o alternativas.

¹¹⁰ TAVOLARI, R. (2005). S/T. *Revista de Derecho Procesal*, N°20, P. 373.

Debate acerca de las pruebas y el Auto de Apertura

La prueba, tal cual se ha dicho, se alza como elemento fundamental dentro de todo proceso de averiguación de los hechos, sea éste científico, histórico o jurídico, siendo “[e]l instrumento que desde siglos las partes utilizan para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y de cual el juez se sirve para decidir respecto de la verdad o falsedad de los enunciados fácticos [...]”.¹¹¹ Ella respaldará y brindará solidez a sus teorías del caso y les permitirá controvertir los argumentos vertidos por la contraria; además, el conocimiento que tengan de ella les facilitará el ejercicio de sus derechos durante el procedimiento.

No debe olvidarse que los elementos de prueba son recabados en la etapa de investigación, pero en dicha oportunidad esta acción posee una finalidad distinta¹¹² y por ello no poseen por sí mismos valor probatorio¹¹³, empero, serán la base de las pruebas que pasarán a ser rendidas y valoradas durante la etapa de juicio oral.¹¹⁴

Entonces, la prueba puede ser definida como “[...] una verificación de afirmaciones que se lleva a cabo utilizando los elementos [...] de prueba de que

¹¹¹ TARUFFO, M. (2004) Consideraciones sobre prueba y verdad. En: COLOMA C, R. *La prueba en el nuevo proceso penal oral*. Santiago: LexisNexis, p. 176.

¹¹² Consiste en la averiguación de los hechos que configuran el tipo penal, el o los responsables y el contexto que envolviere el ilícito, información esencial para el devenir de la fase administrativa, por cuanto primeramente debe establecerse si existen antecedentes suficientes para poder dar continuidad a la causa o se encuentra ante situaciones que impliquen el ejercicio del principio de oportunidad.

¹¹³ En el sistema inquisitivo, el juez del crimen era el protagonista, siendo quien recolectaba los elementos de prueba, los cuales pasarían luego a ser los medios de prueba; el margen de actuación que poseían las partes era virtualmente inexistente, en cambio, actualmente los intervinientes pueden formular diversos tipos de solicitudes, observaciones y planteamientos frente a las pruebas, sin importar quién las hubiere presentado.

¹¹⁴ Cabe recordar que, sólo serán consideradas como tales las pruebas rendidas ante el tribunal oral en lo penal.

disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías.”¹¹⁶

A fin de ahondar en su comprensión y enlazarla a nuestra materia, es relevante abordar lo dispuesto en los artículos 272 y 275 del C.P.P., siendo los encargados de regular durante la audiencia mentada el debate sobre las pruebas de cargo y descargo ofrecidas durante su transcurso. Aquí, el debate es de vital importancia, ya que las pruebas que conformen el auto de apertura, serán las que definirán el futuro del proceso, sea para alcanzar una sentencia condenatoria o absolutoria, toda vez que no bastan, en nuestro sistema procesal penal, para ello los argumentos, siendo indispensables los medios probatorios que permitan dirimir sobre la culpabilidad o no del acusado.

El cometido que hoy por hoy se les ha asignado a los jueces en la depuración de las pruebas (y la definición de los objetivos relevantes para el juicio oral) es de los de “[...] *mayor trascendencia entre los varios que debe asumir el juez de garantía, para cuyo cumplimiento deberá tener muy claro cuáles serán los mecanismos de funcionamiento del juicio oral, lo que obligará a mantener una coordinación fluida entre una y otra categoría de tribunales [...]*”¹¹⁷.

La regla general en nuestro ámbito de estudio lo constituye la libertad probatoria, la cual está consagrada en el art. 295 del C.P.P. En virtud de ella, podrán ser probados por cualquier medio los hechos y circunstancias que fueren pertinentes para la resolución del conflicto penal sometido a enjuiciamiento siempre que sean producidos o incorporados en conformidad a la ley, pudiendo los intervinientes valerse de todos los medios disponibles para tal finalidad.

¹¹⁶ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p. 65.

¹¹⁷ CAROCCA PÉREZ, A., (2005). *Op. Cit.*, p. 218.

Ligado a lo anterior y, en estrecha armonía con la rápida y sostenida evolución de la ciencia¹¹⁸ y la tecnología, el art. 323 del mismo cuerpo legal¹¹⁹ exige al tribunal que defina la forma en que estos nuevos medios sean incorporados al proceso adecuándolos al más análogo, siendo requisito indispensable que sean aptos para producir fe.

A ellos, se suma lo dispuesto en el inciso final del art. 276 del C.P.P, en atención a que las demás pruebas (las que no fueren excluidas en virtud de él) que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

De las normas aquí plasmadas, se torna evidente que la regla general de la prueba es su admisibilidad, no sólo por facultar a los intervinientes a fin de poder servirse de los elementos probatorios y sus correspondientes medios de prueba disponibles a su alcance o, el que no se limite la inclusión de aquellos que, debido a los avances tecnológicos, no fueron contemplados expresamente por el legislador, sino que los casos en que se restringe estrictamente la admisibilidad son específicos y se encuentran prescritos detalladamente en el Código Procesal Penal.

Entonces, resta analizar las excepciones a este principio y fuentes primordiales del debate sobre las pruebas que serán admitidas o excluidas en el auto de apertura y, de ser el último caso, su existencia jamás será conocida por los jueces del tribunal oral en lo penal. El art. 276 del cuerpo legal en análisis, es el que fija las exclusiones, señalando en su inciso primero que, tras el examen de las pruebas ofrecidas y tras oír a los intervinientes, el juez ordenará

¹¹⁸ Avances que dicen relación, por ejemplo, con la medicina, georreferencia, física y química.

¹¹⁹ Medios de prueba no regulados expresamente.

fundadamente la exclusión de las pruebas que versen sobre hechos públicos y notorios, al igual que las manifiestamente impertinentes¹²⁰.

Por su parte, el inciso segundo, se refiere exclusivamente al exceso de material probatorio en los casos de la prueba testimonial y documental que puedan devenir en efectos puramente dilatorios¹²¹, por lo cual el magistrado podrá acotar su número, siempre que su presentación tenga como objeto además acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con el caso¹²².

Finalmente, el inciso tercero, dispone que podrá debatirse sobre la exclusión de medios de prueba que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que en su obtención hubieren afectado garantías fundamentales. Esta última materia será abordada con mayor detenimiento en lo sucesivo de este trabajo, siendo el objeto principal de análisis.

Luego de esta discusión, el juez de garantía dictará el auto de apertura, definido como *“la resolución jurisdiccional que cumple con los objetivos de la fase intermedia, pues delimita el objeto del juicio oral al fijar los derechos y circunstancias sobre los cuales aquél debe recaer, así como los medios de prueba ofrecidos para acreditar los mismos.”*¹²³ Citando a Jorge Bofill, *“es concebida, claramente, no como el resultado de la mera confrontación de las presentaciones escritas de acusador y acusado, sino, por el contrario, como el producto del debate que, sobre la base de tales presentaciones, tenga lugar*

¹²⁰ Aquellas que no dicen relación con la causa para desentrañar la verdad de los hechos acaecidos y que dieron origen al proceso penal en curso.

¹²¹ Su finalidad única es extender de manera abusiva el procedimiento.

¹²² Esto puede generar un problema no menor, ya que, si la disminución se realiza de forma arbitraria o, aún no siéndolo, termina eliminando pruebas que eventualmente si pudieren ser sustanciales, se generaría un efecto pernicioso sobre el derecho a prueba de los intervinientes.

¹²³ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p. 55.

*durante la audiencia [...]”.*¹²⁴ Su naturaleza jurídica es la de una sentencia interlocutoria, por cuanto se pronuncia sobre un trámite que servirá de base para la dictación de la futura sentencia definitiva.

En base a los objetivos definidos en él por el juez de garantía y, a las pruebas admitidas, los magistrados del tribunal oral en lo penal deberán trabajar para dictar sentencia, so pena de incurrir en alguna de las causales de nulidad absoluta fijadas en el art. 374 del C.P.P.

Con objetivos, nos referimos a los del juicio oral, conformados por los hechos controvertidos, vale decir, aquellos sobre los cuales los intervinientes no presentan consenso¹²⁶, sea que se refiera a su propia existencia o al desarrollo de los mismos. Además, estos hechos deben ser relevantes, nuestro Código habla de ella como pertinencia, atiende a si su existencia es de trascendencia para resolver el conflicto penal, sea porque uno de ellos o un grupo establezca alguno de los componentes de la infracción¹²⁷ o las consecuencias derivadas del acto.

Junto a los hechos, deberá detallar las pruebas que se rendirán en el juicio, vale decir, aquellas que, tras el debate y la depuración, fueron consideradas como pertinentes, útiles y necesarias para resolver el asunto controvertido. En caso de que existiere prueba de testigos, deberán además encontrarse individualizarlos.

Finalmente, deberá señalar el tribunal competente para conocer del juicio, el cual quedará determinado por el lugar de la comisión del delito, en atención al

¹²⁴ BOFILL, J. (2004) Preparación del Juicio Oral. *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Vol. 29, N° 2, p. 276.

¹²⁶ Su contrapartida son los que fueron dados por acreditados en las convenciones del art. 275 del C.P.P.

¹²⁷ Por ejemplo, establezca el autor, su participación, el acto u omisión efectuados. A los hechos que se refieran a ellos se les denomina principales. Además, se encuentran los secundarios o indiciarios, que permiten extraer conclusiones vinculadas a los anteriores y les otorgan sustento, como podrían ser los motivos por los cuales el hechor podría haber cometido el delito.

elemento territorio. En cuanto a la notificación de la resolución se entenderá realizada a los intervinientes presentes en el momento de su pronunciamiento, la que igualmente será notificada a través de estado diario. Una vez ejecutoriada, deberá ser puesta en conocimiento del tribunal del juicio oral competente a través de su remisión y de los demás antecedentes necesarios para su cabal conocimiento. De haberse interpuesto recurso de apelación¹²⁸ en su contra, dicho plazo se contará desde el momento en que se encuentre ejecutoriado el cúmplase de la resolución de segunda instancia.

Ahora, retomando el asunto del debate en torno a las pruebas, en base a los principios que conforman nuestro ordenamiento y por las exigencias hasta aquí señaladas, es que los intervinientes deben tener en claro que no sólo los medios probatorios deben ajustarse a ciertas normas durante el procedimiento, sino que también deben guardar apego a ellas sus declaraciones, así, su admisibilidad “[...] está condicionada, ante todo [...] por su contenido, tienen[do] que estar en una relación temática con respecto al objeto del proceso.”¹²⁹ y, en especial a la teoría del caso que sostenga el litigante, la cual permite introducir a los jueces a él y sus componentes subjetivos y objetivos. Ellas, deben tener una correspondencia con la realidad y con los medios probatorios, lo cual contribuye al resguardando de la seguridad jurídica, ya que, esta forma es la única que permite tener certeza de que la persecución penal y el proceso penal no pecan de ser azarosos ni arbitrarios.

Por ende, “[...] a mayor información (exhibición de documentos, vídeos, declaración de testigos o peritos, etc.) es posible arribar a mejores resultados, entendiéndolo como un mejor resultado la aceptación judicial de aquel enunciado

¹²⁸ Éste sólo puede ser entablado por el Ministerio Público y sólo por la exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones declaradas nulas o aquellas que fueron obtenidas con vulneración de garantías fundamentales. El recurso, a excepción de la regla general, será concedido en ambos efectos.

¹²⁹ SCHMIDT, E. (2006) *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Argentina: Lerner Editorial SRL, p. 141.

*en competencia que se acerque en mayor medida a lo que efectivamente ocurrió.*¹³⁰

Sin este debate ni la depuración sobre la prueba, difícilmente podría entenderse que el juicio oral cumpla con su deber de constituir una de las garantías más trascendentes del proceso penal, ya que gracias a esa labor, los jueces del tribunal oral en lo penal podrán dedicarse a recibir la prueba, la cual, al ser contemplada en los alegatos de los intervinientes podrán formarse una imagen sobre lo acaecido en la realidad. Esto, exige una actividad de razonamiento acabada, que les permita dar estructura al caso presentado, pesando sobre sus hombros el deber de resolver esta controversia de interés público, dados los bienes jurídicos que se encuentran comprometidos y las garantías que resguardan los derechos de los intervinientes. Tras concluir el debate, con lo cual iniciará el proceso de deliberación del tribunal¹³¹, cuyos miembros solo podrán considerar como base para la sentencia la prueba que hubiere sido

¹³⁰ COLOMA CORREA, R. (2004). *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (1a. ed.). Santiago de Chile: LexisNexis, p. 12.

¹³¹ Aquí, será evaluada con rigor la labor ejecutada por los intervinientes, en relación a las indagaciones y sus estrategias jurídicas, en especial las del Ministerio Público (auxiliado por las Policías) y de la Defensa, ya que *“La disponibilidad (o carencia) de información [...] habilitará [a los jueces] para sostener fundamentadamente que se encuentra probado [el ilícito]. Dicha información podrá ser de naturaleza variada yendo, por ejemplo, desde la declaración de [un testigo]... [o de un perito] ... hasta la percepción de [un objeto que sirvió para su comisión o la facilitó]. Con esa y otra información adicional los jueces podrán (o no) inferir que [el sujeto cometió el ilícito], dando por probado el respectivo enunciado.”* COLOMA CORREA, R. (2004). *Op. Cit.*, p. 11.

La valoración que hagan de los medios de prueba será apreciada con libertad, mas, en este análisis, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Además, deberán velar por el cumplimiento del principio de congruencia, toda vez que la sentencia no podrá exceder el contenido de la acusación, debiendo versar únicamente sobre los hechos, personas y/o circunstancias que contemplados en ella. No obstante esto, el tribunal podrá efectuar una calificación jurídica diversa o alterar la procedencia o no de circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal, sean agravantes o atenuantes.

Junto a lo anterior, una de las principales exigencias de la sentencia es su fundamentación. Gracias a ella, los razonamientos plasmados por los magistrados en su resolución pueden ser escrutados por terceros. (a esto, se le ha llamado democratización de la sentencia, siendo una de las manifestaciones del principio de publicidad), ya que demanda un análisis pormenorizado de todos los medios de prueba, incluso, de aquellos que fueron desechados, debiendo expresar las razones para ello y la forma en que ellos permitieron acreditar los hechos y sus circunstancias, junto a las alegaciones vertidas en el juicio.

Por ende, solemos decir que si bien, *“la justicia de la decisión no puede ser asegurada a través del juicio oral, [...] el diseño del juicio oral sí provee de ciertas condiciones que facilitan la obtención de resultados aceptables.”* *Ibíd.*, p. 9.

rendida durante la audiencia¹³². Esta exigencia es manifestación del principio de inmediación y de la presencia permanente de los magistrados, debiendo ser los mismos que presenciaron la prueba, los que fallen la causa, so pena de nulidad.

Por ello, no puede obviarse la relevancia de este proceso. Ahora bien, su desarrollo no está exento de controversias, siendo la más apasionante aquella que gira en torno a una(s) posible(s) infracción(es) procedimental(es) que implicare la vulneración de garantías fundamentales. Esto, envuelve la aplicación de excepciones a la regla general de libertad probatoria, lo que puede traducirse en su posterior inadmisibilidad, mas, antes de dicho cuestionamiento, debe uno preguntarse ¿cuáles son los requisitos para que el material probatorio sea admisible?

En un primer orden, es posible encontrar prohibiciones específicas referentes al proceso de obtención, como lo son, la prohibición de métodos de interrogación que menoscaben o coarten la libertad del imputado para declarar (art.195 C.P.P.); en el caso de retención e incautación de correspondencia (art. 218 C.P.P.), de la interceptación de comunicaciones telefónica (art. 222 C.P.P.), el en caso de aquella habida entre el imputado y abogado, salva excepciones contempladas y registro de interceptación telefónica (art. 223 C.P.P.), ya que aquellos envíos o comunicaciones irrelevantes para el proceso serán devueltos y, en lo que a objetos y/o documentos respecta, el art. 220 C.P.P. delimitando aquellos que no pueden ser sometidos a incautación.

Así, este principio se traduce en que lo importante *“en el proceso es, sí, que se llegue a la verificación de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes,*

¹³² Excepción a ello es la prueba anticipada, como se señaló con anterioridad.

*pero también que se llegue a ello precisamente por el camino establecido en la ley.*¹³³

Junto a ellas, están las exigencias de pertinencia, utilidad y licitud. La primera, *“atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan”*.¹³⁴ No se refiere al medio de prueba en sí mismo, sino que al objeto a probar, sea éste un hecho, persona o cosa y a su relación para con aquél. Así, un medio de prueba será pertinente, en la medida que verse sobre un hecho que fue alegado por las partes, que recaiga sobre los que fueren controvertidos, y que tengan incidencia suficiente para contribuir a la resolución del caso, vale decir, el *tema decidendum*.

La segunda, versa *“fundamentalmente [sobre el] medio en sí mismo considerado, aunque no pueda faltar en ocasiones referencia a la relación entre medio y hecho”*.¹³⁵ Así, para ser útil, un medio de prueba deberá ser adecuado para corroborar las aseveraciones formuladas por los intervinientes en relación a hechos, personas y circunstancias en que se desarrolló el delito. Además, debe evitar ser superfluo, como sería el caso de emplear un medio de prueba que no permite acreditar una proposición fáctica.

Por último, podemos decir que la admisibilidad probatoria está ligada a los derechos consagrados en la Carta Fundamental, ya que garantiza un procedimiento ajustado a derecho, por lo que una prueba que cumpla estos requisitos, debiera ser admisible sin mayores reparos por el juez. Pero, ¿qué ocurre en caso contrario?, ¿cuál o cuáles serían las sanciones aplicables en

¹³³ MATURANA MIQUEL, C. & MONTERO LÓPEZ, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 919.

¹³⁴ MATURANA MIQUEL, C. (2015). *Aspectos generales de la prueba*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 165.

¹³⁵ MATURANA MIQUEL, C. & MONTERO LÓPEZ, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 921.

caso del incumplimiento de estas exigencias? Y, ¿dichas sanciones son ineludibles?

El legislador previó la ocurrencia de la ilicitud de un medio probatorio, por lo cual consagró en el inciso tercero del art. 276 del C.P.P., la denominada exclusión probatoria. A través de ella, se pretende resguardar ex post la última exigencia de admisibilidad, la licitud. Ésta, se encuentra ligada a la legalidad, es más, podría decirse que es una faceta de la misma, toda vez que demanda que la admisibilidad del medio probatorio “no esté especialmente proscrita por la Ley”¹³⁶. En consecuencia, libertad probatoria y el derecho a la prueba intrínsecamente vinculado a ella, poseen límites, siendo uno de los más importantes la licitud.

A diferencia de la utilidad y la pertinencia, en la contravención a la licitud, “la inadmisibilidad opera como sanción [al estar en] presencia, de elementos probatorios que han sido obtenidos con inobservancia de las garantías fundamentales, lo que ocurre normalmente durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación [...]”¹³⁷ La ilicitud vulnera las garantías fundamentales a los individuos que puedan verse afectados por el ejercicio de la persecución penal, por lo cual, frente a esta transgresión se ha considerado la sanción máxima aplicable, la cual es su supresión del auto de apertura y en consecuencia del juicio oral.

Producto de esta situación y los graves efectos que apareja para el Ministerio Público, pudiendo significar incluso la eliminación de todo o parte de la prueba de cargo, es que esta causal difiere de las anteriores, entre otras cosas, en

¹³⁶ BAUMEISTER TOLEDO, A. (2015) Observaciones sobre el derecho constitucional a la prueba. En: Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación, Tomo III. Pp. 1809- 1816. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. P. 1816.

¹³⁷ CERDA SAN MARTÍN, R. (2010) La prueba ilícita y la regla de exclusión. *Revista de la Justicia Penal*, N° 6, p. 137.

cuanto a la posibilidad de recurrir a la resolución que la invoque, pero también es excepcional en atención al sujeto que puede interponerlo, ya que sólo el fiscal está facultado para entablar apelación en contra del auto de apertura y, únicamente en dicha parte y bajo la mentada causal. En relación al agravio, este yace en las consecuencias de la eliminación de la prueba que apoya la teoría del caso del ente persecutor, lo que derivaría posiblemente en la absolución del acusado, salvo que contase con prueba suficiente como para revertir dicho escenario¹³⁸. No sólo eso, sino que, por regla general, la prueba eliminada que adolezca de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo en estudio, usualmente sí serán pertinentes y útiles, sin embargo, se encuentra en tela de juicio su (i)legalidad al momento de su obtención, siendo así la sanción mucho más severa.¹³⁹

Ahora bien, ¿cuál fue el motivo del Legislador para otorgar en forma exclusiva al Ministerio Público la chance de impetrar el recurso de apelación en contra del auto de apertura?

Originalmente no se contemplaba este recurso, empero, se decidió incorporar la posibilidad de ejercerlo dadas las consecuencias que se derivaban de la exclusión de prueba por dicha causal, de un lado, la supresión de ella y, de otro,

¹³⁸ Es por ello que no procederá la impugnación en caso de haberse excluido pruebas de índole sobre abundante o dilatorias, impertinentes o que pretendan acreditar hechos públicos y notorios, porque el fundamento base de la apelación, el agravio causado, no se presentaría, ya que el fiscal debería contar con otras probanzas que le permitieran proseguir con el juicio oral y que presentaran los caracteres de pertinencia, utilidad y legalidad necesarios.

¹³⁹ En vista a estos casos, el Oficio de la Fiscalía Nacional N° 284/2010, expresa: “Por ello, los fiscales deberán poner especial atención en el debate sobre ilicitud de prueba, requiriendo del tribunal un pronunciamiento explícito sobre el incidente respectivo, controvirtiendo sí, habiéndose trabado el debate sobre prueba ilícita, la exclusión es declarada, en definitiva, por una causal distinta que no de derecho a impugnación, o bien, no se expresa claramente la causal, de modo de imposibilitar la impugnación”. Cfr. Oficio FN N° 284/2010. [Fiscalía Nacional]. Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación del juicio oral. Fiscalía de Chile. 31 de mayo de 2010. Disponible en: [\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0)

la imposibilidad de proseguir con el juicio a consecuencia de la misma¹⁴⁰. No se le brindó esta posibilidad a la defensa ni al querellante ya que se temió la paralización y/o dilación de los procesos. Además, se estableció “[...] *que cada vez que el juez de garantía rechace una prueba ofrecida por las partes, deberá hacerlo fundadamente, para facilitar su revisión por parte de otro tribunal en caso de ser procedente.*”¹⁴¹ La última consideración también sirvió de base para otorgar al Ministerio Público la opción de solicitar el sobreseimiento definitivo¹⁴² en la causa, lo que estaba en consonancia además con el resguardo a los derechos de los involucrados¹⁴³.

Enfocándonos en la exclusión en sí, podría señalarse que, a primera vista, los términos en los cuales fue plasmada en el C.P.P. como sanción, pareciere ser absoluta, “[...] *tratándose...*] *de una norma de carácter prohibitivo dirigida a los jueces, con el fin de que no admitan ni valoren aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales*”¹⁴⁴. Pero, tampoco puede obviarse que las sociedades cambian y, en no pocas ocasiones, lo hacen a una velocidad que con creces sobrepasa la evolución misma del Derecho. Aquellas transformaciones no sólo impactan de forma positiva, sino que también lo hace en sentido contrario. Así, por ejemplo, hoy gracias a Internet, se ha facilitado el acceso a una cantidad inimaginable de información, al igual acontece con la disponibilidad de plataformas que permiten las comunicaciones a larga distancia; sin embargo, no todos son beneficios, ya que esa facilidad en la

¹⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2000). *Historia de la Ley N° 19.696 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>], p. 1452.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 1452.

¹⁴² Ley N° 20.074: Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de noviembre de 2005.

¹⁴³ Debe señalarse que en primera instancia se le había facultado para impetrar la decisión de no perseverar.

¹⁴⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2015) Regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Concepto, fundamento y tratamiento procesal. *Revista Doctrina y jurisprudencia Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, N° 2º*, p. 34.

transmisión de información puede ser empleada para fines ilícitos como ocurre con la pornografía infantil, venta de datos personales privados, instrucciones para la fabricación de armas o bombas, entre varios otros. Y, en cuanto a las comunicaciones, el anonimato y la encriptación de ellas favorece a la coordinación de las organizaciones delictuales o para la preparación de un delito común, como un homicidio.

Estas modificaciones en el comportamiento de los hechos penales han llevado a arduas discusiones relacionadas con las garantías que brindan los diversos sistemas legales, al igual que a abogar por mayores medidas de seguridad y prevención del delito. Frente a estos debates, la regla de exclusión no podía quedar exenta, dado el impacto de su aplicación en el proceso. Durante décadas estos cuestionamientos han sido tratados en Derecho Comparado, ya que, para sus estudiosos ni la prueba ilícita ni la exclusión de la misma son instituciones nuevas, datando de 100 años en algunos países, por lo cual, es impensable no mirarles al momento de replantear instituciones. Con esto, no quiere decirse que la regla de exclusión se haya tornado inútil o que deba ser derogada, por el contrario, este trabajo pretende traer este debate con la finalidad de plantear si es posible atenuar su aplicación en base a criterios que deberán ser observados por los tribunales. Esto, toda vez que en no pocas ocasiones, en Derecho y, en especial en el ámbito penal, existen situaciones excepcionales en las que “[...] *el principio de inadmisibilidad de la prueba ilícita contrasta, choca o pone en riesgo otros valores o intereses cuya garantía o aseguramiento en el marco de nuestro derecho también resultan relevantes. Es decir, que se produce una antinomia- de las tantas que conoce el proceso-*

entre el derecho protegido mediante la aplicación de la regla de exclusión y aquel otro derecho que la regla lesiona [...]”¹⁴⁵

CAPÍTULO III

La prueba ilícita

La prueba ilícita y su vínculo con la etapa de investigación

Durante el desarrollo de la etapa de investigación, no es posible negar que *“la eficaz persecución de los delitos requiere que, en ocasiones, la policía realice investigaciones urgentes de propia autoridad, aunque con posterior, e inexcusable, convalidación extrapolicial –judicial o fiscal-.”*¹⁴⁶

Así, cabe preguntarse, ¿qué ocurre si la policía detiene un sujeto que en su mochila porta elementos que usualmente son empleados en la fabricación de bombas, quien se jacta de la inminente explosión que acontecerá sin brindar mayores antecedentes y, con la finalidad de obtener información para determinar la ubicación exacta lo amedrentan con la posibilidad de torturarlo? Igual pregunta puede formularse si en medio de un control preventivo de identidad, ante una infracción de la Ley de Tránsito, se pide inspeccionar el maletero del vehículo, encontrándose en dicho registro armamento de guerra, municiones y/o grandes cantidades de droga. O, en el caso de un allanamiento

¹⁴⁵ MINVIELLE, B. (1987) *La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal*, pp. 117 y ss. Editora Marcos Lerner, Córdoba. En: MIDÓN, M. S. (2002) *Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, p 117.

¹⁴⁶ NIEVA FENOLL, J. (2012) *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Edisofer S.L.- Editorial IB de F., p. 104.

realizado sin contar con una orden judicial previa, el cual se efectuó tras haberse recibido información anónima de que un sujeto realizaría una trata de personas en su domicilio a determinada hora de la madrugada y, dado el estrecho margen de tiempo con el cual se contaba se procedió de igual forma.

Estas situaciones ocurren en la actualidad, viéndose algunos países más afectados por ellas que otros. En ocasiones, el proceder policial puede parecernos desproporcionado, pero en otras, puede hasta ser justificado. Frente a estos sucesos es que este proyecto sugiere un análisis crítico en relación a la posibilidad de admitir prueba obtenida con vulneración de garantías o, al menos, flexibilizar la admisibilidad de las pruebas derivadas de otras ilícitas.

Ya en otras latitudes de nuestro orbe, este debate es constante, existiendo diversas voces al respecto. Así, al menos es reconocible la existencia de tres grupos de opinión sobre esta materia en doctrina y jurisprudencia comparada: “[...]1 °) los que pugnan por la admisibilidad de los medios [...] de prueba ilícitamente obtenidos, independientemente de la sanción [...] a que haya lugar; 2°) los que se pronuncian por el rechazo de tales medios [...] de prueba y por restarles toda eficacia en el proceso [...]; y, 3°) los que consideran que debe ser el juzgador el que, en cada caso concreto, pondere los intereses, valores, bienes y derechos en conflicto y decida, motivadamente, sobre la admisibilidad o rechazo del material probatorio ilícitamente obtenido”.¹⁴⁷

Nuestro país no puede ser ajeno a esta discusión. En ciertos casos los infractores de ley penal han modificado su actuar, se han tornado más violentos a la vez que actúan con mayor prolijidad y organización, dificultando muchas veces las labores de investigación. Con esto, no se quiere decir que la prueba

¹⁴⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, R. (2001) El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. *THEMIS Revista De Derecho*, 43, pp. 137-159. Disponible en: [<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11596>], p. 148.

ilícita sea admitida sin más y sin importar el contexto que rodea al ilícito, pero sí se considera necesario debatir sobre el particular, más aun teniendo presente la realidad actual del delito como fenómeno social. Tal vez, esto permita evaluar en conjunto esta situación, siempre con altura de miras, sin temor a los cambios y buscando vías que permitan alcanzar un grado de armonía razonable de los intereses en juego, lo que podría darse a través de excepciones que ya existen a la regla de exclusión en otras latitudes y puedan ser adoptadas en nuestro ordenamiento de forma expresa en la medida que no generen un conflicto con el mismo y se adecuen a nuestra realidad normativa y, además, sean nutridas de contenido por la jurisprudencia y la doctrina de manera efectiva.

Esta discusión debe considerar igualmente los derechos e intereses de las víctimas, que muchas veces quedan rezagados frente a la dinámica del Ministerio Público y la defensa. Justamente es esto lo que suele desencadenar en nuestras sociedades un aumento relevante en la sensación de temor de la población, la que además suele verse agravada producto del enfoque de los medios de comunicación. Sin embargo, no todo son sensaciones, con el rezago efectivo de las víctimas, hoy por hoy es palmario que en ciertos ámbitos *“[la] criminalidad ha devenido notoriamente más masiva, brutal y peligrosa. Más brutal y peligrosa es la comisión de [delitos como] las lesiones corporales, [...] sexuales violentos [...] Esta violencia también se constata] en el ámbito de los delitos contra la propiedad y [...] enriquecimiento, en el comercio ilegal de armas, de drogas y también de personas, ha logrado otra dimensión mediante su comisión por medio de bandas u organizaciones dirigidas rígidamente.”*¹⁴⁸

Es relevante que los actores que intervienen en sistema procesal penal, estén conscientes de lo anterior y enfoque parte de sus esfuerzos en mitigar estas

¹⁴⁸ FRISCH, W. (2014) Transformaciones del Derecho Penal como consecuencia del cambio social. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21, p. 27.

problemáticas, con miras al cumplimiento del deber que recae sobre todas las instituciones que intervienen en él de asegurar un mínimo de eficacia y efectividad en la persecución de los hechos delictuales, en especial en aquellos de mayor gravedad, de tal modo de armonizar estos intereses en la medida de lo posible. Esto, en ningún caso significa que, si durante la investigación, los fiscales o las policías actuaran de manera negligente, temeraria o arbitraria en el ejercicio de sus facultades, esto será obviado y los elementos de prueba recabados sean posteriormente admitidos con prueba válida en juicio. Muy por el contrario, es en estos casos donde la regla de exclusión ha de primar, previniendo la admisibilidad de aquellas pruebas espurias.

El mismo Código puede proporcionarnos bases para el debate, ya que su correcta lectura obliga a estudiar sus preceptos como un todo, no como unidad aislada. Así es posible atisbar artículos que tienden a moderar el impacto de este principio a la hora de juzgar la admisibilidad probatoria, lo que llevará a que, en determinados casos y bajo ciertas circunstancias, el juez de garantía puede admitir prueba que, usualmente podría ser considerada como ilícita en la causa como ocurre con lo prescrito por el art. 215 del C.P.P.¹⁴⁹, que permite realizar la incautación de objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado, bastando con dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará. Por su lado, el inciso 5° del art. 223 del mismo Código¹⁵⁰, dispone que, en el caso de las grabaciones que contuvieran informaciones relevantes¹⁵¹ para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieran constituir un delito que merezca pena de crimen, serán grabadas y deben luego ser entregadas al

¹⁴⁹ Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado.

¹⁵⁰ Registro de la interceptación

¹⁵¹ A diferencia de lo que ocurre con las comunicaciones de carácter irrelevante, que deberán ser entregadas al sujeto afectado por la interceptación y posteriormente toda transcripción de ellas será destruida

Ministerio Público, el que podrá requerir su transcripción e incorporación como medio de prueba.

Estamos conscientes que el esclarecimiento de los delitos no es un objetivo que pueda ser alcanzado a cualquier costo ni por cualquier medio, empero, esto tampoco significa una pasividad de los órganos de persecución penal, ni una limitación en sus facultades que pudiera afectar su desempeño y la realización propia de los objetivos del proceso penal.

Así, concordamos en que existen casos en los cuales “[...el juzgador deberá admitir...] *la prueba ilícita cuando ello sea el único instrumento para evitar daños de mayor gravedad en el caso concreto. Y ello, en función de que los derechos no son ilimitados; todos los derechos tienen sus límites que, en relación a los derechos fundamentales, la Constitución por sí misma establece en algunas ocasiones.*”¹⁵² Salvadas las consecuencias gravosas, tras el uso de la proporcionalidad en estas situaciones específicas (vale decir, se prohíbe su uso en abstracto), Minvielle señala que “[...] *por su naturaleza excepcional, la admisibilidad de la conducta violatoria de la legalidad sólo tendrá lugar en la medida de lo estrictamente necesario para prevenir el daño, pero nunca podrá utilizarse como prueba contra el imputado.*”¹⁵³ Estimamos discutible si ha de procederse de esta forma o si cabe posibilidad de que los elementos obtenidos puedan posteriormente emplearse, ya que, de lo contrario se generaría un contrasentido a la excepcionalidad de admitir la prueba ilícita y el autor delictual posiblemente no será juzgado, dado que la prueba habida en su contra es ilícita, y deberá ser excluida por el juez de garantía del auto de apertura. También, puede abrirse la chance de que si bien, aquellos elementos no puedan presentarse en el futuro, sí puedan recabarse otros tras la investigación

¹⁵² MINVIELLE, B (1987) *Op. Cit. En: MIDÓN, M. S. (2002). Op. Cit., pp. 117-118.*

¹⁵³ MINVIELLE, B. (1987) *En: Ibíd., p. 118.*

que se generará producido el hecho que revistiere caracteres de delito, cumpliendo los actos de investigación con todos los requisitos exigidos por la ley y el estado de Derecho.

Finalmente, si se llegara a aceptar la factibilidad de la admisión de la prueba ilícita, ya sean aquellas derivadas o, incluso directas, no se considera razonable en caso alguno la implementación de una fórmula única y/o de carácter general dado que las garantías afectadas por la inobservancia pueden ser diversas, las diligencias empleadas presentan sus particularidades propias y, finalmente, los bienes jurídicos afectados por los ilícitos correrán igual suerte. Cualquier excepción a la inadmisibilidad de la prueba ilícita deberá ser analizada en forma casuística, pudiendo facilitar el trabajo por medio de orientaciones establecidas respecto de casos similares tal y como ocurre en el derecho comparado. Las razones que la justifiquen tendrán su seno en los principios generales que posean arraigo transversal en nuestra tradición, como lo hace el de proporcionalidad. Lo anterior, no será impedimento para brindar directrices que puedan tener presente los jueces a fin de determinar la admisibilidad o no de las pruebas ilícitamente obtenidas.

Para este análisis, es importante reiterar la relación entre la prueba ilícita y la instrucción, por cuanto *“[...] con todo acto de la instrucción se puede vulnerar algún derecho fundamental, tan pronto como aparece un sospechoso identificado. Sin embargo, esa vulneración es necesaria para llevar a cabo la investigación, puesto que de lo contrario sería imposible realizar las averiguaciones de la comisión del delito.”*¹⁵⁴

Es por ello que cobra absoluta relevancia el actuar del juez de garantía, desde las primeras diligencias del proceso, quien vela por el correcto desenvolvimiento

¹⁵⁴ NIEVA FENOLL, J. (2012). *Op. Cit.*, p. 102.

del procedimiento y la debida observancia de sus normas y garantías en las actuaciones a los intervinientes, ya que no existe rama del ordenamiento jurídico ni autoridad que pueda abstraerse de los principios fijados y derechos garantidos por la Carta Fundamental. A su vez, estos principios mandatan que las interpretaciones que se formulen en sus ámbitos habrán de tenerle en cuenta a ella, toda vez que *“[...] es un sistema de principios y disposiciones jurídicas, dotado de fuerza normativa propia, que opera de manera directa e inmediata, vinculante en todo momento y lugar para gobernantes y gobernados.”*¹⁵⁵

Dado el posible conflicto de derechos e intereses legítimos, una de las etapas donde de evidencia de manera más patente esto, es la fase de investigación. Ésta, recordemos, *“[...] consiste [...] en la indagación preliminar, por parte del Ministerio Público y la Policía, de los hechos denunciados que revistan caracteres de delito. Su función principal es la recolección de antecedentes*¹⁵⁶ *probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado.*^{157”}

Diligencias intrusivas y derechos fundamentales

Es por ello que la función recién mentada, debe considerar de modo irrestricto lo dispuesto por nuestra Carta Fundamental, ya que ella contempla *“un núcleo invariable de principios penales y procesal penales, respetado como justo en todos los países civilizados, cualesquiera sean las circunstancias y el tiempo*

¹⁵⁵ CEA EGAÑA, J. L. (2002) Op. Cit. P. 214.

¹⁵⁶ Sin ellos, el fiscal no podría elaborar y menos sustentar su teoría del caso, así como tampoco delimitar un marco normativo aplicable, lo cual haría la continuación del procedimiento totalmente inviable. La investigación y sus resultados son, a fin de cuentas, la columna vertebral en la que se apoya el proceso, donde actores tanto públicos como privados deben contribuir con antecedentes relevantes para esclarecer cómo acontecieron los hechos y las circunstancias que envuelven un actuar delictual.

¹⁵⁷ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b). Op. Cit., p. 443.

[...]¹⁵⁸, destacando entre otros, la exigencia de un debido proceso, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la proscripción de la analogía, la abolición de la pena de muerte y la proporcionalidad. Además, consagra un catálogo de derechos inherentes a la persona humana, contempladas en su art. 19 y sus numerales. Dada su extensión, el presente trabajo sólo abordará algunos de ellos.

En cuanto a los derechos fundamentales, debe tenerse presente que, en su mayoría, no poseen carácter absoluto, lo cual ya es determinado por instrumentos internacionales así, éstos *“pueden ser objeto de legítimas restricciones, [...] como señala el Art. 32 núm. 2 de la CADH, en aras de “los derechos de los demás”, “la seguridad de todos”, y “las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”*¹⁵⁹.

A esos límites se les ha denominado restricciones o medidas restrictivas de los derechos fundamentales, siendo *“aquellas intromisiones que en principio vulneran el ámbito de protección de dichos derechos, lo que implica que conforman el supuesto de hecho del derecho fundamental, y que, por este motivo, precisan de justificación conforme al principio de proporcionalidad.”*¹⁶⁰

Esta definición es comprensiva tanto de acciones como omisiones que los pudieren afectar, las que para ser legítimas deben ser ejecutadas cumpliendo una serie de requisitos. En primer lugar, deben ser ejecutadas por agentes de poderes públicos, en segundo, el acto u omisión debe recaer en el ámbito de protección de los derechos en cuestión y, tercero, deben ser ajustadas a las exigencias propias del principio de proporcionalidad.

¹⁵⁸ CEA EGAÑA, José Luis. (2002) Marco constitucional del nuevo sistema procesal penal. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29(2), p. 211.

¹⁵⁹ ZALAUQUETT DAHER, J. & NASH ROJAS, C. (2005) Proceso Penal y Derechos Humanos. *Revista de Derecho Procesal*, N° 20, p. 76.

¹⁶⁰ CABEZUDO BAJO, M. J. (2010). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, N° 77, Enero-Abril 2010, p. 178.

Si bien, nuestra Constitución no explicita ni define este principio, si mandata su observancia, a través de la exigencia de que los derechos no sean privados de su contenido, dejándolos vacíos o desnaturalizándolos. En consecuencia, lo importante frente a esta situación es que las restricciones no vulneren los derechos en su esencia, ajustándose así a lo estipulado en el artículo 19 N° 26 del mentado texto, *“La Constitución asegura a todas las personas: 26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

En concreto, ¿qué significa la esencia de los derechos? Son los tribunales los que se han encargado de dar respuesta a esto, así, el Tribunal Constitucional español, ha expresado que, desde una óptica positiva, sería *“aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos.”*¹⁶¹

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, ha delimitado el aspecto negativo, sosteniendo que *“[...] que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”.*¹⁶²

Esta norma nos permite equilibrar principios, derechos y garantías que confluyen en nuestro ordenamiento. En concordancia con ella, las restricciones

¹⁶¹ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2010) Destruyendo mitos. Derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal. *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Temuco*. Disponible en: [<http://derechoycienciapolitica.cl/index.php/RDCP/article/view/71>] P. 29.

¹⁶² *Ibid.* P.29

abordadas constituyen *“un instrumento necesario para el Derecho Procesal porque la eficacia procesal del conjunto de medidas restrictivas que se acuerdan y practican en el marco de un proceso está supeditada al cumplimiento de los presupuestos y requisitos que las conforman.”*¹⁶³ Así, se logran resguardar eficazmente las garantías y los derechos fundamentales que ellas protegen y, a la vez, dar cabal cumplimiento a una de funciones propias del Estado de Derecho, esto es, realizar una eficaz persecución penal de los ilícitos, sin la cual aquél no podría conservarse.

Junto a las exigencias generales, es fundamental que para que estas restricciones sean legítimas en el ámbito penal, deben cumplir con los siguientes requisitos: a) estar establecidas en la ley, b) tener un objetivo legítimo como, por ejemplo, el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral pública o los derechos y libertades de los demás, c) ser necesarias, *“[...] no debe ser indispensable, pero sí que la restricción debe responder a una apremiante necesidad social. Debe poder demostrarse que no se puede alcanzar el fin de proteger los intereses públicos o de los derechos de otros por medios menos restrictivos que los empleados.”*¹⁶⁴

En consecuencia, no pueden ser antojadizas ni arbitrarias, debiendo encontrarse regidas por el principio de proporcionalidad y ser fundadas, para así suministrar parámetros que permitan la comprensión de la misma.

Por ello, es posible concluir que los derechos de las personas que puedan verse afectados por una investigación penal no siempre se traducirán en la obtención o creación de prueba ilícita que consecuentemente desencadenaría la acción del mecanismo contemplado en el art. 276 inc. Final del C.P.P, esto es, la exclusión de dicho material probatorio, sino que debe, en primer término,

¹⁶³ CABEZUDO BAJO, M. J. (2010). *Op. Cit.*, p. 170.

¹⁶⁴ ZALAUQUETT DAHER, J. & NASH ROJAS, C. (2005) *Op. Cit.*, p. 77.

corroborarse si el derecho fundamental es susceptible de restricción y, luego, evaluar el grado de afectación de la misma, vinculándola con el principio de proporcionalidad de la medida. De ser así, estaríamos ante prueba ilícita.

Dado que es inevitable que durante la investigación se verá entorpecido el libre ejercicio de ciertos derechos, cabe preguntarse, ¿qué grado de turbación es tolerable?

En primer término, para dar respuesta a esta interrogante, es necesario establecer frente a qué derecho fundamental nos encontramos, ya que las limitaciones que pueden sufrir no son idénticas entre unos y otros y, de otra parte, la intensidad de la misma puede variar. Así las cosas, se tomarán en consideración para este estudio, algunos de los derechos que con mayor frecuencia suelen verse afectados por la labor del ente persecutor y los auxiliares en las indagatorias, la inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones y la integridad física y psíquica.

Inviolabilidad del hogar

Se encuentra consagrada en el numeral 5° de nuestra Carta Fundamental, disponiendo el mismo: *“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas... 5°.- La inviolabilidad del hogar [...] El hogar sólo puede allanarse [...] en los casos y formas determinados por la ley;”*

Se caracteriza por ser un derecho más bien de índole instrumental, ya que protege una de las órbitas esenciales donde se desarrolla la vida privada y la intimidad de los individuos. Ahora bien, ¿qué entendemos por hogar? En base a la historia fidedigna de nuestra Constitución, es posible determinar que *“en su sentido más omnicomprendivo, es decir, no sólo en cuanto se refiere a la residencia, casa o domicilio de una persona en que ella o su familia comúnmente moran, por el contrario, el lugar debe ampliarse a todo recinto o*

*propiedad privada*¹⁶⁵¹⁶⁶. A contrario sensu, no quedarán bajo su resguardo, “*por regla general, los jardines o patios, salvo que constituyan una dependencia dentro del hogar, las dependencias contiguas a las viviendas, los corrales, los espacios comunes en conjuntos habitacionales [... etc.]*”¹⁶⁷. En cuanto a su alcance, se comprenden las manifestaciones derivadas del actuar del individuo circunscritas a él.

Es el mismo numeral el encargado de señalar que este derecho puede ser restringido, entregado su regulación a la ley y, únicamente a los casos y formas por ella establecidos. Dentro de esta regulación encontramos el C.P.P.¹⁶⁸, que regula la diligencia de entrada y registro en los arts. 205 y ss.¹⁶⁹, señalando su procedencia en distintos lugares y contextos.

La diligencia de registro implica “*la búsqueda en el hogar, domicilio o morada de determinadas personas, de cosas o de hechos dignos de conocerse, por lo que un representante de la autoridad pública entra en él con el objeto de obtener vestigios o medios de prueba, el embargo de objetos o la detención de personas.*”¹⁷⁰

Entre los requisitos específicos para proceder legítimamente a esta restricción, tenemos: a) la identificación del funcionario que la efectuará, b) los motivos por los cuales se permitirá la vulneración¹⁷¹ y otros destinados a delimitar la intervención a rangos aceptables, es decir, no transgrediendo el derecho en su

¹⁶⁵ CEA EGAÑA, J.L. (2008). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II* (2ª Ed. actualizada). Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 217.

¹⁶⁶ Esto significaría incorporar una segunda vivienda, como lo constituyen los lugares de veraneo y también donde el sujeto desarrolle sus actividades laborales.

¹⁶⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013) *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Volúmenes 1 y 2*. Santiago de Chile: Librotecnia, pp. 863-864.

¹⁶⁸ Además, el Código Sanitario y del estado de necesidad, lo cual se traduce en que, con tal de evitar un daño mayor, el derecho sea vulnerado, causando uno de menor intensidad.

¹⁶⁹ Se destaca: la entrada y registro en lugares de libre acceso al público (204 C.P.P.), entrada y registro en lugares cerrados (205 C.P.P.), Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden (206 C.P.P.) y Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado (215 C.P.P.), entre otros.

¹⁷⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013). *Op. Cit.*, p. 864.

¹⁷¹ Por ejemplo, la comisión de un delito flagrante, una autorización judicial que lo permita, el estado de necesidad justificante, la autorización dada por el propietario del inmueble.

esencia. Entre ellos, se pueden citar, a) los horarios para efectuar el registro (art. 207 C.P.P), b) el contenido de la orden de registro (art. 208 C.P.P.), el procedimiento para efectuarlo (art. 212 C.P.P.), la realización de la entrada propiamente tal (art. 214 C.P.P.) y el consentimiento del afectado en la diligencia (salvo en caso de autorización judicial o ante delito flagrante) toda vez que, *“para legitimar la intromisión en la privacidad del hogar o domicilio, debe ser expreso, anterior a la entrada del tercero, sea este autoridad o funcionario público o particular, sin existencia de fuerza, amedrentamiento o intimidación, conocimiento la persona que presta el consentimiento de que tiene derecho a negar la autorización.”*¹⁷²

Dada la relevancia de este derecho y sus bienes jurídicos protegidos, parte de la doctrina expresa que las diligencias que sobre ellos puedan recaer, son de aquellas que permiten obtener antecedentes relevantes para la causa y, por ende, para la resolución de la misma y el esclarecimiento de los hechos y sus circunstancias. Esto, porque *“[E]n efecto, en el domicilio la persona despliega probablemente con máxima libertad sus planes de vida. Es el lugar de la verdad de un sujeto, de sus decisiones más personales, de las acciones que no desea entregar al conocimiento público.”*¹⁷³

Además, es necesario destacar que no todo incumplimiento de estos requisitos conllevará la exclusión del material probatorio obtenido en la diligencia, como sería el caso de encontrarnos ante errores en la transcripción de la autorización otorgada por el juez de garantía. Mas, al contrario, el realizar la diligencia sin contar con autorización judicial previa, ni la del propietario o no encontrarse en los casos contemplados en el artículo 206 del mismo cuerpo legal, dichas omisiones podrían derivar en su exclusión.

Por ello, durante el proceso y, en particular en la audiencia de preparación de

¹⁷² NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013). *Op. Cit.*, p. 684.

¹⁷³ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2010). *Op. Cit.*, p. 27.

juicio oral, la labor del juez de garantía será de suma relevancia para poder establecer si existió o no transgresión a las garantías consagradas en nuestra Carta Fundamental o, en caso de haberla, determinar su entidad, para lo cual será indispensable *“ponderar los intereses en juego, y si ha de sacrificarse tal derecho debe hacerse sopesando motivos graves que lo exijan. Debe existir proporcionalidad, [debiendo] constatarse si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto, si no se puede alcanzar por otros medios, y si la medida adoptada, dados los intereses en conflicto, aporta más beneficios que desventajas para el interés general”*¹⁷⁴

Inviolabilidad de las comunicaciones

Se encuentra consagrado en el numeral 5° del Artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, disponiendo el mismo: *“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas... 5°.- La inviolabilidad [...] de toda forma de comunicación privada. [...] las comunicaciones y documentos privados [sólo podrán] interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley;*

Los derechos a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, son tratados por la Constitución en un mismo artículo, de lo cual es razonable desprender que existe una interconexión profunda entre ambos, toda vez que, probablemente, la vulneración del primero, conlleva la del segundo y viceversa.

A causa de la incidencia de los cambios tecnológicos en los medios de prueba y la obtención de los elementos que la constituirán, es menester fijar una

¹⁷⁴ MOLINA PÉREZ, T. (2010) La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, p. 134.

definición de privacidad en las comunicaciones de carácter más bien amplio, de esta forma, será posible proteger la comunicación verbal, sea esta de persona a persona o por intermedio un aparato electrónico, como un teléfono u otro dispositivo. También lo será la manifestación escrita de ellas, comprendiendo desde cartas, faxes, emails, entre otros.

Este derecho presenta dos fases, la primera, la constituye *“la libertad de las comunicaciones y, [la segunda], el secreto de las comunicaciones, teniendo su fundamento en el respeto a la privacidad de las personas.”*¹⁷⁵ En cuanto su alcance, inicia su protección cuando el emisor exterioriza su intención de transmitir un mensaje al receptor, terminando cuando aquél es recibido y se toma conocimiento de su contenido. Tras ello, el receptor no se encuentra obligado a guardar secreto de él, salvo que con dicha exposición pueda transgredir la privacidad del primero.

Al igual que acontece con el derecho anterior, la privacidad de las comunicaciones no es absoluta y puede restringirse en virtud de lo dispuesto por nuestra Constitución, la cual delega nuevamente en la ley esta posibilidad. Sin embargo, el legislador fue mucho más estricto sobre estos límites que en el caso del primero, cuestión manifiesta en la reglamentación contemplada en el C.P.P. en sus arts. 217 y ss. Así, la ley *“[...] no debe otorgar competencia en términos genéricos a la autoridad para hacerlo, pues tiene que señalar, con exactitud, el procedimiento y los casos precisos en que ello puede llevarse a efecto, además, la facultad de practicar tales medidas sólo es susceptible de otorgarse a funcionarios estatales y, por principio general, nada más que en virtud de orden judicial.”*¹⁷⁶ Esto es así por cuanto no hay expresión más íntima de la persona que la protegida por este derecho, independientemente del medio

¹⁷⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013). *Op. Cit.*, p. 868.

¹⁷⁶ CEA EGAÑA, J.L. (2008). *Op. Cit.*, p. 219.

a través del cual se realice. Por lo mismo, han de tomarse mayores resguardos para evitar afectar el derecho en su propia esencia.

Existen diversos parámetros a considerar al momento de restringir la privacidad de las comunicaciones dada la gravedad que apareja su vulneración. Así, por sí sólo, el interés general por la efectividad de la actividad investigativa en el ámbito penal, no puede justificar cualquier intromisión a él, siendo necesario considerar otras variables, como la gravedad del delito¹⁷⁷ o la proporcionalidad en sentido estricto únicamente cuando los intereses opuestos tienen una relevancia equiparable, considerándose la importancia del delito a esclarecer, debiendo además existir una sospecha concreta de su comisión y una base objetiva razonable para considerar que la persona contra quién se dirige la orden judicial actúa como intermediario en las comunicaciones.¹⁷⁸

Otro tema interesante, dice relación con las trampas de escuchas usadas para obtener grabaciones subrepticias. Cabe preguntarse si son válidas y/o eficaces en nuestro sistema para ser presentadas como prueba de cargo (también de descargo). En primer término, podemos señalar que sería a lo menos cuestionable en el caso de quien la obtenga sea un funcionario público, como es el caso de las Policías, mas, ¿qué ocurre con la víctima y/o el querellante particular? De un lado, están quienes niegan toda validez, ya que vulneraría el derecho del imputado o acusado a no autoincriminarse. De otro, existe una postura más flexible, apoyada en el alcance del derecho, "*[p]orque, la intimidad y el secreto de las comunicaciones privadas sólo son exigibles a los terceros ajenos a la conversación y no al interlocutor que la escucha, que puede,*

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Primera Sala, 09.10.2002 (cf. BVerfGE 34, 238 [248 y ss]; 80, 367 [380]). En: CEA EGAÑA, José Luis (2008). *Op. Cit.*, pp. 220-221

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Primera Sala, 13.03.2003 (cf. BVerfGE 100, 313 [375 s., 392]). En CEA EGAÑA, José Luis (2008). *Op. Cit.*, pp. 220-221.

*eventualmente, captar, almacenar y luego difundir la declaración que escuchó. Y respecto a la garantía que prohíbe la autoincriminación, se dice que, en relación a los particulares, que es el ámbito en el que se desenvuelve la “trampa de escuchas”, esta garantía no se puede hacer valer.”*¹⁷⁹

En consecuencia, no le es exigible al interlocutor receptor particular (no funcionario público) guardar secreto de aquello sobre lo cual tomó conocimiento, evitar captarlo y/o almacenarlo. Además, ésta cederá en aquellos casos que en pro de su protección se violenten otros derechos o bienes de igual jerarquía y, en particular, si el contenido envuelve hechos ilícitos de gravedad.

Por último y, en atención a los medios por los cuales se concretan estas comunicaciones, así como los instrumentos tecnológicos empleados para la intervención y grabación de ellas, no es razonable excluir su uso ni acusar la existencia de una posible ilicitud dado su perfeccionamiento bajo el argumento de una mayor facilidad en la intervención de las comunicaciones o su grabación, sean subrepticias o encubiertas“*[...]pues existen [...] múltiples tonalidades en su génesis, motivos, operadores y finalidad que no pueden ser obviados en el adecuado encasillamiento y mérito de estos medios probatorios [...].*¹⁸⁰

Integridad física y psíquica

Se encuentra contemplado en el art. 19 de nuestra Carta Fundamental señalando: La Constitución asegura a todas las personas: 1º.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.¹⁸¹ [...] Se prohíbe la

¹⁷⁹ ROSAS CASTAÑEDA, J. A. (2009) Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas a través de "trampas de escuchas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 42, N° 124. Disponible en: [<http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/15222>,] p. 255

¹⁸⁰ PASCUA, F.J. (2002) *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo p. 173-174.

¹⁸¹ [Continúa] La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

aplicación de todo apremio ilegítimo;

Ambos derechos son contemplados en un mismo inciso, no obstante ser distintos, son a la vez complementarios y están estrechamente ligados. Nuestra Constitución al asegurar este derecho, *“[...] reconoce en el varón y la mujer, desde su concepción, un ser complejo en el sentido que se halla conformado por figura y espíritu, soma y psique, cuerpo y alma. [...] Resulta imperativo o ineludible respetarlas y promoverlas como aspectos inseparables de una misma unidad. Inferir ultrajes o sufrimientos en la psique tiene secuelas somáticas, y tampoco cabe duda que las torturas o tormentos físicos dejan huellas indelebles en el alma o espíritu de quien los sufre.”*¹⁸²

La integridad, por su parte, implica el estado de lo que está completo o tiene todas sus partes, es la totalidad, la plenitud. Además, envuelve la idea de pureza, de inexistencia de daño o mácula.

De lo anterior, podemos extraer que el inciso primero del mismo artículo es la base sobre la cual descansa el inciso cuarto, que instaura la prohibición expresa de todo apremio ilegítimo, especificando una acción u omisión que pueda afectar gravemente a tal punto de desnaturalizar el derecho primero.

En el proceso penal inevitablemente se generará algún nivel de intromisión en la integridad física y psíquica de los intervinientes, lo cual generalmente acontecerá con la ejecución de las actividades de investigación. Así, por ejemplo, las intervenciones corporales son una de las diligencias de averiguación más invasivas, consagradas en los arts. 197 y ss. del Código del ramo. Éstas, son definidas como *“aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo o la extracción desde su interior de elementos que proporcionen información sobre la persona o de elementos incorporados a él,*

¹⁸² CEA EGAÑA, J.L. (2008). *Op. Cit.*, p. 102.

*con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpable.*¹⁸³¹⁸⁴

Además, en la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, se encuentra regulada la posibilidad de realización de exámenes corporales en el contexto de control de identidad migratorio, debiendo para ello contar con la autorización del individuo a controlar o, en su defecto autorización judicial y únicamente cuando existan sospechas fundadas de que en su cuerpo lleva alguna sustancia prohibida.

Dentro de ellas, podemos encontrar las calificadas como leves¹⁸⁵, siendo aquellas que no ponen en mayor riesgo a quien deba someterse a ellas, mientras que, por el contrario, se serán graves las que pongan en peligro la salud o causen sufrimientos a la persona afectada, las cuales, por regla general están prohibidas. Es más, siquiera el consentimiento otorgado por quien es objeto de la medida purgará el vicio en la obtención de la prueba. Es por ello que algunos autores como L. Iván Díaz García¹⁸⁶, señalan que las injerencias sobre estos derechos pueden entorpecer el esclarecimiento de los hechos, cuestión que ocurre, por ejemplo, en el caso de las torturas o la amenaza de ellas para la obtención de una confesión, derivando que el material obtenido no sólo sea ilícito, sino que también dudoso.

Como acontece con otras diligencias tratadas, éstas deben efectuarse ajustándose a lo prescrito por la ley; los requisitos generales ya mentados y cumplir con los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad y, en

¹⁸³ NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. & DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2015). Derechos humanos y juicio penal en Chile. *Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 9*, pp. 137-138.

¹⁸⁴ Entre ellas se encuentran: los exámenes corporales (197 C.P.P.), exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los arts. 361 a 367 y en el art. 375 del C.P.(198 C.P.P.), exámenes médicos y autopsias (199 C.P.P.), exámenes y pruebas de ADN (199 bis C.P.P.) y pruebas caligráficas (203 C.P.P.).

¹⁸⁵ Por ejemplo, tomas de muestras de sangre, a través de hisopado bucal o pruebas respiratorias, como la de alcoholemia.

¹⁸⁶ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2010). Op. Cit., pp. 25-26.

particular con la prohibición absoluta del uso de la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes con el fin de obtener material probatorio de parte del imputado/acusado, debiendo la prueba recabada ser excluida del proceso, además de proceder las sanciones penales, administrativas y civiles que correspondan.

De otro lado, si bien no es una intervención corporal propiamente tal, la diligencia que versa sobre la declaración del imputado/acusado, prohíbe igualmente este tipo de vulneraciones, según lo estipulado por el art. 195 del C.P.P., por el cual *“Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar [...]”*¹⁸⁷.

Estas intervenciones llevarán aparejadas la afectación de otros derechos, como lo son el libre tránsito (Artículo 19 N° 7 letra a) de la C.P.R.) por cuanto es indispensable para su realización la limitación de movimiento del sujeto, constituyendo únicamente *“hipótesis de restricciones [...] de libertad, entendiéndose por tales aquellas medidas que afectan al derecho a la libertad personal en menor grado o intensidad que las clásicas medidas privativas de la libertad como son la detención preventiva y la prisión.”*¹⁸⁸ Algo similar ocurrirá con el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de la vida privada, en especial cuando las diligencias recaigan sobre partes íntimas o traten sobre exámenes de índole psicológica o psiquiátrica. Además, en base al principio de proporcionalidad, siempre será más deseable que actividades de investigación como los registros corporales sea efectuadas por personal del mismo sexo que el investigado y guardando el mayor decoro posible.

¹⁸⁷ En consecuencia, prohíbe, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

¹⁸⁸ DUART ALBIOL, Juan José. (2013) *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito procesal penal*. Tesis doctoral no publicada. Facultat de Dret, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, España, pp. 149-150.

Este último principio es un eje definidor de lo permisible, una regla de interpretación constitucional, que, por ende, afecta a todas las normas bajo ella. En consecuencia, habrá de sopesarse los hechos acaecidos con los posibles perjuicios que deberá sufrir el afectado, si no existe una diligencia menos gravosa para cumplir con los objetivos de la investigación y contar con la expresión de todos los fundamentos necesarios para otorgar la autorización para efectuarla.

Finalmente, es importante atender una problemática que surge en este ámbito, la cual dice relación con el posible conflicto entre las intervenciones corporales y el derecho a no autoincriminarse (artículo 19 N° 7 letra f de la Constitución de la República), toda vez que algunos han planteado que los resultados obtenidos de los análisis de muestras biológicas o de los exámenes psicológicos y/o psiquiátricos, derivan en una declaración de asunción de culpabilidad por parte de los imputados o acusados. Esta visión no puede ser sino rechazada, por cuanto *“no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, su interpretación o la valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse[...].”*¹⁸⁹

De prevalecer la cuestionada consideración, constituiría un obstáculo insalvable para las víctimas de determinados delitos, dada la necesidad que surge en algunos de ellos de comprobaciones a través de estas diligencias, que de otra manera no podrían realizarse, como acontece con delitos de carácter sexual, homicidios, manejo en estado de ebriedad o, en el ámbito civil, en causas de filiación, quedando limitados drásticamente los elementos probatorios y, por

¹⁸⁹ Tribunal Constitucional en la STC 76/1990380. En: FERNÁNDEZ ACEBO, M. D. (2013). *La Tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de los poderes públicos sobre el cuerpo humano, una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación*. Tesis Doctoral no publicada, Universidad de A Coruña, A Coruña, España, p. 244.

consiguiente, las pruebas a rendirse. Esto se traduciría prácticamente en la indefensión de la víctima y una elevada probabilidad de absolución del imputado o acusado, lo cual, se torna inaceptable en un Estado de Derecho.

Por todo lo anterior, siempre debe tenerse presente que el proceso penal nace tras el acaecimiento de un hecho (acción u omisión) ilícito de relevancia penal, con el cual el imputado/acusado ha quebrantado o menoscabado los derechos de la víctima. En él, los intereses de los intervinientes deben tener igual relevancia y protección, por lo cual, de un lado, la reparación a la víctima debe ser asegurada por el Estado, evitándose en lo posible la impunidad de los hechores y, de otro, le compete ofrecer al imputado/acusado el respeto de sus derechos. Para alcanzar una armonía entre ambos, no es posible negar que, el objetivo del esclarecimiento de los hechos en el proceso penal no puede ser ilimitado sino que, el desarrollo de la investigación debe encontrarse sometido a diversas restricciones y prohibiciones en atención a la práctica de las diligencias y los elementos obtenidos por ellas, al igual que los medios de prueba que derivarán de estas acciones, pero, tampoco puede pretenderse facilitar la impunidad de quienes han cometido ilícitos, bajo el supuesto de vulneraciones a los derechos fundamentales, toda vez que éstos no son absolutos y, es la misma ley que fija un margen en el cual pueden ser afectados.

Es por ello que huelga concluir que “[...] *la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.*”¹⁹⁰ Por ende, influirá indefectiblemente todo el ordenamiento jurídico, debiendo guardar estricta armonía, so pena de inconstitucionalidad. Mas, ella por sí sola no podría resguardarse, para ello,

¹⁹⁰ COLOMBO CAMPBELL, J. F. (2005) Aspectos constitucionales de la reforma procesal penal. *Revista de Derecho Procesal*, N°20, pp. 13.

necesitará de mecanismos idóneos que velen por el cumplimiento y concreción de sus preceptos, lo cual, en nuestro trabajo, recaerá en el Derecho Procesal Penal. Así es como dicho vínculo se constata una vez más en las diligencias de investigación y sus limitaciones en atención a los derechos fundamentales que pudieren afectar.

Ahora, en atención a lo obtenido por medio de ellas, debe recordarse que no es considerado prueba (entendida ésta en su acepción como medio de prueba) en sí, por cuanto constituyen elementos de prueba, los que son definidos por el Profesor López Masle, como “[...] *todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva*”¹⁹¹. Mientras que, los medios de prueba corresponden a “*el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso*”¹⁹² De ambas, se aprecia claramente la concatenación de las actuaciones realizadas durante estas etapas, que si bien, tienen objetivos diversos, presentan una conexión innegable en relación a la prueba, la primera, que siendo previa al juicio procura la obtención de elementos probatorios y, la etapa intermedia regula su ofrecimiento y admisibilidad.

Es por ello que los vicios habidos en el proceso de recolección de los elementos probatorios, afectarán inevitablemente a los medios de prueba, siendo el más claro ejemplo de ello la prueba ilícita y su consecuencia, para algunos ineludible, la aplicación de la regla de exclusión. Como ya se ha adelantado, podemos encontrarla en el inciso 3° del artículo 276 del C.P.P., rezando:

¹⁹¹ CAFFERATA NORES, J.I. (2003) *La prueba en el proceso penal*, P. 16 En: HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b) *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁹² CAFFERATA NORES, Op. Cit. P. 26, siguiendo a CLARIA OLMEDO y FLORIAN En: HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b) *Op. Cit.*, p. 67.

“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.”

Sin embargo, dicho precepto legal no define qué es la prueba ilícita. Lo que “*sí se prevé [...] [es] la ilicitud probatoria como regla de exclusión en el momento en que el juez de garantías examina las diligencias que se quieren incorporar como pruebas al juicio, prescribiendo su expulsión del proceso por haber sido obtenidas vulnerando garantías fundamentales.*”¹⁹³

Dada la ausencia de un concepto legal y, además, la carencia de uno unívoco a nivel doctrinario o jurisprudencial, es que, para la cabal comprensión de su consecuencia, la regla de exclusión, en primer lugar debemos referirnos a su origen, la prueba ilícita y qué se entiende por ella.

Concepto omnicomprendivo de prueba ilícita

Primeramente, podemos enunciar que, en los distintos sistemas jurídicos existentes, sean de Derecho Continental o Common Law, la prueba ilícita no sólo presenta diversas denominaciones, sino que también distintas características. Por ende, puede variar la amplitud o restricción de su concepto, lo que incide inevitablemente en los márgenes de su aplicación.

¹⁹³ ARMENTA DEU, T. (2009) *La prueba ilícita (Un estudio Comparado)*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 45-46.

Además, es importante considerar que el entendimiento sobre qué es considerada como prueba ilícita y sus variantes en los diversos sistemas, se ven afectadas por la respectiva política criminal de cada país, por lo que la *“variabilidad del concepto tiene mucho que ver con la tensión que se produce entre los bienes a tutelar: la persecución penal, de un lado, y las garantías que deben salvarse a la hora de adoptar determinadas medidas que generan medios de prueba, de otro; entre la obtención de la verdad, en un sentido, y la salvaguarda de determinados derechos y garantías, en el opuesto.”*¹⁹⁴

A pesar de que la prueba ilícita no es una institución relativamente reciente¹⁹⁵, nacida junto a nociones como el garantismo y al resguardo de los derechos de las personas, tiende a promover arduas discusiones y controversias en el mundo académico. Esto se entiende a la perfección, por cuanto la mera posibilidad de su presencia dentro del procedimiento penal puede conllevar la eliminación del medio probatorio cuyo elemento base haya sido afectado por ella durante las etapas previas del proceso.

Así, el optar por un concepto u otro para definirla no es baladí, toda vez que su delimitación permitirá distinguir cuándo nos enfrentamos a ella, al igual que contribuye a fijar sus alcances y limitaciones.

En Derecho Comparado, existen dos grandes corrientes, siendo ellas las concepciones *“[...] amplias y restrictivas. Las primeras defienden un concepto amplio”*¹⁹⁶ *de prueba ilícita equivalente a prueba contraria a cualquier norma del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, y/o principios generales*

¹⁹⁴ ARMENTA DEU, T. (2013). *Op. Cit.*, p. 238.

¹⁹⁵ Su existencia ha sido tratada en derecho Comparado desde principios del Siglo XX.

¹⁹⁶ Entre los autores extranjeros que respaldan esta visión, es posible encontrar a Alberto Monton Redondo y Valentín Silva Melero, en nuestro país, a Isabel Echeverría Donoso.

del Derecho.”¹⁹⁷ Entre ellas, entienden como prueba ilícita “[...] aquella que ofende la dignidad humana.”¹⁹⁸ O, “[...] la que es contraria a la Constitución, la ley, la moral o las buenas costumbres.”¹⁹⁹

En cambio, “[...] los partidarios de la concepción restrictiva optan por limitar el concepto de prueba ilícita a aquella obtenida con vulneración de derechos fundamentales y/o garantías constitucionales.”²⁰⁰ En nuestro país, podemos seguir a Julián López Masle²⁰¹, quien la define como “[...] aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.” Expresando que, al “[...] definir la prueba ilícita de este modo reconduce la materia a su común denominador en los diferentes sistemas procesales [...]”²⁰². En doctrina comparada contamos con diversos exponentes, entre ellos Joan Picó Junoy²⁰³ y a la argentina Bernadette Minvielle, para quien “[...] únicamente podremos hablar de prueba ilícita toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido fuera del proceso en violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad.”²⁰⁵

Frente a la imprecisión y, consecuente inseguridad jurídica que conlleva la primera, por cuanto bastaría la adquisición de un elemento probatorio infringiendo meras normas o incluso la moral; y, en consideración a lo prescrito en el art. 276 inc. 3 del C.P.P. ya citado., hemos de decantarnos por la

¹⁹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2015). Op. Cit., p. 22.

¹⁹⁸ SILVA MELERO, V. (1963) La prueba procesal. p. 69. En ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009). *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁹⁹ DEVIS ECHANDIA, H. (1981) Teoría General de la prueba judicial. Ed. Quinta. Bogotá- Colombia p. 539 completar lugar. En ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009). *Op. Cit.*, p. 16.

²⁰⁰ MIRANDA ESTRAMPES, M., (2015). Op Cit., p 23

²⁰¹ Además, podemos destacar a María Francisca Zapata García y al profesor Raúl Tavolari. Cfr. ZAPATA GARCÍA, M.F. (2004) Op. Cit. y TAVOLARI OLIVEROS, R. (2005) *Instituciones del nuevo proceso penal, cuestiones y casos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

²⁰² HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, pp. 168-169.

²⁰³ Cfr. PICÓ JUNIOY, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, España: Editorial Jose María Bosch.

²⁰⁵ MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal, P. 12. En: MIDÓN, M. S. (2002). *Op. Cit.*, p. 35

segunda, toda vez que la prueba ilícita y su importancia han de tener una noción más estricta, no bastando cualquier tipo de inobservancia para encontrarnos frente a ella.

De esta forma y con la finalidad de expresar, de un lado, la relevancia que encierran los derechos fundamentales como límites al actuar de los poderes del Estado y los particulares, lo que además importa el deber de velar por su protección y de otro, el tipo de vulneración que ha de cometerse para impetrar la aplicación de la regla de exclusión, concordamos con definirla como “[...] *aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.*”²⁰⁶

Debemos destacar que este “concepto de *“prueba ilícita”* está relacionado exclusivamente con el modo antijurídico con que se obtiene un medio probatorio y/o [un elemento] prueba. Esto significa que un medio [o un elemento] de prueba puede ser inconducente e ilícito a la vez, idóneo pero ilícito [...] e inconducente pero lícito a la vez.”²⁰⁷

La definición elegida, así como su alcance restringido, nos permite, primero, diferenciarla de las demás pruebas que pueden ser excluidas²⁰⁸ y, segundo, facilita la tarea de diferenciar a la prueba ilícita de otros conceptos potencialmente asimilables, como lo son los de prohibiciones probatorias, prueba clandestina, prueba viciada y la prueba irregular, los cuales serán detallados a seguir.

²⁰⁶ CAROCCA PÉREZ, A. (1998) Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Revista Jus et Praxis*, Vol. 4, N° 2, p. 308.

²⁰⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, R. (2001). Op. Cit., p. 144.

²⁰⁸ Como las declaradas nulas o provenientes de diligencias así calificadas, o aquellas sobreabundantes, impertinentes, entre otras.

Las prohibiciones probatorias, provienen de la doctrina alemana, constituyendo un concepto que data de hace más de 100 años, pudiendo hallársele en una conferencia dictada por Ernst Beling, distinguiéndose “[...] -bajo el concepto general de “prohibiciones probatorias”- entre prohibiciones de producción de pruebas y prohibiciones de utilización de pruebas. Las primeras regulan o limitan el modo de obtención de las pruebas, las segundas el uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas.”²⁰⁹

Por su parte, la prueba viciada es “[...] aquella prueba en que concurren una serie de circunstancias que afectan a la veracidad de su contenido, pero sin tener en consideración la forma como se ha obtenido.”²¹⁰

Mientras, la prueba clandestina es aquella “[...] realizada de un modo oculto, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas. [Su punto de distinción] atiende al derecho en específico que violenta; la intimidad personal o la privacidad.”²¹¹

Finalmente, tenemos la prueba irregular, “[...] aquella prueba obtenida, propuesta o practicada con infracción de la legislación ordinaria, particularmente de las normas procesales que regulan el procedimiento probatorio, pero sin vulnerar, sin afectar directamente a los derechos fundamentales.”²¹²

Luis Delgado remarca la relevancia de diferenciar esta última de la prueba ilícita, ya que “[...] la regla de exclusión y la traslación de su eficacia a la prueba refleja o derivada, [...] se predica exclusivamente respecto de la [primera].

²⁰⁹ AMBOS, BELING & GUERRERO. (2009) *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., pp. 64-65.

²¹⁰ CAROCCA PÉREZ, A. (1998). Op. Cit., p. 310.

²¹¹ MATURANA MIQUEL, C. (2015). Op. Cit., p. 168.

²¹² DELGADO DEL RINCÓN, L. (s.f) *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: [www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf], p. 1.

[Mientras que la segunda] *queda sometida al régimen jurídico de la nulidad de los actos procesales, que, en determinados casos, pueden ser susceptibles de subsanación o convalidación [...].*²¹³

Tal y como se ha señalado previamente, *“al vivir en sociedad, ciertos derechos fundamentales no pueden ser considerados como absolutos, y se delega a la ley los casos y las formas en que pueden ser afectados. [...E]llos deberán ser objeto de limitaciones a fin de superar las eventuales colisiones entre los particulares con la sociedad y el Estado, y entre los particulares entre sí.”*²¹⁴

En contrapartida, es mandatorio para todos los órganos y organismos que conforman el aparato estatal, dentro de los cuales se encuentran el Ministerio Público y las Policías, por lo que la limitación a los derechos debe realizarse teniendo en mente la tutela de los mismos, ya que se asume que su afectación es, hasta cierto punto, inevitable para los fines del proceso. Lo relevante es tener claro que lo anterior no puede realizarse a cualquier precio, por ende, *“El análisis de los diferentes presupuestos y requisitos que deben concurrir a la hora de una legítima limitación de un derecho fundamental actuará como criterio relevante en el juicio ponderativo correspondiente sobre las necesidades de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.”*²¹⁵ Este juicio debe ser realizado por el juez de garantía en la etapa de preparación de juicio oral, teniendo en consideración también lo expresado por los intervinientes y, rigiendo su decisión por los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, el que, además, debe estar correctamente fundamentado.

²¹³ *Ibid.*, p. 1.

²¹⁴ VERDUGO, M, PFEFFER, E., Y NOGUEIRA, H. (1999). *Derecho Constitucional. Tomo I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 193.

²¹⁵ ARMENTA DEU, T. (2013). *Op. Cit.*, p. 80.

Por lo antedicho, señalamos que los derechos fundamentales, determinan que *“la averiguación de la verdad no [sea] un valor absoluto en el procedimiento penal;...no es un principio...que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio”*.²¹⁶

En palabras de Reynaldo Bustamante observamos que la “[...] *“prueba ilícita” se presenta [entonces] como un problema de restricción probatoria (pues se postula el rechazo o pérdida de eficacia probatoria del material de prueba obtenido ilícitamente) [...]*.”²¹⁷

Es el cuestionamiento a esta pérdida de eficacia probatoria de la prueba ilícita, la que ha captado la atención de este trabajo. Ya sabemos que, de un lado, en el proceso de averiguación de la verdad no es permitido emplear cualquier método y, de otro, que los derechos de las personas presentan limitaciones inherentes a la vida en sociedad y sus relaciones. Entonces, cabe preguntarse si en ciertos casos, a fin de armonizar ambos, ¿la prueba ilícita indefectiblemente conllevará a la exclusión probatoria? ¿Es realmente ineficaz a la hora de probar los hechos y corroborar alegaciones? Y, también ¿Toda infracción a los derechos consagrados en la Carta Fundamental se entenderá como prueba ilícita?

Estos planteamientos no son baladíes, ya que la prueba ilícita y su eventual exclusión posiblemente generen efectos indeseados en el proceso, por un lado, puede 1) *“llevarnos a confusión, y hacernos pensar que toda prueba obtenida*

²¹⁶ ROXIN, C., (2000). *Op. Cit.*,P.4.. En: CASTILLO VERA, F. V. (2008) *Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso*. Recuperado el 20 de marzo de 2018 del sitio Web del Estudio Barahona Castillo Bonacic Abogados: [\[http://www.bcbabogados.cl/images/pruebailicita.pdf\]](http://www.bcbabogados.cl/images/pruebailicita.pdf), p. 3

²¹⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, R. (2001). *Op. Cit.*, P.147

*ilegalmente debe ser excluida, [lo cual atentaría con] el mínimo de eficacia que se exige en la persecución penal [...].*²¹⁸

Y 2) de otro, jamás “[...] debemos olvidar que inadmitir la prueba contaminada por ilicitud acarreará, para la mayoría de los casos, la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad penal de los involucrados de un hecho ilícito.”²¹⁹

Una respuesta plausible frente a estas problemáticas, podemos encontrarla en el principio de proporcionalidad, el cual, se aprecia como un criterio orientador para resolver los conflictos constitucionales que subyacen a la prueba ilícita en materia penal. No obstante, aquel será abordado en el próximo capítulo.

La exclusión de prueba: fundamentos y alcances

En nuestro país, como se ha anticipado, la exclusión de pruebas fue incorporada en la tramitación del Código Procesal Penal por la Ley 19.969. Durante su discusión, se decidió que *“en materia probatoria [se incorporase] a nuestro ordenamiento la “regla de exclusión”, proveniente del derecho procesal norteamericano, en virtud de la cual el juez de instrucción excluirá las pruebas obtenidas con violación de garantías fundamentales.”*²²⁰

Junto a ella, otros cambios de gran trascendencia tuvieron relación con los roles y facultades de los intervinientes, así, la reforma brindó al imputado el estatuto de sujeto procesal, dotándolo de derechos y convirtiéndolo en un interviniente activo dentro del procedimiento penal. La víctima también vio reivindicado su lugar y se le otorgaron nuevas y mayores facultades.²²¹ Dentro de este nuevo

²¹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (2005) El Proceso Penal español y la prueba ilícita. *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 18, N° 2, s/p.

²¹⁹ ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009). *Op. Cit.*, p. 24.

²²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2000). *Historia de la Ley N° 19.696 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>, p. 601.

²²¹ Estas modificaciones no sólo surgieron como conclusiones de las discusiones parlamentarias o de las comisiones de expertos, sino, también estuvieron influenciadas por los Tratados Internacionales, entre los

marco y las restructuración de funciones, modificaciones de atribuciones y creación de nuevas entidades, no cabe duda que la aparición de una norma tan “innovadora” como la regla de exclusión, presentó diversas problemáticas, algunas de las cuales persisten en la actualidad, mientras que otras son de más reciente aparición, como las teorías que buscan atenuar su aplicación en caso de gravedad en atención al impacto causado hacia los bienes jurídicos protegidos por los delitos.

El origen de esta regla en el continente americano, se remonta a 1914 en Estados Unidos en el caso “*Weeks v. US 1914 en el cual la Corte Suprema [...] sostuvo la inadmisibilidad de la prueba obtenida en violación de la Enmienda IV [...] en el cual se negó eficacia a la evidencia obtenida a través de allanamientos y registros arbitrarios realizados por agentes federales.*”²²²

Este fue un precedente que cambiaría la visión frente a las pruebas vulneradoras de derechos garantizados a los ciudadanos por los Estados, toda vez que otrora, en pro de la búsqueda de la verdad y bajo el alero del sistema inquisitivo, tales garantías pasaban a un segundo plano. Posteriormente, la regla se diversificó y fue considerada también respecto de las V y VI Enmiendas de “Bill of Rights”.

La jurisprudencia inspiró a la doctrina, lo cual rebasó incluso fronteras. Así, no sólo en Estados Unidos, sino que también en Alemania, continuó el desarrollo de esta institución. En dicho proceso, se destaca la labor de Ernst Beling, quien por vez primera, empleó el concepto de prohibiciones probatorias, “*expresión con la cual quería manifestar que existen limitaciones a la averiguación de la*

cuales podemos el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, la Convención sobre Derechos del niño y el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

²²² ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009). *Op. Cit.*, p. 102.

*verdad dentro de la investigación en el proceso penal, debido a intereses contrapuestos de índole colectiva e individual.*²²³

En el cono sur y España, en cambio, su desarrollo es reciente. Así, “*el Tribunal Constitucional español aplicó por primera vez la exclusión de prueba ilícita en 1982. [...] Aunque para algunos se halla] el comienzo de las exclusiones en la jurisprudencia española en la S.T.C. 114 del 29/11/1984, [ya se reconoce] que el mismo tribunal en Sent. 55 del 26/7/1982 había sostenido que la presunción de inocencia sólo podía ser enervada “por prueba que haya llegado con las debidas garantías al proceso”.*²²⁴

A diferencia de lo sucedido en Estados Unidos o España, países donde la regla nace de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, en Chile fue el Legislador quien, a través de la ley “[...] estableció imperativamente este principio [...]. Por añadidura el [Código Procesal Penal] no se ha limitado a establecer disposiciones particulares, sino que ha consagrado una norma general que sorprende por la amplitud de sus términos.”²²⁵

Su implementación tuvo como fin el transformarse en contrapeso ante la actividad investigativa. Sus fundamentos, dependiendo del sistema en el cual nos encontremos, son diferentes, no sólo por las influencias propias de su política criminal, sino también porque este remedio ha ido mutando con el paso del tiempo y, a la vez lo hace la comprensión del delito como fenómeno social y la forma en la cual el Estado y sus órganos tratan con él.

²²³ AMBOS, K. (2009) Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización. *Revista Política Criminal*, vol. 4, N° 7, pp. 1-51. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf, p. 2.

²²⁴ HAIRABEDIAN, M. (2002) *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad- Hoc, pp. 33-34.

²²⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002) La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. *Colección de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado*, N° 2, p. 43..

Justamente es a causa de estos factores que, en Estados Unidos, el otrora modelo caracterizado por un fundamento constitucional, donde la protección de los derechos era primordial, ha pasado a desconstitucionalizarse, encontrándose actualmente como “[...]único fundamento de su aplicación [el] disuadir a los órganos públicos de la persecución penal, singularmente a las agencias policiales, de llevar a cabo futuras actividades de investigación [...] contrarias a lo establecido en las IV, V y VI Enmiendas constitucionales”²²⁶. Esto es, el llamado *deterrent effect* (efecto disuasorio).

Por su parte, en el Derecho Continental Europeo, las justificaciones para la existencia de la regla de exclusión están vinculadas al respeto de los derechos constitucionales además de un componente ético en relación al actuar de los órganos estatales. Así en Alemania, las prohibiciones probatorias son un límite a la búsqueda de la verdad material, en consecuencia, el interés habido en el esclarecimiento y castigo de los delitos es puesto a la par con el de otros intereses envueltos en el proceso, muy “especialmente con la preservación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.”²²⁷

En España, la situación es similar y “aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional [...] expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente [...] exige que los actos que se vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso.”²²⁸

En ambos países, si bien la justificación de la regla nace en su Norma Fundamental, no quiere decir que presente un carácter inmutable, es más, se

²²⁶ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2015). Op. Cit., p. 25.

²²⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002) Op. Cit., p. 27.

²²⁸ ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012) *La exclusionary rule de E.E.U.U. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos* Tesis doctoral no publicada. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona, España. Disponible en: <https://ddd.uab.cat/record/127443>, p. 492.

han desarrollado en ellos excepciones a la regla, a fin de evitar que una aplicación tajante que lleve a un camino sembrado de injusticias e impunidad.

Habiendo tratado someramente los cimientos otorgados por el Derecho Comparado a la regla de exclusión, es momento de analizar la situación existente en nuestro país al respecto. Tal como ocurre con Alemania y España, en Chile, de la lectura del inciso 3° del art. 276 del C.P.P. “[...] se puede identificar un fundamento constitucional a la regla de exclusión, al tener su origen en la necesaria protección de los derechos fundamentales y de las garantías procesales de naturaleza constitucional que asisten al imputado.”²²⁹

Por su parte, Héctor Hernández, desde otra perspectiva, le atribuye un carácter ético, el que “está referido a la legitimidad de la acción estatal. El ejercicio punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesales penales de los ciudadanos.”²³⁰ Ambas miradas ponen a los derechos garantidos por la Carta Fundamental como dignos de respeto, transformándolos en una frontera para la actividad desplegada en la persecución penal, pero, es necesario resaltar que ésta no podría cumplir su finalidad última, la averiguación y verificación de los hechos, sin la posibilidad de proceder a la afectación de aquéllos. En consecuencia, tender a un equilibrio efectivo entre ambas es relevante, por lo cual, al estar entre un ir y venir de principios, lo hace un ámbito ideal para el debate y el arribo a consensos.

Ahora, cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza jurídica de la regla de exclusión? Una visión más simplista podría limitarla a una norma legal, empero, se estima que tal concepto coarta los reales alcances de esta institución. Para ello, existen 3 puntos claves a desarrollar.

²²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, M. (2015) Op. Cit., p. 30.

²³⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002) Op. Cit., p. 28.

Primero, la exclusión probatoria, ya en su nacimiento, está ligada intrínsecamente a la protección de los derechos garantizados en el ámbito procesal penal, velando por propender a un equilibrio entre fines que son dignos de protección en nuestro sistema; de una parte, la persecución penal y el esclarecimiento de los hechos constitutivos de delito y, por otra, el resguardo de los derechos fundamentales y una investigación racional y justa. Esto refleja su gran significación para el sistema procesal penal, por lo cual, un acertado empleo de la misma encamina a un procedimiento objetivo, en el que los derechos de los intervinientes, así como las aspiraciones individuales, sociales y estatales sean respetadas. Es necesario acotar que si bien, su natural ámbito de aplicación es el proceso penal, *“por la supremacía que tiene el Estado sobre el individuo en el ejercicio del ius puniendi o por facultad que tiene el juez para imponer las más graves penas privativas de libertad, [...] la regla de exclusión tiene un carácter general y por la finalidad que cumple [...] puede aplicarse a todo tipo de procesos (penal, civil, contencioso-administrativo o laboral).”*²³¹

Segundo, debe reiterarse que la exclusión si bien, surte sus efectos durante la etapa intermedia, tiene su antesala en el proceso investigativo, lo que obliga a visualizar el procedimiento penal como un todo, en el cual, cada uno de los actos efectuados van concatenados de tal manera que, las fallas o vicios habidos en uno, afectarán ineludiblemente en el futuro a los otros, lo que, en consecuencia, incidirá el devenir del caso. Sin embargo, no todos los defectos poseen el mismo impacto en la causa, así, *“la magnitud de la inobservancia no es de cualquier dimensión, sino que debe ser una infracción tal que implique la vulneración de un derecho fundamental. No se trata aquí de la mera omisión de alguna formalidad, v.g., la firma del acta de entrada y registro de un lugar cerrado, sino que de una transgresión atentatoria de un derecho fundamental*

²³¹ DELGADO DEL RINCÓN, L. (s/f). *Op. Cit.*, p. 2.

[...]”²³² y, es en este punto clave en el cual principios transversales a todas las ramas del Derecho y, que en especial imbuyen el ámbito penal, serán fundamentales en el análisis de las causas y la resolución de las incidencias que en ellas surjan.

Tercero, dado el trasfondo que se aprecia en la exclusión y la búsqueda de estabilidad por la que ella vela, concluimos junto con Robert Alexy, que la exclusión de prueba ilícita “*constituye un principio y no una regla, esto es, [...] se trata de un mandato de optimización, es decir, de una norma que manda que algo, [...] se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pudiendo consecuentemente ser cumplido en distintos grados, de suerte que aún con independencia de cuál sea el fundamento que se le asigne- aun tratándose de uno ético- la ponderación de intereses resulta ineludible.*”²³³ En cambio, en lo que respecta a las reglas, ellas sólo pueden ser cumplidas o quebrantadas, no existiendo intermedios.

Dworkin, nos permite agregar que, un principio es “*un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*”.²³⁴ Esto, permite otorgarle templanza a la regla en aquellos casos que sea necesario, pero teniendo en vista motivos razonables e imperiosos y, no una mera visceralidad política o legislativa.

Finalmente, este capítulo abordará una de las grandes discusiones en torno a la exclusión de prueba, consistente en, ¿cuáles son sus alcances?

²³² ZAPATA GARCÍA, M.F. (2004) Preguntas- respuestas introductorias para el estudio de la Teoría de la Prueba Ilícita. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo, Año 11, N° 1*, p. 165.

²³³ ALEXY, R. (1989). *Theorie der Grundrechte* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 75 y stes. En: HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002). *Op. Cit.*, p. 63.

²³⁴ DWORKIN, R. (1989). *Los derechos en serio* (trad. Gustavino). Barcelona: Ariel, p. 72. En: HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002). *Op. Cit.*, p. 63.

En Chile, la doctrina mayoritaria aboga por la inadmisibilidad de la prueba ilícita directa, lo cual no obstante consideramos es igualmente discutible, por cuanto existen excepciones a la regla, como acontece en Derecho Comparado con la buena fe del agente o la teoría de la conexión de antijuridicidad, entre otras, que pueden propiciar la admisión incluso de este tipo de pruebas, pero, sí se abre una posibilidad en relación a la admisibilidad de las pruebas ilícitas derivadas, lo que es en general aceptado por la doctrina y la judicatura.

En consecuencia, habrá que clasificar la prueba ilícita en dos grupos, 1) pruebas ilícitas de origen o en sí misma ilícitas y 2) pruebas ilícitas por derivación o reflejo.

La primera constituye *“[...] aquel elemento que sirve para verificar un hecho y que fue practicado u obtenido directa e inmediatamente a través de un método o procedimiento ilegal. [...] Existe siempre una relación próxima e inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho personalísimo afectado por su recolección.”*²³⁵

La segunda, es *“[...] aquel acto en sí mismo lícito, que permite comprobar una circunstancia fáctica, pero al que se accedió por intermedio de información obtenida desde una prueba anterior e ilícitamente recogida. [A ella] se llegó merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal.”*²³⁶

Por su parte, en relación a las pruebas ilícitas por derivación, existen al menos dos visiones, la primera, siendo uno de sus mayores exponentes Carrió, para quien toda prueba que presente una conexión con aquella obtenida ilícitamente, a pesar de haber sido recabada por medios legítimos, debe ser excluida. De no ser así, *“la regla de exclusión se quedaría a mitad de camino, al invalidar la*

²³⁵ MIDÓN, M. S. (2002). *Op. Cit.*, p. 37.

²³⁶ *Ibíd.*, pp. 37-38.

*prueba que es consecuencia directa del acto ilegal, pero no comprende la prueba derivada.*²³⁷ La crítica que suele hacerse a esta propuesta y a su amplio concepto, subyace en la indeterminación de los alcances que pueda tener la regla de exclusión. La segunda, que podría catalogarse como mayoritaria actualmente, siendo representada por Gosso, Pastor Borgoñón, María Francisca Zapata, entre otros, “*sostienen que por prueba derivada debe entenderse exclusivamente aquella obtenida mediante explotación de la ilícita, y sólo gracias a ella, existiendo una dependencia mediata con la violación constitucional [...], descartan la aplicación de la teoría a todas aquellas pruebas cuya obtención lo sea por medios suficientemente diferenciables [...]*”²³⁸ como por ejemplo, en el contexto posterior a un allanamiento ilegal, se obtiene un documento que consigna el nombre de una persona que pudiere ser útil como testigo, mas, luego su nombre fuere brindado por el mismo imputado en su declaración ante el fiscal cumpliendo ésta con todos los requisitos legales y constitucionales y no debiendo ser excluida en virtud de la primera inobservancia cometida.

Es más “[...] *como consecuencia de su redacción, [el inciso 3° del Art. 276 del C.P.P.] deja un importante espacio para el debate sobre su verdadero alcance en un Estado de Derecho.*”²³⁹

Así, incluso, podría sugerirse que, desde la literalidad del mismo, su aplicación abarcaría únicamente a la prueba ilícita entendida como aquella que lo es “en sí misma”, en consecuencia, se avizora como respuesta razonable a los límites de la regla de exclusión de prueba por infracción a garantías fundamentales a

²³⁷ EDWARDS, C. La Prueba Ilegal en el Proceso Penal, p. 91. En: ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009). Op. Cit., p. 29.

²³⁸ MATURANA MIQUEL, & MONTERO LÓPEZ. (2012). Op. Cit., pp. 947-948.

²³⁹ CASTILLO VERA, F. V. (2008). Op. Cit., s/p.

aquella que se refiere a las pruebas derivadas con un nivel de conexión mediata a la ilicitud.

Citando a María Francisca Zapata, *“es posible concluir que la regla de exclusión [...] se extiende naturalmente a aquellos casos en que a causa de una violación de derechos constitucionales se obtiene prueba a partir de la cual surge otra nueva como consecuencia necesaria”*²⁴⁰. Esto, lleva a establecer que la exclusión, en la prueba derivada debe poseer límites, con tal de encontrar un avenimiento entre la investigación y los derechos de las personas. En caso contrario, podría ponerse en riesgo la efectividad de la persecución penal y, con ella, la de todo el sistema.

En opinión de quien suscribe, esta visión podría traducirse eventualmente en la posibilidad de admitir prueba ilícita, tanto derivada como en sí misma. Es de importancia clarificar que el debate al que desea convocarse en virtud de este trabajo, no tiene como objetivo suprimir la regla de exclusión, ya que, al contrario de la posición utilitarista tras el *“deterrent effect”* norteamericano, se cree es un principio normado necesario, a fin de evitar el tránsito a un sistema efectista que busque la aprobación de la población frente al combate en contra la delincuencia, so pena de afectar indiscriminadamente los derechos garantizados por la Constitución y obviando su relevancia. Una mera sospecha no puede ser considerada como antecedente suficiente para llevar a cabo una investigación, debe contarse con antecedentes razonables, indicios que vinculen al sujeto con el hecho delictual, no sólo porque puede exponerse a un individuo inocente a diligencias que de por sí afectarán sus derechos, sino también, por una correcta administración de los recursos económicos y humanos con los que cuentan el Ministerio Público y las policías. La exclusión probatoria se muestra como un elemento necesario para el mantenimiento del

²⁴⁰ ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009). Op. Cit., p. 30.

Estado de Derecho, empero, se considera en fundamental encaminar hacia una atenuación o, cuanto menos, a una homologación de criterios para la procedencia de las excepciones a la exclusión.

Es necesario conciliar la dualidad ineludible en esta materia, el que “*por una parte, [tenemos que] los derechos fundamentales constituyen una limitación al esclarecimiento [de los hechos delictivos]. [...] [Por otra], la averiguación de los ilícitos penales constituiría un bien constitucional eventualmente limitador de los derechos fundamentales. Por tanto, el ejercicio de estos últimos puede resultar afectado en virtud de tal interés.*”²⁴¹ En consecuencia, es evidente que la inadmisión de las pruebas ilícitas constituye una garantía frente a la intervención estatal, pero como tal, no es absoluta y, por tanto “*la posibilidad de admisión de esta prueba es aceptada en algunos casos y previo el cumplimiento de algunas condiciones, [como ocurre cuando] la prueba ilícita puede ser útil para proteger derechos y libertades fundamentales [...].*”²⁴²

Es justamente en relación a la protección de estos que no puede aplicarse la exclusión probatoria de forma inflexible, en especial en aquellas situaciones complejas, en que los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal son violentados de tal forma que, incluso un principio como la exclusión probatoria debe ceder en pos de un fin mayor. De lo contrario, delitos graves, como homicidios calificados, terrorismo o tráfico de estupefacientes pueden quedar impunes, generando un grave perjuicio para la sociedad toda. Ello, sin embargo, no se traduce en una libertad absoluta para los agentes de persecución penal, quienes deben velar por una investigación racional y justa y

²⁴¹ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2009) *Derechos fundamentales y decisión judicial: algunos criterios para la mejor aplicación del derecho penal*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7586#preview>, pp. 141-142.

²⁴² IBARRA PALAFOX, F. (2009) *Control de la impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000200015, pp. 451-452.

estar a la altura de las circunstancias, es decir, no abusar de las atribuciones que la Constitución y las leyes les han entregado. De su ejercicio depende buena parte de la preservación del Estado de derecho y de la vida en sociedad tal y como la conocemos. En caso contrario, nos arriesgamos a la mella de aquél y de las instituciones que deben resguardarlo.

Así, concluimos junto a López Masle que *“la consideración de criterios que morigeran la rígida aplicación de la regla de exclusión, más que una teoría intermedia es, [...] una exigencia que surge naturalmente en el mismo momento en que se reconoce la posibilidad de excluir prueba con base en la infracción de garantías fundamentales.”*²⁴³

Las justificaciones tras esta conclusión, serán abordadas en el próximo capítulo con mayor detalle.

CAPÍTULO CUARTO

Atenuación de la regla de exclusión

Los capítulos previos tuvieron como objetivo enmarcar el impacto y relevancia de la regla de exclusión y sus implicancias en los diversos ámbitos del proceso penal, delineando el camino para una cabal comprensión de lo que aquí se ha pretendido plantear, es decir, la necesidad de avanzar en un sistema que permita templar su aplicación. Así, los apartados siguientes tendrán como finalidad abordar las excepciones que se han originado en Derecho Comparado

²⁴³ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002) *Op. Cit.*, p. 177.

a este principio, así como las críticas a las mismas y la aplicación de ellas a nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a la temática práctica, se analizarán también cambios en la legislación que abogan por limitar la aplicación de la regla, al igual que la recepción jurisprudencial de las teorías de atenuación frente a ella.

Primeramente, se debe tener presente que estas teorías o excepciones a la exclusión probatoria se caracterizan por ser prevenciones de índole jurisprudencial o legal que autorizan tanto la admisibilidad como valoración de pruebas que puedan verse afectas a una posible ilicitud, sea por su origen y obtención. Así, para la jurisprudencia norteamericana, *“[ellas] son aplicables cuando la exclusión de la prueba no genera ningún efecto disuasorio. Desde la perspectiva del fundamento constitucional, tiene[n] que perseguir un fin procesal legítimo, que según el caso concreto ha de ponderarse frente al derecho fundamental vulnerado. [Este] no es otro que la búsqueda de la verdad, indispensable para una decisión equitativa y para evitar la impunidad debida a defectos o insuficiencias de prueba.”*²⁴⁴

Estas limitaciones o atenuaciones al empleo irrestricto de la regla de exclusión se alzan como un campo intermedio entre la negación absoluta de los posibles efectos que pudieren tener las pruebas que en cuyo proceso de obtención generaron algún tipo de mella a las garantías y los derechos fundamentales consagrados por nuestra Carta Fundamental a las personas y, en el otro extremo, la libertad sin miramientos en su utilización para determinar la condena o absolución de los acusados en un proceso penal.

²⁴⁴ FONSECA LUJÁN, R. C. (2016). *Prueba Ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de *Revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/viewFile/11164/13160>, p. 51.

Se reitera que, si bien, de momento, se acepta *“la ineficacia de la prueba ilícita en principio, [esta posición] persigue morigerar su aplicación evitando que ella cubra casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación la entidad de la infracción al derecho fundamental comprometido.”*²⁴⁵

Ahora bien, es innegable que el llamado a debatir que tiene como finalidad este trabajo trae a colación la protección de los intereses en juego y la tensión permanente a la cual se encuentran sometidos dentro del ámbito de injerencia que tienen en nuestro Estado de Derecho. De un lado, está presente la mantención de una administración de justicia que no sólo debe ser útil, sino, también y principalmente eficaz, no pudiendo permitir que las normas que nos rigen caigan en efectismos, que no posean un propósito que cumplir. Y, por otro, el resguardo a los derechos inherentes a todo ser humano.

En palabras del Profesor Ambos Kai, *“[...] se puede hablar del dilema de una doble función estabilizadora de la norma: el Estado debe estabilizar no solo las normas jurídico penales a través de una persecución penal efectiva, sino también, en el mismo plano, los derechos fundamentales de los imputados por medio del reconocimiento y ante todo la aplicación de prohibiciones de utilización de prueba en caso de violaciones de los derechos del individuo.”*²⁴⁶

Las preguntas y dudas abundarán, es natural y obvio que ellas se incrementen ante la posibilidad de un cambio en el prisma a través del cual se analiza un problema, empero, dentro de las armas que poseen los estudiosos del Derecho, se encuentran la argumentación, la crítica y el análisis. Sin ellas, es impensable el avance de la teoría, lo que, usualmente deriva en la inmovilidad de la práctica. Si los temores radican en la posible oscilación en los fundamentos

²⁴⁵ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p. 175.

²⁴⁶ AMBOS, Kai. (2009). *Op. Cit.*, p. 4.

entregados por los magistrados al momento de evaluar la admisibilidad de la prueba, entonces es indispensable entregar orientaciones y criterios para poder salvar sesgos autoritarios o híper laxos en sus resoluciones. También se discutirá la forma en que las excepciones o límites a la exclusión probatoria afectarán estas garantías constitucionales y, en si es posible trazar una línea definida entre la afectación de un derecho y la obtención de material probatorio. En este punto, las respuestas parecieran algo más difusas, ya que, como todo en Derecho, no existen respuestas absolutas, y éstas deberán ir dándose en atención a cada sistema jurídico, así como a la realidad vivida en su nación y la política criminal imperante.

A pesar de todas las interrogantes, es necesario tener presente y atesorar las esclarecedoras palabras de los autores Jescheck y Weigend referentes a la misión del Derecho Penal, siendo ésta «[...] *la protección de la convivencia de la sociedad de las personas*», *sin olvidar la interdependencia existente entre ellas. El Derecho punitivo trata de lo que hay de más sensible y al mismo tiempo lleno de criterios en el universo jurídico: la restricción de derechos y la privación a la libertad del hombre. [...]*²⁴⁷

En búsqueda de aquel fino equilibrio, es que se procederán a desarrollar las principales tesis atemperadoras de la exclusión probatoria.

²⁴⁷ VITAL DE ALMEIDA, R. (2005) Licitud e ilicitud en el ámbito de la prueba y de la imputación penal, desde la constitución federal de Brasil: (atención especial a la inviolabilidad de las comunicaciones). *Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época, N° 87*, p. 328.

Principio de Proporcionalidad o Teoría de la Ponderación:

La proporcionalidad, como un principio, posee un carácter general y transversal en nuestro sistema jurídico. Él habita en todas las ramas del Derecho, sean públicas o privadas, adjetivas o sustantivas, las cuales, en algún momento, habrán de recurrir a su intervención. En sede procesal penal, su presencia destaca en variados ámbitos y etapas del procedimiento, entre los cuales se pueden enunciar a modo de ejemplo: las actuaciones de investigación fiscal durante la etapa de investigación, las que además deben ser pertinentes y útiles al esclarecimiento de los hechos. Dentro de ellas, en los exámenes corporales que deban realizarse al imputado o víctima, también se advierte que sólo proceden si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación. En cuanto a los registros de interceptaciones telefónicas, tenemos que pueden ser utilizados en procedimientos distintos del hecho que la justificó cuando en ellas constaren antecedentes de delitos sancionables con pena de crimen. Y, finalmente, en atención a las medidas cautelares, se aprecia en fundamentos de la necesidad de la prisión preventiva, así como su aplicación debe estar restringida a los casos y por el tiempo estrictamente necesario para cumplir con los fines del procedimiento, aconteciendo algo similar en las restantes.

Para comprender el vínculo que posee la proporcionalidad o ponderación, así como su injerencia en la temática de la prueba ilícita, es necesario centrarse primeramente en un acercamiento a uno de los sistemas que ha trabajado desde hace mayor tiempo con ellos, debiendo trasladar nuestra vista hacia Alemania.

Anteriormente al desarrollo de la teoría de la ponderación, proporcionalidad o “*Abwägung*” como es denominada en su tierra natal, el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales, desarrolló en primer término la teoría del entorno jurídico, la cual permitía analizar situaciones de vulneración de normas que comprenden hipótesis de prohibiciones probatorias por medio del análisis de dos esferas que poseen una protección que varía en intensidad: “[Primero,] *hay un núcleo totalmente intangible, cuya vulneración comporta la absoluta imposibilidad de aprovechamiento de material probatorio*²⁴⁸ [...]. [Y segundo], *una esfera de menor protección, en la que hay que considerar si la violación de la prohibición probatoria afecta esencialmente al entorno jurídico o si esa violación ha sido para él algo secundario o sin importancia.*”²⁴⁹

De otro lado, esta doctrina también buscó dar solución al cuestionamiento que surge de la relación y/o alcances de los vínculos existentes entre las prohibiciones de producción y las de valoración de la prueba, “[...] *si pueden ser valorados los elementos probatorios obtenidos con incumplimiento de sus requisitos de producción, esto es, si a las prohibiciones de producción corresponden siempre prohibiciones de valoración* [...]”²⁵⁰

A fin de ilustrar el efecto práctico en su aplicación, los testigos y los exámenes corporales, presentan gran utilidad. Así tenemos que el acusado no puede argumentar vulneración a sus derechos individuales “*cuando ha declarado un testigo que no ha sido instruido sobre el derecho de rehusar prestar testimonio.*

²⁴⁸ Como sería el caso de las declaraciones obtenidas mediante los métodos de interrogatorio prohibidos, entre los cuales se encuentran las violencias corporales, administración de fármacos, tortura, engaño, hipnosis. Ello, independientemente del consentimiento del imputado.

²⁴⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (s.f) *La prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba ilícita; eficacia y valoración)*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20%28Mag.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf>, pp. 70-71.

²⁵⁰ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p. 176.

[...] El Tribunal Federal Supremo también declaró utilizable el resultado de un examen de sangre tomado por un asistente médico y no por un médico, aun cuando se violaron los derechos del inculpado por la intervención inadmisibles del asistente médico.”²⁵¹

Dadas las imprecisiones presentes en la doctrina de las esferas de los derechos, la judicatura alemana dio nacimiento a un nuevo criterio que pusiera en equilibrio los fines más preciados para el proceso penal alemán, cual es la proporcionalidad, ponderación de los derechos en juego, denominada *Verhältnismässigkeitsprinzip*.

Por medio de su aplicación, es posible “[...] sopesar en el caso concreto los derechos fundamentales en conflicto y excepcionalmente permitir la aducción de pruebas, que en otras circunstancias, serían consideradas ilícitas, por ejemplo, utilizar una grabación, tomada por medio del teléfono, donde consta la propuesta de pagar una suma de dinero por la muerte de una persona, puede ser utilizada para evitar la muerte de esa persona, y ser apreciada dentro de un proceso judicial, aunque hubiere sido tomada sin autorización de las autoridades.”²⁵²

²⁵¹ Para mayor detalle: CERDA SAN MARTÍN, R. (2010). Op. Cit., pp. 195-196.

²⁵² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (s.f). Op. Cit., p. 71.

Criterios de la proporcionalidad:

Al pretender una comparación entre los valores que se consideran relevantes para una sociedad y buscar un equilibrio entre ellos, adecuando el nivel de importancia de cada uno al caso concreto, sería plausible pensar que el margen de discrecionalidad de los juzgadores se incrementa, empero, jamás será ilimitada, toda vez que en la actualidad, gracias a décadas de debate habido en países que presenciaron el nacimiento del Derecho y sus instituciones siglos antes de nuestra propia existencia como país. Aquellos que, en más de una ocasión, son tomados como referentes para la implementación de políticas públicas y programas, en esta temática, nos permiten nutrir nuestras propias bases e ideas, para ser nosotros quienes podamos evaluar si es adecuada esta y otras construcciones jurídicas y amoldarlas a nuestra realidad.

Los retos planteados por la doctrina que no ha validado el uso de la proporcionalidad o es reticente a ella, no han de quitarle mérito, por el contrario, permiten enriquecer la deliberación de un tema que si bien, no posee un tratamiento único, así como tampoco unívoco, sí nos convoca a lograr un método lo suficientemente competente como para la mantención de la seguridad jurídica y la confianza en nuestro ordenamiento, atendiendo los bienes jurídicos y principios en juego.

Con la finalidad de ir estableciendo directrices, en primer lugar, es clave recordar que no toda vulneración que atente contra los derechos fundamentales acarreará indefectiblemente la exclusión del material probatorio. Ya en el capítulo anterior, se formuló una diferencia sustancial entre la prueba irregular y la prueba ilícita, siendo únicamente la última la que conllevaría el principio consagrado en el Artículo 276 inc. 3 del Código Procesal Penal.

Así, un ejemplo práctico que confirma el impacto que generan en el proceso de investigación es el siguiente “[...]Mientras parece inobjetable la exclusión como prueba de los objetos encontrados en una vivienda allanada sin contar con la autorización exigida por la ley [...], difícilmente podrá admitirse el mismo efecto cuando se incautan objetos en cumplimiento de una orden judicial de entrada y registro, pero se olvida entregar al encargado del lugar el recibo correspondiente [...]”²⁵⁶ De esto, es posible deducir que el principio de proporcionalidad permite que las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad puedan ser admitidas en juicio. Ahora bien, esto no quita la posibilidad de aplicación de diversos tipos de sanciones, las que, según el país y su régimen jurídico, podrían ser de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable.

Con lo recién expuesto, no se busca negar que existen casos en los cuales las garantías constitucionales presentan una estructura más compleja, que repudia casi toda posibilidad de quebrantamiento dado el carácter del bien jurídico protegido, como lo sería el caso del derecho a no ser torturado²⁵⁸, pero esto no se traduce en la existencia de un “[...] principio constitucional plenamente dogmático e inflexible, ni Derecho fundamental absoluto, en el sentido de la imposibilidad de su tratamiento hermenéutico o provocación por la crítica responsable, incluso porque su necesidad de expansión y desarrollo es

²⁵⁶ CERDA SAN MARTÍN, R. (2010). Op. Cit., p. 136.

²⁵⁸ VITAL DE ALMEIDA, R. (2005). Op. Cit., p. 335, sobre este punto detalla: “[...]y aún así cuando una evidente causa supralegal, basada en un indudable y pujante carácter excepcional no intervenga, siempre a posteriori del caso concreto, como motivo de expunibilidad”. Con ello, apunta a situaciones límite, como podría ser el caso de un policía que retiene a un sospechoso de haber plantado una bomba, de la cual no se sabe su locación exacta, quien recurre a la amenaza de tortura para obtener tal información, la que podría salvar la vida de muchos inocentes. Está claro que es discutible el empleo de dicha confesión como medio de prueba, mas, permitiría exculpar la acción del policía, incluso argumentando un estado de necesidad.

*incuestionable desde el punto de vista político, social y finalmente lógico- legal [...]”*²⁵⁹

Por ello, podemos avanzar en un segundo aspecto, la casuística que la ponderación presenta marcadamente como cualidad, lo cual es fundamental, por cuanto es imposible, a priori, fijar parámetros que determinen cómo se debe abordar el conflicto entre derechos o principios, puesto que, a pesar de que las garantías sean idénticas para todos los sujetos de derecho, no lo son los grados de su afectación, así como tampoco los ilícitos (su modalidad, agravantes, atenuantes, calificantes, entre otras particularidades) por ellos cometidos cuando son objeto de persecución penal.

En Alemania, el uso de esta excepción presenta idéntica particularidad, por lo cual los tribunales han de tener en consideración al momento de su empleo una serie de factores entre los cuales destacan: la seriedad o gravedad del crimen, la gravedad del vicio probatorio, el valor demostrativo de la prueba en cuestión, la fortaleza de la sospecha y los intereses constitucionales en juego. A su vez, en relación al interés en que las violaciones de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal no queden impunes y se sacrifique la verdad real, debe encontrar un balance ante la máxima de que esta última no puede ser obtenida a cualquier precio. Otras dos consideraciones, refieren a situaciones en las cuales es razonable determinar que regirá la exclusión de la prueba de cargo, son los casos en que la violación hace sospechar sobre la confiabilidad de la prueba y si el ingreso al proceso de la evidencia dañará seriamente la integridad global del mismo. En el caso afectar la primera, busca evitarse que la obtención de prueba ilícita corrompa a los agentes investigadores del proceso penal, procurando que, los casos en que se pretenda admitir dicha prueba, ésta no fuera recabada con negligencia manifiesta o incluso dolo. Es efectivo que pueden comprenderse las situaciones de estado de necesidad de los policías y

²⁵⁹ VITAL DE ALMEIDA, R. (2005). Op. Cit., pp. 344-345.

fiscales, así como casos de error, mas, no aquellos que deliberadamente atentan contra los principios y garantías dle proceso penal y del Estado de Derecho. En consecuencia, las suplantaciones, alteraciones e implantaciones de material probatorio se encuentran totalmente vetadas.

Por su parte, en la eventualidad en que las evidencias pudieren lesionar el procedimiento, dice relación con ciertos análisis jurisprudenciales que se formulan al momento de ponderar si la prueba ilícitamente recabada ha lesionado la idea de un debido proceso. De ser afirmativa la respuesta, el proceso debiera ser anulado, en caso contrario, el tribunal, en base a la evaluación realizada respecto de todos los aspectos del proceso, deberá concluir que él en su conjunto, como ente omnicompreensivo, fue justo. Esta visión es sustentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo uno de los casos más conocidos en la materia el Schenk contra Suecia.

Otras orientaciones, en palabras de Paz Rubio, dicen relación con el hecho investigado, sugiriendo, en primer lugar, que no debe estarse únicamente a la pena penal asignada al delito. En su lugar, es relevante atender a *“la gravedad social, es decir, la incidencia en la vida colectiva, atendidas circunstancias relativas a la calidad de las personas y al bien jurídico protegido. Mas, junto a ello debe [atenderse] a [las] circunstancias que faciliten una evaluación objetiva y limiten espacios de arbitrariedad. Respecto de los derechos fundamentales, la gravedad de su infracción también debería objetivarse al máximo.*²⁶⁰

De aquellas palabras, es posible apreciar dos caras de una misma moneda, de un lado, criterios que refieren al ilícito en sí mismo y a todas sus consecuencias, mientras que, del otro, se exige que valoración sea imparcial y justa, restando margen a la arbitrariedad en las decisiones jurisdiccionales. Por lo mismo, la

²⁶⁰ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2009) *Derechos fundamentales y decisión judicial: algunos criterios para la mejor aplicación del derecho penal*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7586#preview>, pp 155-156.

contravención de garantías y derechos debe ser sometida a un escrutinio similar, lo que permite fijar estándares mínimos de lo que entendemos por vulneración a ellos por parte de los investigadores y sus alcances

Un ejemplo ligado tanto a la gravedad del ilícito como al impacto negativo al cual se vio sometida la garantía, lo contemplamos en la jurisprudencia alemana, el caso en cuestión trata sobre la violación del derecho a desarrollar la personalidad por vía del secuestro y uso de entradas en un diario íntimo, en él, el BGH argumentó que *“Si la acusación es de leve gravedad, entonces los intereses de privacidad de autor en los escritos prevalecerán frecuentemente. Pero en casos en que hay causa probable de que una agresión grave contra la vida, contra otros intereses legales importantes, contra el Estado u otros ataques serios contra el orden legal ha sido cometida, entonces la protección de la privacidad debe ceder”*.²⁶¹

Sin lugar a dudas, la gravedad de los delitos juega un rol relevante en esta materia, aunque per se no podrá constituir un criterio para la aplicación de la teoría de la ponderación, sin embargo, sí permitirá junto a otras circunstancias, fundamentar decisiones en torno a las diligencias de carácter intrusivo en la investigación. No es lo mismo hablar de atentados a los derechos humanos de un delincuente que ha cometido un hurto o un robo versus los delitos que digan relación con complejas organizaciones criminales, como es el caso de las mafias, delitos de tráfico de drogas, terrorismo, trata de personas, pornografía infantil, homicidios y violaciones. De ello podríamos colegir (no sin cierta ironía) que mientras más grave la imputación, mayor es el nivel de intromisión ilegal que podría llegar a tolerarse.

²⁶¹ MORGENSTERN, Federico. (2014) *Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal*. Tesis de Licenciatura no publicada. Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina, pp. 71-72.

No es posible desconocer la complejidad del uso de la ponderación o principio de proporcionalidad, la cual, al ser ejecutada por los jueces, conlleva intrincados procesos intelectuales en toma de decisiones. En ellas, el deber afianzar valores que se mueven en un mismo rango, pero, poseen objetos de protección dispares, es el ejemplo más claro de las dificultades que conlleva su práctica.

Más allá de lo anterior, es imperioso dejar en claro que esta herramienta y su uso, a la cual concurren los jurisconsultos de todas las ramas del Derecho, no implican sacrificar en cada caso los derechos fundamentales de las personas en pos de concepciones meramente utilitaristas, pues, eso sería obviar la relevancia de los intereses en juego. La exclusión es necesaria y ha de actuar en los casos establecidos en la ley, empero, en aquellos en los cuales exista una justificación razonable y correctamente fundada, habrá de ceder junto con las garantías que cuida, a favor de bienes públicos cuyo resguardo es tan o igualmente necesario e importante para el mantenimiento y equilibrio del Estado de Derecho. Esto, no es más que el sopesar las posibles consecuencias de proteger o restringir los bienes jurídicos constitucionales, teniendo siempre en cuenta que incluso ellos permiten algunas restricciones en base a lo dispuesto por la propia Carta Fundamental, dado lo cual existe un razonable consenso²⁶² dentro de la doctrina sobre la aplicación de las teorías de atenuación, lo cual apunta a que no es una regla que deba cumplirse teniendo presente únicamente dos opciones, entre el blanco y el negro, sino que admite una escala de grises, no habiendo así, un efecto absoluto o rígido de la misma. Así, el *“punto de partida [...] pasa por aceptar que los derechos fundamentales, en el complejo entramado que genera la convivencia social, son susceptibles [...]*

²⁶² Así, en palabras de Armenta Deu, *“En la innegable tensión entre estos y otros intereses en conflicto, no resulta rechazable recurrir al juicio ponderado atendiendo al principio de proporcionalidad; el balancing test; o al Abwägung, en el que se gradúen los efectos atendiendo no sólo el carácter de los derechos vulnerados sino también a la gravedad de la lesión producida.”*

de modulación [al igual que otros intereses en juego, como la seguridad y el orden]”.²⁶³

Este desafío podemos graficarlo con un extracto de una sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán, la cual reza: *“La decisión a favor o en contra de una prohibición de utilización debe tomarse con base en una amplia ponderación. Sobre ésta recae [tanto] el peso del error procesal [y] su importancia en la esfera de protección legal del afectado, [...] como el peso de la consideración, que la verdad no puede ser indagada a cualquier precio. Por otro lado, también debe considerarse que las prohibiciones de utilización afectan las posibilidades de esclarecimiento de la verdad y que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el Estado debe en virtud de la Constitución garantizar una administración funcional de la justicia penal, sin la cual no se puede realizar la justicia.”*²⁶⁴

Es evidente que sobre los jueces pesa la obligación de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, siendo de los más complejos, los habidos en sede penal, atendidos los bienes jurídicos comprometidos. Por ello, siempre es momento para recordar que no es de la esencia de los jueces ser meros aplicadores de ley, por el contrario, en sus manos yace la facultad de interpretarla, cristalizarla, de hacer de su letra una realidad, evitando de tal forma su muerte, así como su inflexibilidad.

²⁶³ NÚÑEZ OJEDA, & CORREA ZACARÍAS. (2017) La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno: Algunos problemas. *Ius et Praxis*, V. 23, N° 1, p. 220.

²⁶⁴ DANNECKER, G. *Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán.* , en: COLOMA CORREA, Rodrigo (Coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: Lexis Nexis, 2003. P. 190.

Tal es la importancia de esta función que, en la aplicación de la doctrina de la ponderación, los magistrados deben, junto con barajar todos los criterios señalados, dar respuesta a los siguientes planteamientos: si, de haberse apegado el procedimiento de recolección probatorio a la legalidad y, en consecuencia, no haberse mellado derechos fundamentales, el resultado hubiera sido igualmente obtenido o, en caso que ello no hubiere sido factible, tales elementos podrían haber sido recopilados a través de medidas menos gravosas para el afectado.

Así, otro ejemplo concreto de su aplicación en el proceso penal, dice relación con las autorizaciones judiciales que han de ser otorgadas a petición del Ministerio Público, las cuales permiten la ejecución de diligencias investigativas, las cuales, usualmente, privan o limitan el ejercicio de los derechos de los individuos consagrados en nuestra Constitución.

En este ámbito, las órdenes de incautación de objetos y/o documentos, las de entrada y registro o las de interceptaciones de comunicaciones telefónicas, pasan a ser el centro de atención. En el caso de la última, claramente existirá una infracción a las garantías constitucionales en aquellos casos en que se otorgue una autorización de escuchas para hechos que no fueren constitutivos de pena de crimen. Cuestión similar ocurrirá cuando, con la finalidad de recabar una orden, el fiscal recurriera a artificios, como lo sería, fundar la solicitud en pruebas falsas, sea por su inexistencia o por implantación, o por haber sido sometido el juez a amedrentamiento o fuerza. Teniendo presente lo anterior, existe un caso similar, pero que pudiere ser analizado desde otra óptica, traduciéndose en una excepción a la exclusión que derivaría si la orden hubiere sido emitida por el magistrado, mas, ella contuviere un error judicial, sin que mediare intervención de otra parte, el cual no hubiere sido advertido por los agentes policiales y hubieren llevado a cabo la diligencia igualmente, aquí,

podemos estar en presencia de la teoría llamada la buena fe del agente, la que será abordada con posterioridad.

Dadas las propias complejidades del proceso y la celeridad que en no pocas ocasiones demanda a las actuaciones se estima como imposible que los jueces exijan a los intervinientes un fundamento particularmente sólido para resolver sus peticiones.²⁶⁵ *“Por lo mismo, no toda decisión judicial [...] puede ser impugnada con éxito por la vía de la nulidad procesal, sino sólo aquella que desde una perspectiva ex ante y para un tercero imparcial que dispone de los mismos antecedentes [...] aparezca como completamente injustificada y no razonable.”*²⁶⁶

Otra directriz, que podemos obtener de los estudiosos alemanes entiende que, de modo general *“[...] se podrá suponer una prohibición de utilización en principio, cuando se trate de una infracción legal de especial gravedad en el sentido de los estándares de los derechos humanos [...] o, si la infracción se manifiesta como un bien calculado o consciente menosprecio de las disposiciones procesales. El derecho a un proceso justo (fair trial) e igualmente el indispensable control disciplinario de las instancias de persecución penal*

²⁶⁵ Si ello se exigiera, en particular por la Defensa, primeramente, se estarían confundiendo los roles ejercidos por los jueces de garantía y los tribunales orales en lo penal, toda vez que a los primeros les compete asegurar los derechos de los intervinientes en el juicio, así como velar por la correcta incorporación de prueba y realizar un primer tamizaje de la misma, resolviendo los casos en los cuales pudiese darse la exclusión de ella. En segundo término, el estándar de conocimiento empleado por ellos para decretar sus resoluciones no es el mismo, sólo a los últimos se les exige ir más allá de toda duda razonable, sea para condenar o absolver al acusado. Y finalmente, por la propia naturaleza de las actuaciones de investigación, la celeridad con la cual se debe actuar por los órganos persecutores y sus auxiliares, así como el resguardo del Estado de Derecho y la Paz Social, no cabe posibilidad alguna de coartar la flexibilidad de ponderación al juez de garantía, toda vez que no es un mero aplicador de ley y, para ello el legislador ha orientado su trabajo con diversos criterios debiendo él optar por unos u otros, así como fundamentar debidamente sus decisiones, las cuales jamás deben ser arbitrarias ni abusivas. Así, por más provisorios o precarios que los antecedentes fueren, siempre el magistrado deberá sopesar al procedimiento en su conjunto y analizar detalladamente los intereses en conflicto, de tal manera de asegurar un piso mínimo de seguridad para los intervinientes.

²⁶⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002). Op. Cit., pp.47-48.

*imponen en este caso la no utilización.*²⁶⁸ Los agentes de la persecución penal jamás deberán aprovecharse de su dolo o manifiesta negligencia en su actuar, como sería el caso de implantación de pruebas o su falsificación, con tal de lograr el veredicto deseado, fuere absolutorio o condenatorio. Permitir actos que, puedan rayar en la corrupción, significaría no sólo la displicencia hacia nuestras instituciones o su absoluta desestimación, sino que atentan contra la naturaleza misma del Estado de Derecho, de los principios por el cual se rige, en los que se incluyen el orden y la seguridad.

Dentro de las alternativas planteadas por la jurisprudencia y doctrina, tanto comparada como nacional, la ponderación o principio de proporcionalidad se alza como una de las opciones que permite traer un mayor balance a este debate y, por consiguiente, una viable herramienta al servicio de los jueces e intervinientes en el proceso penal.

Si bien, no puede afirmarse su perfección, tampoco puede negarse su utilidad al momento de dirimir casos, en especial, aquellos difíciles. Es una de las bases de todos los sistemas jurídicos, no escapando el nuestro a ello y, como tal, su validez se enmarca en el seno de nuestro ordenamiento, no siendo un agente extraño o desconocido para nosotros, ni una creación azarosa o incluso artificiosa que pudiera afectar negativamente las decisiones en las cuales se ejercitara. Es más, permite compatibilizar una de las exigencias de nuestro ordenamiento, el que *“[...] no admite cualquier actuación tendiente a la averiguación de los delitos, ni en cualquier intensidad. La elección de su entidad y del grado en que restringirán los derechos debe resultar coherente con el*

²⁶⁸ AMBOS, Kai. (2009). Op. Cit., p. 31.

*hecho a esclarecer. En otros términos, tales actuaciones se encuentran sometidas al principio de proporcionalidad.*²⁷⁰

Gracias a él, es posible armonizar derechos e intereses legítimos dentro del proceso penal, cuya coexistencia es indispensable, necesaria y lógicamente democrática, para que los pueblos puedan gozar de libertad, justicia y seguridad. En este punto, no pueden olvidarse las sabias palabras del jurista alemán Claus Roxin: “[...] un Derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado social”.²⁷¹

A modo de cierre, se torna indispensable advertir que su legitimidad como mecanismo para el análisis de la problemática planteada no solo se encuentra respaldada por los argumentos antedichos, se suman dos normas del propio Código Procesal Penal que regulan directamente la materia en estudio. De un lado, encontramos el propio art. 276 inc. 3, el que si bien, contiene el principio de exclusión de pruebas, no lo delimita ni define los alcances de su aplicación. De otro, está el 373 letra a) del mismo cuerpo legal, el cual es más esclarecedor para nuestro análisis y fundamentaciones, toda vez que, en él, la ponderación posee consagración expresa, ya que no toda infracción a las garantías básicas será suficiente para anular la sentencia o el procedimiento en su integridad. “La nulidad sólo procederá cuando ocurra una infracción de carácter sustancial. Lo anterior, por descarte, deja fuera del ámbito de la nulidad todo tipo de

²⁷⁰ DÍAZGARCÍA, L. I. (2009) *Derechos fundamentales y decisión judicial: algunos criterios para la mejor aplicación del derecho penal*. Tesis doctoral no publicada. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Disponible en: [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7586#preview>]P. 154.

²⁷¹ VITAL DE ALMEIDA, R. (2005). Op. Cit., p. 345.

*infracciones que puedan estimarse de una menor entidad o de una mínima relevancia.*²⁷²

Así, el principio de exclusión, en determinadas situaciones, debe ceder sus rígidas posturas, defensoras de la imposibilidad de afectación de los derechos fundamentales, ante la proporcionalidad, que en ocasiones será justa y necesaria. Necesaria, afirmo, no sólo porque es una herramienta que actúa como válvula de escape para la decisión de aquellos casos en los cuales, el desvalor del ilícito cometido es tal que, las posibles afectaciones que hubieren sufrido los derechos fundamentales del imputado o acusado durante la etapa de investigación, no tuvieran una significación tan relevante a la hora de no aplicar la exclusión de las pruebas recabadas, evitando las no gratas impunidades, sino que también lo es en relación al inevitable debate que como teóricos debemos tener y enriquecernos a través de él. No es posible someternos a una postura inflexible, que se traduzca en el no aprovechamiento de la prueba a todo evento a causa de cualquier tipo de infracción que se tradujese en un quebranto a los derechos constitucionales. Por ello es imperioso que podamos discutir este problema, que no caigamos en el extremado legalismo ni posturas claramente conservadoras, ya que esto nos puede llevar a “inhumar lo que es verdadera y legítimamente justo, absolviendo a conocidos criminales o condenando inciertos inocentes, escupiendo en el rostro de la ciudadanía, pisoteando los más legítimos intereses de toda una sociedad.”²⁷³

Críticas a la proporcionalidad:

Las principales críticas al principio de proporcionalidad tienen su origen en el subjetivismo intrínseco a la toma de decisiones ejercidas por los jueces a la

²⁷² NÚÑEZ OJEDA, & CORREA ZACARÍAS (2017). Op. Cit., p. 221.

²⁷³ VITAL DE ALMEIDA, R. (2005). Op. Cit., p. 325.

hora se sopesar los intereses en juego, cuestión que, no es posible negar sin caer en el más puro egocentrismo y la falta de cautela. Así, [...p]ara Lösing, el principio de proporcionalidad no constituye un instrumento preciso para la toma de decisiones, pues la discrecionalidad que lleva implícita permite una inclinación hacia un lado (más garantista) o hacia otro (menos garantista).²⁷⁴

Otra de las reservas señaladas por los opositores a la Ponderación, refieren al propio origen y fundamento de la exclusión, vale decir, al fin último de su existencia, cual es, impedir que la prueba obtenida con vulneración a garantías constitucionales sea utilizada para fallar en forma condenatoria o absolutoria al acusado, toda vez que la verdad no puede ser obtenida empleando medios que contravienen al Estado de Derecho. Sobre el punto, las palabras de Edwards son precisas: “[...] el criterio de proporción se nos presenta sumamente peligroso, ya que implica una verdadera desnaturalización de la prueba ilegal, principalmente de su fundamento ético: no puede avalarse de ningún modo la persecución penal a cualquier costo, ya que ello significa aceptar que el fin justifica la utilización de indiferentes medios [...]”.²⁷⁵

Para algunos, lo anterior se traduce en una afectación ostensible al estatus de los valores y derechos, por cuanto la ponderación los vulneraría y, haría a entender a las autoridades involucradas en el proceso penal que los bienes jurídicos individuales velados en nuestra Constitución son susceptibles de transgresiones en pos de la investigación de los ilícitos penales.

Si bien algunas de las críticas previas son atendibles, éstas pueden ser contra argumentadas y discutidas, no sólo con la finalidad de llegar a un consenso con quienes temen que el principio de proporcionalidad pudiera llevarnos a la eliminación o desuso absoluto de la exclusión probatoria, sino que también en

²⁷⁴ *Ibíd.*, p. 72.

²⁷⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (s.f). *Op. Cit.*, p. 72.

una manera de otorgar criterios a nuestros juzgadores, con la finalidad de evitar la discrecionalidad y atacarla con una ya conocida herramienta en nuestro Sistema, la fundamentación, la cual, acompañada de una correcta publicidad en las decisiones, permite el escrutinio de intervinientes y partes dentro del proceso penal.

Teoría de conexión de antijuridicidad:

Tal como ha sucedido con Chile, España también la ha recibido influencia norteamericana en el tratamiento de la exclusión probatoria, teniendo sus primeros pasos en el año 1984 con la doctrina del “fruto del árbol envenenado” para luego presentar un veloz desarrollo jurisprudencial y, posteriormente doctrinal, citando tendencias y aplicando doctrina o precedentes americanos desde entonces. En la década siguiente, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tras advertir que los efectos de la prueba refleja y la doctrina del árbol envenenado acarrearía absoluciones en delitos graves de trascendental impacto social, buscaron medios para poner coto a estas consecuencias perniciosas, traducándose esto en la incorporación de excepciones a la exclusión probatoria, tanto de la prueba refleja como de la directa.

De particular interés se advierte una teoría nacida en el seno de la jurisprudencia española, la denominada “conexión de antijuridicidad”, herramienta que ha pretendido dar respuestas a cómo los magistrados deben abordar la situación de evaluar el reconocimiento de la eficacia de aquella prueba derivada de otra obtenida con vulneración de garantías constitucionales. Ella, ha establecido que “[...] *para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión causal-natural entre la*

prueba ilícita y la prueba derivada lícita, sino que se precisa además la existencia de una “conexión de antijuridicidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental; del resultado y de la necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud.”²⁷⁶

Esta tesis, fue recogida por vez primera el 2 de abril de 1998, en la sentencia del Tribunal Constitucional ROL STC 81/1998; tuvo como base el análisis de un amparo solicitado por un condenado por el delito de tráfico de drogas, expresando la defensa que su cliente había sufrido una intervención telefónica realizada ilegalmente. Como resultado, se pudo proceder a la incautación de la droga y a su detención por parte de cuatro guardias civiles y el empleo de una cámara de vigilancia. La interrogante que debió resolver el Tribunal fue si la conexión causal habida entre la escucha ilegal y los actos de investigación posteriores, contaminaba los últimos, vale decir, si los alcanzaba el “fruto del árbol envenenado” o, si cabía chance de que fueran jurídicamente independientes, estando en consecuencia desligadas del primer acto viciado.

No existiendo duda del vicio en el procedimiento inicial, el tribunal debía establecer si el conocimiento obtenido a través de la interceptación fue de carácter relevante, en especial, en relación a los actos de investigación posteriores.

En primera instancia y, siguiendo la lógica del Tribunal Supremo, se determinó que la existencia de la infracción constitucional radicó en la falta de expresión parcial del presupuesto legitimador de la injerencia en el derecho fundamental. Tras ello, se analizaron los alcances y gravedad de dicha intromisión, estableciéndose que gracias a la intervención telefónica solamente se obtuvo un dato neutro, el cual era que el recurrente iba a efectuar una visita.

²⁷⁶ ARMENTA DEU, T. (2007) La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita). *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N° 2. p. 364

Así, el Tribunal Constitucional concluyó junto al tribunal que las circunstancias del caso, especialmente el: *“seguimiento de que el recurrente era objeto, las sospechas que recaían sobre él y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí sólo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho.”*²⁷⁷

Igualmente coincidió con aquél en relación a que tales antecedentes quebraban el nexo existente entre la prueba base y la derivada, decisión que se estima razonada y fundada, la que integra argumento que no está basado únicamente en uno o varios hechos. Muy por el contrario, el Tribunal Constitucional determinó que éste no es otra cosa que un juicio de experiencia, cuyo objetivo fue determinar el grado de conexión habido entre una prueba y otra, diferenciando de aquella intrínsecamente ligada de la cual no lo está, más allá de un vínculo meramente natural o causal.

Además, concluyó otros aspectos interesantes sobre la transgresión al derecho al secreto de las comunicaciones. 1) En ningún caso el razonamiento de los jurisconsultos habrá de derivar en un incentivo a la comisión de actos contrarios a la mentada garantía en forma abusiva, desmedida, arbitraria o dolosa; 2) En los hechos, jamás se apreció actuaciones de los órganos encargados de la investigación penal que activamente pretendieran cualquiera de las actitudes enunciadas. Es más, la *“[...] inconstitucionalidad sobreviene por la falta de expresión de datos objetivos [...]. Tampoco la entidad objetiva de la vulneración cometida hace pensar que la exclusión del conocimiento obtenido [...] resulte necesaria para la efectividad del derecho, pues no estamos ante una injerencia*

²⁷⁷ Tribunal Constitucional de España. Amparo Rol 3140/94; 6 de mayo de 1994. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web del Tribunal Constitucional de España: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3583>, p. 70.

llevada a cabo sin intervención judicial, ni nos hallamos ante una intervención acordada por resolución inmotivada".²⁷⁸ 3) La gravedad del ilícito cometido está comprobada y no existe duda ante ella, lo que, en teoría, habría (en todo caso) permitido la aplicación de la medida de intervención de las comunicaciones, siendo uno de sus presupuestos.

Finalmente, se resolvió que la necesidad de tutela del derecho en cuestión fue satisfecha al haberse prohibido la valoración de la prueba obtenida directamente de la lesión, no resultando procedente extenderla a las pruebas derivadas de ella, toda vez no incidió negativamente en los aspectos que configuran el derecho fundamental, así como el hecho de que el proceso en su conjunto, conservó la protección a todas las garantías tras aquella eliminación. *"Por tanto, a partir de esta [se] declara que el canon de validez de las pruebas pasa a ser el proceso debido. Sólo una vez examinada [...] a través de ese juicio de desconexión de antijuridicidad, entrará en juego la valoración de esas u otras pruebas de cargo [...]"*.²⁷⁹

En virtud de esta sentencia, es posible extraer las siguientes directrices generales a fin de orientar a los jueces para la comprensión de la procedencia y aplicación de esta doctrina frente a los casos de prueba ilícita y sus alcances:

- 1) La trascendencia e intensidad de la vulneración constitucional que afecta a un derecho fundamental y determina la ilicitud de la prueba originaria.
- 2) La importancia del dato o datos obtenidos a causa de la prueba ilícita en la práctica de la prueba derivada.
- 3) La especificidad del nivel de protección de la garantía constitucional atendiendo a la entidad del bien jurídico protegido.

²⁷⁸ Tribunal Constitucional de España. Amparo Rol 3140/94; 6 de mayo de 1994. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web del Tribunal Constitucional de España: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3583>, p. 70.

²⁷⁹ ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012). *Op. Cit.*, p. 452.

- 4) La existencia de otros elementos a través de los cuales podría plantearse la alternativa de haberse obtenido dicho conocimiento sin recurrir a la ilicitud y,
- 5) La existencia de error, negligencia o dolo en el actuar de los agentes que tienen a su cargo de la investigación penal y su relación con el desincentivo en la obtención de prueba a cualquier precio.

De las orientaciones señaladas, el Tribunal Constitucional recurre fundamentalmente a las tres primeras para corroborar la razonabilidad del juicio de experiencia empleado por los jueces ordinarios, con la finalidad de “[...] averiguar la gravedad de la ilicitud y de la admisión de la prueba derivada para, de tal forma llegar a provocar esta desvinculación jurídica, que justifica la admisión de la prueba refleja”.²⁸⁰

Así, apreciamos que ante estos casos, el T.C ha de verificar la razonabilidad del juicio emitido por los jueces sobre la conexión o no de antijuridicidad de la prueba ilícita directa con aquella o aquellas derivadas. Este juicio consiste “[...] en determinar la existencia de conexidad antijurídica entre pruebas ilícitas originarias o derivadas, [el que] se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido. [Éste...] se convierte [en un...] test de validez de las pruebas, que las [transforma] desde una perspectiva natural en pruebas independientes. Una vez rota la antijuridicidad en la fase de admisión y/o de valoración, el Juez ya puede entrar a practicarlas y/o valorarlas.”²⁸¹

Cabe tener presente que esta excepción a la valoración de la prueba ilícita únicamente se refiere a las pruebas derivadas, sea porque ellas se determinen como lícitas (no alcanzándose el vicio) por haberse empleado la conexión de antijuridicidad o por tener efectivamente una causa real desligada y ajena al hecho originario ilícito. En consecuencia, la exclusión probatoria continuará

²⁸⁰ ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012). *Op. Cit.*, p. 448

²⁸¹ ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012). *Op. Cit.*, p. 453.

afectando las pruebas en cuyo nacimiento se vieron afectadas por haber sido obtenidas en forma directa con transgresión a los derechos fundamentales.

Finalmente, la aplicación de esta teoría se subordina al resultado de dos análisis (los que, a su vez, integran las directrices previamente señaladas):

Inicialmente, se procede a un análisis del punto de vista interno que pretende averiguar si la antijuridicidad de una prueba se transmite o no a las consiguientes, se aboca a la relevancia habida entre la vulneración de las garantías y derechos, así como los efectos que ella conlleva, sea inmediata o mediatamente. Esto, desde el punto de vista de la causalidad²⁸². *Con el segundo, el análisis externo, se atiende a la perspectiva del examen de las necesidades de tutela del propio derecho fundamental²⁸³ [...] de manera que exceptuar la regla [...] de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene origen en otra, no signifique, en modo alguno, incentivar la comisión de infracciones de [los derechos fundamentales...].²⁸⁴*

En palabras de Fonseca: *“sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima”²⁸⁵*.

Críticas a la conexión de antijuridicidad

Algunas de las críticas que se formulan en contra de la conexión de antijuridicidad tienen similitudes con las habidas en contra de teorías de

²⁸² Entre ellos, se considera la magnitud de la infracción que determinó la invalidez del acto de investigación, el resultado obtenido inmediatamente de él, traducido en el conocimiento de elementos probatorios y el grado de relevancia de éste vinculado a la prueba derivada.

²⁸³ Aquí, se examina la magnitud de la vulneración en atención a las necesidades esenciales de tutela que el propio derecho exige.

²⁸⁴ ARMENTA DEU, T. (2014) *Estudios de Justicia Penal*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Pablo: Marcial Pons, p. 245.

²⁸⁵ FONSECA LUJÁN, R. C. (2016). *Op. Cit.*, p. 45.

“*Inevitable Discovery*” o “*Independent Source*”, cuestión que parece totalmente comprensible, toda vez que esta doctrina española tuvo su fuente de inspiración las limitaciones impuestas por la jurisprudencia norteamericana a la aplicación de la “*exclusionary rule*”. En el país europeo la exclusión probatoria tiene rango de garantía constitucional, si bien, no directamente, pero sí está ligado al derecho de presunción de inocencia (el cual únicamente se puede desvirtuar con la aportación de pruebas legales), lo cual, en principio, lo distancia de su par americano, ya que si bien en Estados Unidos otrora su fundamento era similar, con el tiempo ha mutado más bien a uno de índole pragmática, el llamado “*deterrent effect*”, esto es, el efecto disuasivo, ello quiere decir que la regla de exclusión no será aplicada a menos que sea posible generar disuasión en la obtención de pruebas ilícitas por parte de los agentes policiales.

En la actualidad, la razón de la ser de la regla ha mutado en España, lo que ha sido planteado por el Tribunal Constitucional español, pasando de estar vinculada al derecho de presunción de inocencia a la garantía de contar con un debido proceso, con lo cual se flexibilizó el estándar para aplicar la regla, ya que, si en el proceso se ha observado en su conjunto aquél, se determinará que se ha cumplido con el mentado estándar, y, por ende, no se aplicará la exclusión probatoria.

La doctrina²⁸⁶ ha enumerado algunas consecuencias negativas de esta tendencia, entre las cuales destacan:

- 1) La práctica erradicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado y, desde esta perspectiva, la pérdida de la noción de la naturaleza procesal de la garantía constitucional;

²⁸⁶ ARMENTA DEU, T. (2009) *La prueba ilícita (Un estudio Comparado)*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons. P. 105

- 2) Insuficiencia del argumento conforme al cual los derechos fundamentales no son absolutos;
- 3) La dudosa independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamento;
- 4) Insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales y;
- 5) La indeseable restricción del ámbito enjuiciador del propio Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales en lo relativo a la presunción de inocencia y la inadmisión de prueba ilícita.”

A ellas, se suma el temor a la arbitrariedad o, a lo menos, la disparidad en las resoluciones jurídicas pronunciadas en la materia dada la aplicación del juicio de experiencia que ha de realizarse para establecer la existencia o inexistencia de la conexión de antijuridicidad entre las pruebas ilícitas directas y aquellas derivadas basado en el derecho a un debido proceso con todas las garantías.

Igualmente ocurre con la posible ampliación desmesurada de argumentos que incorpora en su justificación, los que verdaderamente solapan excepciones, entre las cuales se encuentran la buena fe, el vínculo causal atenuado y el descubrimiento inevitable, lo que deriva en la limitación a los efectos directos que se aboga con ella.

Concordamos que, si bien, las expresadas advertencias efectivamente han de ser observadas con la finalidad de evitar una reducción arbitraria de la garantía de inadmisibilidad probatoria, también es cierto como hemos advertido desde un comienzo que los tribunales se han encargado de fijar orientaciones que sirvan para establecer la procedencia o no de la conexión de antijuridicidad, lo

que incluye principalmente al Tribunal Constitucional. Lo mismo, puede decirse de otras excepciones que buscan atenuarla.²⁸⁷

Excepción de fuente independiente

La doctrina de la fuente independiente dio sus primeros pasos hacia su desarrollo en el mismo instante en que la doctrina del fruto del árbol es plasmada por la Suprema Corte de Estados Unidos, el caso “*Silverthorne Lumbre Co. V. United States*”, en el cual los agentes del Gobierno allanaron las oficinas de Frederick W. Silverthorne ante la negativa a acatar las citaciones y una orden de la Corte para confeccionar y presentar libros de contabilidad de la compañía ante el jurado a fin de tenerlos a la vista como prueba en una causa sobre presunta violación de los estatutos americanos por parte de Silverthorne y su padre. Por ello, ambos fueron arrestados, mientras que los representantes del Departamento de Justicia y el mariscal de los Estados Unidos, sin contar con la autorización correspondiente, fueron a la oficina de su compañía e incautaron de todos los libros y documentos que en ella encontraron²⁸⁹ cuestión que vulneró la Cuarta Enmienda de la Constitución Norteamericana. En dicha resolución, se plasman criterios relevantes para la construcción de la “*exclusionary rule*”, en particular, aquellos que tienen que ver con sus alcances, toda vez que, producto de la teoría de “*the fruit of the poisonous tree*” se afincó que, si la fuente de la evidencia se encontrase contaminada, aquellas derivadas, es decir otras evidencias o elementos probatorios, así como las consecuentes pruebas surgidas de ellos, indefectiblemente cargarían con el

²⁸⁹ Cfr. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Traducción propia.

peso del vicio originario. Como es apreciable, esta doctrina se refiere a los alcances de las pruebas obtenidas con infracción a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Justamente, su contrapartida la constituye la fuente independiente. Ella, fue plasmada (junto con la crítica al actuar de los agentes) en el voto del Juez Holmes. Hablamos de contrapartida por cuanto ella es un límite al efecto expansivo de la ilicitud, impidiendo que aquellos elementos probatorios que presenten determinadas características, se vean excluidos inmediatamente una vez presentados como pruebas.

El juez Holmes, afirmó que *“La esencia de una disposición que prohíbe la adquisición de evidencia en una determinada forma (ilegalmente/ en contravención a las enmiendas constitucionales) es que no solo la evidencia así adquirida no se utilizará ante el Tribunal, sino que no se usará en absoluto.”*²⁹⁰

Vale decir, se fija en este caso una conexión o nexo entre la prueba originaria atentatoria de los derechos y la derivada de ella, sea en forma directa o mediata por medio del cual, con la finalidad de resguardar aquellos se excluye esa o esas evidencias. Empero, es el mismo magistrado quien establece un límite o excepción a la aplicación de esta prohibición señalando que: *“Por supuesto, esto no significa que los hechos así obtenidos se tornen sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se obtiene de una fuente independiente, puede probarse como cualquier otro, pero el conocimiento adquirido por el propio error del Gobierno no puede ser utilizado por él en la forma propuesta.”*²⁹¹

Así, a pesar de la existencia de una prueba recabada de forma ilícita, la excepción de la fuente independiente permite que los hechos base del ilícito igualmente sean investigados cuando existieren elementos probatorios provenientes de indagaciones desligadas de aquella que se valió de métodos

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ Cfr. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Traducción propia.

reñidos con los derechos constitucionalmente consagrados. De esta forma, aunque se eliminase el acto viciado, sería posible llegar igualmente a contar con material a fin de fundamentar una formalización y posteriormente acusación respecto de los hechos delictuales.

Cuestión más compleja y polémica donde igualmente fue aplicada la excepción de la fuente independiente, fue la suscitada por el caso "*Murray vs. United States (487 U.S. 533 [1988])*". En él, personal policial se encontraba vigilando a Murray y a otros sospechosos de actividades ilícitas con drogas, cuando observaron a ambos entrando y saliendo de un almacén y, al salir, vieron que el almacén contenía un camión con remolque con un contenedor. Posteriormente, los sujetos entregaron sus vehículos a otros conductores, quienes a su vez fueron seguidos y finalmente arrestados y los vehículos fueron incautados legalmente y se descubrió que contenían marihuana. Estos hechos fueron informados a otros agentes, quienes, posteriormente, entraron a la fuerza en el almacén y observaron numerosos fardos envueltos en arpillera. Los agentes se marcharon sin alterarlos y no regresaron hasta que obtuvieron una orden para registrar el almacén. Al solicitar la orden judicial, no mencionaron el ingreso ni sus hallazgos. Tras obtener la orden, volvieron a entrar al almacén y confiscaron 270 fardos de marihuana y otras pruebas del delito. Con tales evidencias, los acusados fueron condenados por conspiración para poseer y distribuir drogas ilegales. La Corte de Apelaciones, por su parte, confirmó esta decisión, aunque, para efectos de su decisión sobre la cuestión de la supresión de la primera entrada al almacén, esta era ilegal. Finalmente, Murray y los demás recurrieron ante la Corte Suprema, la cual sostuvo que las pruebas que serían excluidas bajo la Cuarta Enmienda son admisibles si provienen de una fuente independiente. Si la policía obtuvo información ilegalmente, pero las

pruebas en cuestión provienen de una fuente no contaminada, aún es admisible. Debido a que los oficiales en este caso obtuvieron una orden legal sin depender de la información que obtuvieron ilegalmente, la evidencia incautada en la entrada autorizada puede considerarse que proviene de una fuente independiente y, por lo tanto, no está sujeta a exclusión.

Si bien, *Murray v. United States* es un caso discutible, concordamos con las palabras de Hairabedián, señalando que esta teoría “[...] se concretiza cuando el acto ilegal o sus consecuencias se puede acceder por medios probatorios legales presentes, con los que no haya conexión con la violación constitucional.”²⁹² Tal vez, deba cuidarse de aplicar esta excepción a casos como *Murray v. United States*, pero, tampoco puede negarse que se evidencia la fuente independiente existente en forma paralela a la acción policial cuestionada, esto es, la información brindada por el primer grupo de policías.

Entonces, la exclusión probatoria no sería aplicable en los casos en que existieren cursos de investigación paralelos, es decir, presentes en un mismo espacio tiempo, los cuales “[...] brinde[n] razonable seguridad o certeza de obtener similar probanza, sin tener por ello que recurrir a métodos indeseables. [... En tales casos] la exclusión no es procedente; la prueba puede ser admitida, valorada y fundar las sentencias.”²⁹³

Estos causes permitirían arribar a la misma conclusión fáctica (y a la jurídica derivada de ella), sin haberse contaminado con el que pecare de ilicitud. El rasgo esencial de ellos, recaería en su independencia y autonomía del acto de investigación que vulneró garantías fundamentales al momento de su ejecución y se tradujo en prueba ilícita. En estas situaciones, es menester que dichas

²⁹² DE JESÚS SANTOS, A. (2015) *La Prueba Ilícita en la Era Digital Enfoque Histórico del Sistema Procesal Penal Dominicano*. Tesis doctoral no publicada. Universidad del País Vasco & Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18479>, p. 310.

²⁹³ LOCKHART, J.F. (2014) La prueba ilícita en el Proceso Penal. *Revista Intercambios*, Año XVI, N° 16, p. 51.

alternativas se hallen en ejecución y, además, sean verificables. Este requisito, implica la exigencia de comprobar que efectivamente: 1) dicha vía investigativa existió y, 2) de ella, se obtuvo información valiosa para llevar a cabo la imputación de un ilícito, pudiendo ser ésta igual a la recabada ilícitamente o, no siéndolo, que permita llegar a la misma conclusión en relación a la ocurrencia de los hechos delictuales.

Otra cuestión destacable en esta materia tiene que ver con la etapa probatoria, en particular, con el ofrecimiento de las pruebas. Al menos han existido dos visiones al respecto. *“Una, es el caso al que se refiere el juez Holmes en Silverthorne, que se produce cuando la Fiscalía cuenta con prueba tanto legal como ilegal y ofrece solo la primera. El otro sentido en el que se emplea esta excepción describe situaciones en las que la acusación presenta todas las pruebas sobre el hecho en particular, incluyendo las contaminadas.”*²⁹⁴

En atención a la realidad nacional, se estima que no existe inconveniente en que las pruebas ofrecidas incluyan tanto las legales como las ilegales, esto, en atención que la defensa debe, precisamente en esta fase (en caso de no haberlo hecho antes, como lo sería frente a una detención ilegal en la cual se hubiera recabado material probatorio), alegar la ilegalidad probatoria y solicitar la aplicación de la regla de exclusión, quedando en manos del juez de garantía realizar una evaluación de ellas, que implicará realizar una distinción entre pruebas a través de un cálculo hipotética el cual pretende establecer si la vía independiente puede o no llevar a la obtención de la prueba cuestionada, para lo cual debe tomar en consideración dos circunstancias *“la primera, que aquella vertiente autónoma de investigación por la cual se puede de todos modos procurar el elemento probatorio, debe estar probada; la segunda, que la*

²⁹⁴ DE JESÚS SANTOS, A. (2015). *Op. Cit.*, p. 312.

*posibilidad de adquirir la prueba por ese medio independiente debe ser cierta y no remota [...]*²⁹⁵, tras lo cual, y en una resolución oral fundada, previa a la dictación del auto de apertura del juicio oral, determinar la exclusión de las probanzas viciadas y la fijación de los medios de prueba de los cuales se valdrá el Ministerio Público. De esta forma, igualmente se protegerá del conocimiento del vicio a los jueces del Tribunal Oral en lo Penal, quienes fallarán en base a la prueba lícita fijada en el auto de apertura.

Otra discusión habida en el seno de esta teoría yace en su naturaleza, es decir, si ha de ser categorizada como una excepción a la regla de exclusión o un límite natural de la misma.

Es posible hablar de ella como excepción, si se tiene presente que tiene como finalidad distinguir entre aquellos elementos probatorios que fueron obtenidos durante una investigación en curso en situaciones de ilegalidad de los que, no obstante la existencia de ésta, no guardan conexión con la actuación ilegal; si bien, a través de ambas se puede arribar a las mismas conclusiones es decir, posibilita que aun suprimiéndose el acto viciado, se puede de igual modo proseguir con la causa. Esto, se torna aún más evidente cuando la fuente independiente surge posteriormente a la diligencia viciada. *“[En] estas situaciones no pueden en rigor negarse el vínculo causal ni, consecuentemente, afirmarse la independencia de la fuente, pero sí es posible encontrar criterios que permitirían [...] negarle relevancia.”*²⁹⁶

Desde la otra mirada, esto es, cuando se la considera como un límite inherente a la aplicación de la regla de exclusión, se sustenta en que no existe una

²⁹⁵ LOCKHART, J.F. (2014). Op. Cit., pp. 51-52.

²⁹⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002). Op. Cit., p. 23.

relación causal antijurídica entre una y otra, siendo el presupuesto necesario para distinguir entre una prueba que es lícita de aquella que no.

Para esta noción, una vez se concluye que no existe conexión ni comunicabilidad entre la prueba viciada y la lícita, nos encontramos frente “a un ámbito exento del [principio de exclusión], toda vez que la prueba en cuestión no está relacionada lógicamente (por derivar de una fuente independiente, “limpia”) con una cierta violación de derechos fundamentales”.²⁹⁷

Esta excepción, o limitación para algunos, a la exclusión probatoria no sólo permite continuar con uno de los causes investigativos ajustados a derecho, evitando sean desechados por la presencia de infracciones en uno de ellos, sino que y, muy trascendentalmente esto permite “[...] asegurar que el ministerio público no sea puesto en peor posición [a la cual se encontraba previamente a la intervención ilegal] sencillamente por razón de una previa actuación estatal ilegal”.²⁹⁸

Este efecto es vital y, también una consecuencia lógica de la independencia y/o autonomía presente en la prueba legal que ya consta en la carpeta investigativa. Decimos vital, por cuanto el trabajo realizado por los agentes de persecución penal no se ve menospreciado y puede ser rescatado aquello que permita fundamentar la teoría del caso con posterioridad. En la práctica, esto agiliza la labor desempeñada por ellos, así como evita que, ante cualquier error o negligencia de una de las partes involucradas, todo lo actuado sea en vano y derive en la imposibilidad de proseguir con la persecución penal.

Esta teoría presenta semejanzas muy marcadas con la que será abordada a continuación, la excepción de los cursos hipotéticos, más conocida como “*inevitable discovery*”, la cual también tiene su origen en la jurisprudencia

²⁹⁷ ARAYA VEGA, A. (s.f) La teoría de los frutos del árbol envenenado. Críticas e interpretación en Costa Rica. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28061-teoria-frutos-del-arbol-envenenado-criticas-e-interpretacion-costa-rica>, pp. 24-25.

²⁹⁸ ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012). *Op. Cit.*, p. 206.

norteamericana. Tanto es así, que no sólo son tratadas de forma conjunta, sino que también han llegado a ser confundidas. Por tal razón es que se hace hincapié en un aspecto previamente abordado, el cual, dice relación con la existencia coetánea de distintas líneas investigativas. En el caso de la fuente independiente, esa simultaneidad es una de sus características fundamentales, lo cual no sucede con el descubrimiento inevitable, como se verá posteriormente.

Críticas a la fuente independiente

Existen variadas objeciones en relación a la excepción de la fuente independiente. Las más generales, dicen relación con el temor a que su aplicación desmedida genere prácticamente la supresión de la regla de exclusión, por cuanto esta excepción es considerada la base de otras, como acontece con los hallazgos inevitables o la conexión de antijuridicidad.

Otras, refiere más bien a las prácticas policiales, ya que, al flexibilizar los parámetros para la procedencia de la fuente independiente, en especial, en aquellos casos en que la prueba supuestamente ilícita es encontrada con posterioridad a la práctica atentatoria de garantías fundamentales, puede generar que *“la policía se [vea] alentada a llevar a cabo en primer lugar investigaciones antijurídicas para obtener información, ya que su antijuridicidad (primaria) se verá saneada mediante la obtención (secundaria) de prueba conforme a derecho.”*²⁹⁹

Finalmente, pero no menos importante, otra cuestión que suscita esta excepción tiene que ver con los fundamentos entregados por los jueces y

²⁹⁹ AMBOS, K. (2013) *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo, nuevos ensayos*. Santiago de Chile: Legal Publishing- Thomson Reuters, p. 267.

tribunales para consolidarla. Teniendo en cuenta que ha sido, al menos en Estados Unidos de América, una creación jurisprudencial y, dadas las particularidades propias de esta teoría, los juicios de experiencia pueden variar y, junto a la falta de parámetros legales regulados, lo que para algunos magistrados pudiera ser una prueba lícita dada su desconexión, para otros podría no serlo.

A pesar de los reparos planteados, se pueden señalar requisitos que, de ser cumplidos, pueden brindar mayor seguridad a la hora de evaluar la aplicación de esta excepción. En lo que refiere al desarrollo de la investigación, el elemento que desee acogerse a ella debe provenir de “[...] *un curso de prueba con suficiente entidad y verosimilitud como para suponer que la prueba cuestionada habría sido adquirida de todas formas, con la simple utilización lógica de dicho camino alternativo o independiente.*”³⁰⁰

En consecuencia, “*es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente; [...] que el elemento probatorio se hubiera conocido [...] a raíz de una vertiente independiente de investigación [...] debe estar comprobada fehacientemente.*”³⁰¹

De esta forma, se evita caer en contravenciones a las objeciones previas, mas, eso no quita que continúen siendo compleja las situaciones de los elementos independientes habidos con posterioridad a la comisión de la ilicitud, por ello, sería recomendable propender a la armonización de criterios jurisprudenciales en esta materia o, que la doctrina pudiera formular criterios orientadores que sean aplicables en la práctica.

³⁰⁰ CARRIÓ, A. D. (2000) *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal* (4a. Ed. Actualizada Y Ampliada). Buenos Aires: Hammurabi, p. 250.

³⁰¹ JAUCHEN, E. M. (2002) *Tratado de la prueba en materia penal*. Talcahuano-Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, pp. 646-647.

Descubrimiento inevitable:

La teoría del descubrimiento inevitable deriva de la excepción de la fuente independiente de la jurisprudencia norteamericana. La Corte Suprema de dicho país la consagró en el caso *Nix v. Williams* en el año 1984.

Tras entregarse³⁰², Williams contactó a un abogado de Des Moines, quien se comunicó con otro en Davenport para que se reuniera con Williams. La policía de Des Moines informó al abogado que recogerían a Williams en Davenport y lo trasladarían a dicho lugar. Durante el viaje, uno de ellos, el detective Leaming, inició una conversación con Williams, apelando a su buena voluntad, informándole que habría una nevazón, lo cual dificultaría la búsqueda y, siendo él el único que sabía dónde estaba Pamela, podrían detenerse a medio camino antes de arribar a destino y localizar en conjunto el cuerpo. Leaming concluyó la conversación diciendo: "No quiero que me respondas ... solo piensa en eso ...".

Más tarde, Leaming y su grupo se unieron a los oficiales a cargo de la búsqueda. Cuando se acercaron a Mitchellville, Williams, sin más conversación, acordó dirigir a los oficiales al cuerpo de la menor. Los oficiales que dirigían la

³⁰² Cfr. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984). Traducción y síntesis propia.

Los hechos de la causa acontecen el 24 de diciembre de 1968, cuando Pamela Powers, de 10 años, desapareció de un edificio ubicado en Des Moines, Iowa, donde se encontraba acompañando a sus padres para ver un evento deportivo. Poco después de su desaparición, Williams fue visto saliendo del lugar, llevando un gran bulto envuelto en una manta; un niño de 14 años que había ayudado a Williams a abrir la puerta de su auto informó que había visto "dos piernas adentro que eran delgadas y blancas". El auto de Williams fue encontrado al día siguiente a 160 millas al este del lugar. Posteriormente, se hallaron varias prendas de vestir de la niña y algunas de Williams, al igual que una manta del ejército como aquella usada para envolver el bulto que se le vio cargar Williams anteriormente cerca de Grinnell. Con estos antecedentes se emitió una orden de arresto contra Williams. La policía, en base a los antecedentes que disponía, supuso que Williams había dejado a la pequeña o a su cuerpo en algún lugar entre Des Moines y Grinnell. El 26 de diciembre, se inició la búsqueda de la niña, disponiendo de 200 voluntarios distribuidos según el sector asignado a indagar. La búsqueda abarcó parte de los condados de Grinnell, Poweshiek y Jasper. Se ordenó revisar todas las carreteras, edificios agrícolas abandonados, zanjas, alcantarillas y cualquier otro lugar en el que pudiera ocultarse el cuerpo de un niño pequeño. En tanto, Williams se entregó a la policía en Davenport, donde fue procesado inmediatamente.

búsqueda la habían suspendido a las 3 de la tarde. Sin embargo, uno de los equipos se encontraba cerca del límite de los condados de Jasper y de Polk, ubicándose a solo dos millas y media de donde Williams pronto los guió junto Leaming y su grupo al cuerpo. Éste, fue encontrado junto a una alcantarilla en una zanja al lado de un camino de ripio en el condado de Polk, estando dentro del área de búsqueda.

Con estos antecedentes y los estudios forenses realizados, en febrero de 1969, Williams fue acusado de asesinato en primer grado. Sin embargo, su abogado intentó suprimir la evidencia del cuerpo y toda la derivada del mismo argumentando en su moción que ésta era el "fruto" de las declaraciones de Williams hechas durante su traslado y motivadas por las palabras de Leaming. La moción fue denegada. El jurado encontró a Williams culpable de asesinato en primer grado, siendo dicha sentencia confirmada por la Corte Suprema de Iowa.

Así fue que, no obstante la interposición de una serie de recursos por parte de la defensa de Williams tratando de anular dicha sentencia fundándose en que las pruebas obtenidas en su contra habían atentado contra la Sexta Enmienda de la Constitución americana, es decir, el derecho a la asistencia de un abogado, lo cual debía vincularse a las declaraciones autoincriminatorias obtenidas por el detective, éstos fueron infructuosos³⁰³.

El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, fue el que finalmente dirimió el asunto, revocando la resolución 461 U.S. 956 (1983), del cual, podemos extraer lo siguiente:

³⁰³ Salvo en tres ocasiones. Williams interpuso en primer lugar un habeas corpus que fue acogido y posteriormente ratificado por la Corte de Apelaciones del distrito de Iowa. Luego, en penúltima instancia, apeló ante la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito y ésta revocó la decisión previa (que había rechazado nuevamente un habeas corpus en su favor) en el año 1983.

- 1) La doctrina de la fuente independiente permite la admisión de evidencia que ha sido descubierta por medios totalmente independientes de cualquier violación constitucional demostrándonos que el interés de la sociedad en disuadir la conducta policial ilegal y el interés público de que los jurados reciban todas las pruebas probatorias de un delito se equilibran adecuadamente al poner a la policía en la misma posición, no peor, que tendrían en el caso de no haber ocurrido el error policial o mala conducta, idéntica función tiene como objeto la doctrina del descubrimiento inevitable. Si bien, ambas están vinculadas, la fuente independiente no se aplica aquí ya que declaraciones obtenidas ilegalmente efectivamente llevaron a la policía al cuerpo de la menor.
- 2) Así, la existencia de prueba obtenida ilícitamente, no se traduce *ipso facto* en el término de la investigación. Si la fiscalía puede establecer por preponderancia de la evidencia que la información finalmente o inevitablemente habría sido descubierta por medios legales, entonces la justificación de la aplicación de la exclusión probatoria tendría poca base.
- 3) Además, queda en evidencia que los grupos de búsqueda se estaban acercando a la ubicación real del cuerpo, lo cual, llevó al convencimiento de los Ministros de la Corte que si los equipos voluntarios hubieran reanudado la búsqueda y Williams no hubiera intervenido, el cuerpo inevitablemente habría sido encontrado.
- 4) Finalmente, los argumentos de Williams no demuestran que los hechos materiales se desarrollaron inadecuadamente o que se le negó una oportunidad plena, justa y adecuada para presentar todos los hechos relevantes en la audiencia de supresión.³⁰⁵

³⁰⁵ Cfr. Nix v. Williams, 467 U.S. 445.

Como puede apreciarse, si bien, dada la declaración obtenida ilegalmente de Robert Williams por el detective Leaming, pudo determinarse con exactitud el lugar donde se encontraba el cuerpo de Pamela Powers, en paralelo se ejecutaba una operación rastrollo que comprendía territorios de los condados de Poweshiek, Jasper y Polk, la cual se suspendió a causa del apoyo comprometido en la búsqueda por el propio Williams, diligencia que de haber continuado su curso, se encontraba sólo a dos millas y media del cuerpo.

Así, gracias a la actual ejecución de esa operación, los sentenciadores pudieron proyectar que el cuerpo sería inevitablemente descubierto, hubiere existido o no la intervención del acusado en ello. Así, la alta probabilidad del hallazgo de la evidencia como consecuencia de los actos de investigación llevados a cabo, fue uno de los elementos determinantes para que los jurisconsultos establecieran que, a pesar de la actuación ilegal, que transgredió la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana, se permitiera igualmente la incorporación del material probatorio resultante de la diligencia de búsqueda del cuerpo. La declaración de Williams, fue, no obstante, eliminada.

Si bien, es efectivo que el descubrimiento inevitable deriva de la fuente independiente, asimilándose únicamente en su finalidad, siendo ésta el evitar que la acusación quede en una peor posición a la que hubiera tenido de no haberse cometido el actuar ilegal, la última requiere que, previamente al acto ilícito existan cursos paralelos y desligados de aquél que permitan extraer elementos probatorios que posteriormente apoyarán la formalización del imputado, mientras que, en la primera, al momento de acontecer la infracción, existe únicamente un proceso de investigación el que muy probablemente llegue a obtener tan relevante información para una causa.

Ahora bien, esta excepción a la exclusión probatoria tampoco avala el azar

como su fundamento último. En ella se exige la inevitabilidad como piedra angular para su aplicación, lo que se traduce en la imposibilidad de especulación. En consecuencia, “[si] se puede explicar convincentemente que el medio de prueba también habría sido obtenido por otro camino (acorde al derecho), falta la causalidad entre la medida de investigación antijurídica y la obtención secundaria de la prueba, ya que aquella no es justamente una *condictio sine qua non* [...] de ésta.”³⁰⁶

A contrario sensu, “[una] solución intermedia excluye tal investigación hipotética cuando una obtención legítima de la prueba no resulte muy probable, considerando las investigaciones anteriores.”³⁰⁷

En sus orígenes, el fundamento de la “*exclusionary rule*” norteamericana, yacía en la protección a los derechos humanos consagrados en su Carta Fundamental, conocidos por el nombre de Enmiendas. Mas, éste fue cambiando, como reflejo de las transformaciones propias de la sociedad. Por regla general, ella evoluciona a mayor velocidad que el Derecho y, junto a este fenómeno, también se vio modificado el actuar de los infractores de ley.

Ante un panorama en el cual la sociedad, muy a diferencia de las leyes, cambia a ritmos vertiginosos y, junto a ella, el actuar de los infractores de ley, los tribunales tendieron a oscilar entre la preservación del garantismo más puro, hasta los sistemas inquisidores más inflexibles.³⁰⁸ En un primer tiempo, la regla

³⁰⁶ AMBOS, K. (2013). *Op. Cit.*, p. 269.

³⁰⁷ JÄGER, Christian. (2003) *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Fabián J. Di Placido, p. 103.

³⁰⁸ Para quien escribe, ambos sistemas son cuestionables. En aquellos de corte garantista, los derechos de los imputados y acusados muchas veces sobrepasan a los de las víctimas y testigos, recayendo sobre ellos muchas más cargas con las cuales lidiar dentro de los procedimientos. Por otro lado, los inquisitivos pecan de suprimir casi absolutamente los derechos de los delincuentes, tornándolos meros objetos y limitando la capacidad de accionar de todos los intervinientes a causa del secreto de actuaciones y decisiones.

de exclusión fue aplicada de manera casi sagrada por los jueces, hasta que apreciaron que sus resoluciones, en más de una ocasión, dejaban en libertad individuos que, de no ser por un error en la etapa de investigación y, dada la gravedad de sus crímenes, debieron haber sido condenados. De este cuestionamiento, surgieron excepciones como la que se está analizando, mas, se reitera que, ello no significa libre albedrío en su ejercicio. Cada una de éstas, ha de sujetarse a criterios orientadores y es deber de los jueces corroborar su cumplimiento. Así, una sentencia que haya excluido prueba sin contar con una fundamentación razonable, es igual de criticable que aquella que, ante una manifiesta vulneración de garantías durante una diligencia, haya admitido el material probatorio resultante de ella.

La ponderación entre intereses tan relevantes como los que se encuentran en juego durante la etapa de investigación procesal penal, implicó consecuentemente modificaciones en el entendimiento de la naturaleza de la “*exclusionary rule*”, pasando de ser un elemento protector ante el actuar ilegal de los agentes persecutores frente a los derechos de los individuos, a convertirse en ocasiones casi en una herramienta, que sólo pretenda que la mala conducta policial quede suficientemente disuadida, el llamado “*deterrence effect*”. Ahora bien, no es posible concluir que, hoy por hoy, el dicho efecto sea el único pilar para impetrar esta excepción o las otras, ya que, del análisis realizado, igualmente se observan otros criterios. Si se creyese lo contrario, la jurisprudencia norteamericana, reconocida por su pragmatismo, habría eliminado la “*exclusionary rule*” hace ya tiempo.

Justamente, el que se exijan 1) la inevitabilidad, 2) un acotado margen de tiempo, 3) la seriedad de los indicios y 4) su concordancia en esta teoría, sirve

Así las cosas, estimo es preferible un sistema que equilibre de la mejor forma posible todos los intereses involucrados, de tal forma de asegurar los derechos de los intervinientes y exigir sus deberes en igual proporción.

para apoyar lo recién expresado. A su vez, la jurisprudencia sobre la materia, con el paso del tiempo, ha ido evolucionando y desarrollando otros parámetros a fin de consolidarla. Éstos, apuntan al menos a dos sujetos y sus respectivas acciones, actitudes o argumentaciones. Ellos son: la policía y el Ministerio Público. De la primera se exige que, la actividad realizada y escrutada por supuestamente haber sido ilícita, sea de aquellas que rutinariamente se hubieran llevado a cabo por los agentes, dadas las circunstancias del caso; siguiendo el caso *Nix vs. Williams*, la realización de una operación rastrillo para encontrar un cuerpo en medio de una nevazón sería una actividad habitual. En lo que refiere al Ministerio Público, se le exigirá que en entre los argumentos empleados para impedir que la prueba sea excluida se encuentren: a) la tenencia de pruebas suficientes en su poder al momento de la ocurrencia de la vulneración, b) probar el actuar rutinario de los investigadores y c) que la inminencia y prolijidad habida en las labores de los agentes llevarían forzosamente al descubrimiento de información relevante y pertinente para el caso de forma lícita.

A contrario sensu, en el análisis que los jueces ejecutarán deberán tener en consideración que ante el incumplimiento de estos criterios deberán denegar la aplicación de la excepción. Así, por ejemplo, habría de excluirse la prueba ilícita si: a) el actuar de las policías hubiera sido con la mera intencionalidad de acelerar la investigación, b) si la tesis presentada por el Ministerio Fiscal no presenta una base real, como aconteció con los casos *United States vs. Feldhacker* (1988) y *United States vs. Allen* (2007) o, c) se encontraren ante la inexistencia de diligencias que estuvieren en curso al momento de acontecer la ilicitud.

Las pautas brindadas por el Tribunal Supremo de Puerto Rico³⁰⁹ para la determinación de la aplicabilidad o no de la teoría del descubrimiento inevitable, igualmente resultan ilustradoras, algunas de las cuales ya han sido enunciadas:

- a) *“Que ya al tiempo de la transgresión, el Gobierno se encontrare ejecutando una investigación legal que seguramente hubiera producido la misma evidencia que fue obtenida como fruto de la intervención ilegal.*
- b) *Que la investigación estuviere siendo conducida por agentes distintos a los que cometieron la actuación ilegalidad*
- c) *Que se logre demostrar que la evidencia seguramente hubiese sido obtenida posteriormente en virtud de algún procedimiento estandarizado o rutinario.”*

Criticas al descubrimiento inevitable

Esta excepción plantea igualmente muchas interrogantes y dudas tanto para jueces, los litigantes y la doctrina, cuestión que no sólo se advierte en su país de origen, sino que también en otras latitudes.

En general los cuestionamientos se refieren a la poca seguridad jurídica que brinda su aplicación, lo que se suma a la precaria definición de sus contornos, la que suele provocar confusión entre ella y la teoría de la fuente independiente. Cabe recordar que, si bien, podría decirse que el *“inevitable discovery”* proviene de la *“independent source”*, y poseen algunos rasgos similares, como la necesidad de que las autoridades de investigación queden en igual posición a la que tendrían si la vulneración no hubiera sido cometida en caso de que la prueba igualmente habría sido encontrada en ausencia de aquella (su función

³⁰⁹ ALCAIDE, J. M. (2012). *Op. Cit.*, p. 207.

última), o el requisito de preexistencia de un cauce de investigación diverso a el cual se comete la infracción, poseen claras diferencias. En el cauce inconexo, en la fuente independiente es menester que los elementos de prueba hayan sido obtenidos efectivamente, mientras que en el descubrimiento inevitable, sólo existe la posibilidad de dicha adquisición. Por ello, es que se ha advertido que “[...] que la aplicación práctica de esta excepción puede obligar a complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos [...]”³¹⁰, puesto que los jueces deberán realizar una proyección de los avances de las diligencias investigativas que al momento de la ilicitud, con miras a establecer si una de ellas podría haber llegado a obtener el material probatorio que producto de la aplicación de la regla de exclusión se eliminaría o, al menos, que pudiera ser capaz de sustentar la teoría del caso del ente persecutor.

Así, este riesgo puede llevar a plantear que su acogimiento permitiría una condena sin pruebas, basada en meras hipótesis, lo que atentaría contra el principio de inocencia y el derecho a un juicio e investigaciones racionales y justos.

Finalmente, una de las cuestiones más complejas que genera, se refiere a la posibilidad que abre esta excepción de validar actuaciones de la policía que hayan sido ejecutadas sin la autorización correspondiente, pero, en virtud de aquella, se pueda justificar que con los antecedentes habidos por las fuerzas de orden y seguridad se habría obtenido igualmente, “[...] con ello se desbarataría la jurisprudencia tradicional acerca de la exclusión de las pruebas obtenidas en un registro antijurídico y se favorecería a la elusión, por parte de la policía, del requisito de la reserva judicial”.³¹¹

³¹⁰ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2009). *Op. Cit.*, p.157

³¹¹ AMBOS, K. (2013). *Op. Cit.*, p. 270.

Se concuerda con que esta teoría ha de ser escrutada con rigurosidad, teniendo en consideración no sólo los posibles requisitos a exigir, sino que en particular a la comprobación de su efectiva concurrencia. No basta con plantear la posibilidad de la obtención de los elementos de prueba con una diligencia que aún no había sido finalizada cuando ya se había cometido la falta, sino que es menester plantearse lo siguiente “[...] una prueba es sólo utilizable cuando ella, a pesar del comportamiento alternativo del Estado (es decir, suponiendo que éste pudo haber actuado legalmente en la obtención de la prueba), hubiera sido obtenida con un alto grado de probabilidad”³¹². Para ello, será necesaria la existencia de indicios serios y concordantes, que permitan al juzgador establecer la posibilidad real de su obtención, pese a la ilegalidad que le acompaña. Finalmente, debe evitarse que los magistrados la confundan con la doctrina de la fuente independiente, ya que operan a niveles diferentes, si bien su fundamento puede ser similar.

Hallazgos casuales:

Los hallazgos casuales corresponden a una institución existente en nuestro ordenamiento jurídico, la cual, en no pocas ocasiones es erróneamente alegada por la defensa como prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. Para graficar esto, podemos plantear lo siguiente:

“Puede ocurrir [...] que al intervenir judicialmente una comunicación quede patente en ella la comisión de un delito distinto del que motivó la autorización, o que, tras entrar en un domicilio con autorización judicial específica para investigar un determinado delito, aparezcan fuentes de prueba relativas a otro

³¹² JÄGER, Christian (2003). *Op. Cit.*, p. 105.

distinto”.³¹³ Esta ilustración, habitual en la práctica procesal penal, grafica una institución que se encuentra contemplada por nuestro ordenamiento jurídico y que, en no pocas ocasiones es alegada por la defensa como prueba obtenida con infracción a derechos o garantías constitucionales, hablamos de los hallazgos casuales.

Una definición amplia de ellos, los entiende como *“aquel que tiene lugar dentro de un determinado marco de intervención habilitada para distinta finalidad, habilitación que puede ser solamente normativa [...] Nos referimos, por ejemplo, a la norma que permite la entrada domiciliaria en caso de delito flagrante o [...] durante la práctica de un control de alcoholemia*”.³¹⁴ En este caso, podemos advertir que no sólo se contempla su procedencia en las situaciones expresamente regladas con tal finalidad, sino que también en aquellas ocasiones en las cuales las policías pueden actuar de forma autónoma, sin requerir autorización para el ejercicio de sus funciones investigadoras.

Por su parte, una definición más restringida, los comprende como *“[...] la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando [...]”*.³¹⁵ Ella, se refiere tanto a una faz objetiva del hallazgo, como a otra subjetiva. La primera, dice relación con hechos delictivos nuevos y, por tanto, no contemplados en la autorización judicial otorgada para proceder con una

³¹³ DÍAZ CABIALE & MARTÍN MORALES. (2001) *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L, p. 176.

³¹⁴ DÍAZ CABIALE & MARTÍN MORALES (2001). *Op. Cit.*, p. 190.

³¹⁵ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. (2011) Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio). *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 2, p. 4.

diligencia de investigación que pudiera afectar derechos individuales. La segunda, se refiere a sujetos inicialmente no investigados, pero que surgen en el curso de la diligencia llevada a cabo.

De esta definición, pueden extraerse los requisitos generales para estar en presencia de los hallazgos fortuitos o casuales:

- a) Existencia de una investigación previa
- b) Que dicha investigación verse sobre uno o varios sujetos y respecto de uno o varios delitos determinados
- c) Resolución judicial que autorice la ejecución de una diligencia de investigación conforme a lo prescrito por el art. 9 del C.P.P.
- d) Dicha resolución debe individualizar el o los sujetos y el o los tipos penales sometidos al acto investigativo
- e) Descubrimiento inesperado de elementos de prueba o sujetos diversos a los actualmente buscados e indagados y
- f) La ausencia de búsqueda activa por parte de los agentes en relación a estos nuevos hechos y/o sujetos.

Representándose una elevada posibilidad de que este tipo de situaciones puedan ocurrir durante el desarrollo de las actividades investigadoras, es que nuestro legislador reconoció la necesidad de contemplarlos en el Código Procesal Penal. Estos, se encuentran tratados explícitamente al menos en relación a dos diligencias de investigación, la entrada y registro y la interceptación de comunicaciones telefónicas, artículos 215 y 223 inc. 4° y 5° respectivamente; ambas presentan distintas exigencias.

Una importante conclusión de estas normas, refiere una exigencia fundamental que se desprende del tenor de ambos preceptos legales y, en particular del artículo 223 (delitos que merezcan pena de crimen), dice relación con aquellos

descubrimientos que tengan un carácter civil “[...] o administrativo, no podrían ser utilizados válidamente como medios de prueba en [el ámbito procesal penal] por tratarse de medidas intrusivas de excepción que el legislador ha reservado exclusivamente para investigar (algunos) ilícitos penales, ya sea por la gravedad de la pena asignada al delito o por la materia a que están referidos.”³¹⁶ Vale decir, dichos antecedentes no podrán ser empleados para dar inicio a investigaciones en las mentadas sedes jurisdiccionales.

Obstando el caso anterior y, en el evento en que sean cumplidos los requisitos definidos por la ley, no es procedente la aplicación de la regla de exclusión, así como debería ser rechazada la solicitud de la defensa en miras a obtenerla. Esto, porque los hallazgos casuales reglados, se entienden como instituciones totalmente distintas a las excepciones de la regla de exclusión, por cuanto los primeros se enmarcan en un proceso investigativo legítimo, habida la autorización judicial expedida conforme a derecho.

Mas, cabe preguntarse ¿qué ocurre con aquellos casos en los que los hallazgos fortuitos pudieren darse y no se encuentran regulados? Como podría ser la “[...] retención o copia de correspondencia física o electrónica, previa autorización judicial (artículo 218); o en el caso del examen de vestimentas, equipaje o vehículo de un detenido (artículo 89).³¹⁷ ¿En ellos se podrá justificar la aplicación de la regla del artículo 276 inc. 3º? O, al igual que ocurre en las diligencias de entrada y registro e interceptación de comunicaciones telefónicas, ¿podrá ser admisible cumpliendo ciertos requisitos?

Al respecto, hay tres posibles soluciones, la primera, es la total oposición a la admisión de los hallazgos casuales como excepción a la regla de exclusión, la

³¹⁶ 79. IVELIC MANCILLA, A. (2019). *Los hallazgos casuales en las interceptaciones telefónicas. Tesis de Magister*. Disponible en [<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168593>] P. 61-62

³¹⁷ DÍAZ GARCÍA, L. I. (2009). *Op. Cit.*, p. 151.

segunda, trata estos hallazgos como *notitia criminis* y, la tercera, corresponde a las circunstancias de restricción imponderada que afectan los principio de intervención indiciaria y sus restricciones junto al de proporcionalidad. De ellas, desarrollaremos las últimas dos.

a) Hallazgos ocasionales como *notitia criminis*: Por disposición de la ley, ciertos funcionarios poseen la obligación de denunciar una vez llegada a su conocimiento la existencia de un hecho punible, entre los cuales se encuentran la policía, gendarmería, los tribunales con competencia penal, los fiscales, funcionarios públicos y ciertos particulares en determinados casos. Además, el principio de legalidad obliga al Ministerio Público a llevar a cabo la persecución penal de los delitos de acción penal pública una vez tomado el conocimiento de ellos y dirigir su investigación. De esta forma, cuando durante una diligencia se presencie un hallazgo casual, se habrá de proceder como si se tratase de un ilícito diverso al investigado, se abrirá un nuevo expediente y se procederá a recabar la información pertinente y útil con miras al descubrimiento del hecho, la identificación del sujeto y el contexto que le rodee. Así, podrá salvaguardarse la legalidad de las actuaciones de los agentes de persecución penal y sus auxiliares.

b) Hallazgos casuales como restricción imponderada y su relación con la intervención indiciaria y la proporcionalidad: El principio de intervención indiciaria exige la existencia de vestigios de un hecho ilícito que ha sido perpetrado por un sujeto para que una resolución jurisdiccional sea otorgada autorizando la realización de una diligencia. Por su parte, el principio de proporcionalidad, que versa sobre la relación entre la afectación al derecho fundamental (intimidad o inviolabilidad del hogar en

este caso) y la intensidad de la medida, requiere, en su fase *ex ante*, vale decir, al momento de solicitar la autorización que se realice una ponderación en atención a las circunstancias del delito y, durante la realización de la diligencia, si las exigencias efectivamente eran acordes a la gravedad del hecho delictual. A primera vista, estos principios parecerían verse afectados por los hallazgos casuales, toda vez que en el caso del primero es imposible aseverar que el juez previó en su análisis de los indicios que un nuevo hecho ilícito o un nuevo sujeto sería casualmente descubierto. Y en el segundo, en su primera faz, sería igualmente imposible argüir que en el análisis ponderado la autorización para la realización de la diligencia intrusiva hubiere sido concedida para el hallazgo ocasional. Finalmente, en su ejecución, cabría la duda de si la media intrusiva podría haber sido de diversa intensidad a la autorizada para el delito primigenio.

Mas, al igual que sucede en el caso de la doctrina de la ponderación como excepción posible a la aplicación de la exclusión probatoria, es que, encontrándonos ante principios, cabe preguntarse si ¿es posible que estemos ante una atenuación o modulación de los mismos? Primeramente, evitando recurrir a artilugios, es que cabe plantear lo siguiente: el legislador, al momento de prescribir los casos de hallazgos casuales expresamente reglados y otorgar a los jueces la facultad para ponderar en base a los indicios suministrados por quienes llevan a cabo la persecución penal, ¿habría inadvertido, acaso en forma deliberada, que estas diligencias podrían conllevar a la obtención de elementos probatorios ilícitos aun cumpliendo con los requisitos legales?

Estos casos presentan un rasgo común, no se estiman inconstitucionales o vulneratorios de derechos fundamentales, por cuanto el legislador no las obvió sino que otorgó principios que brindan una posible solución, hablamos de la

proporcionalidad y la intervención indiciaria, que aquí podían ser sujetos de atenuación o modulación. Así, se establece que “[...] existen determinados ámbitos de restricción imponderada (principio de proporcionalidad) y de restricción con déficit indiciario (principio de intervención indiciaria) cuya justificación constitucional debe quedar fuera de toda duda. [...] Son [...] modulaciones, que delimitan el contenido de los principios en cuestión.”³¹⁹ Esto, también debe conjugarse con el contexto que rodea a las excepciones a la regla de exclusión ya que, si las normas rigidizaran en extremo el actuar de los agentes policiales durante la investigación, implicaría o la omisión de actuación o la imposibilidad de ejecutarla, lo que inevitablemente llevaría a que los procesos penales presentaran déficits a tal punto que el deber de velar por el cumplimiento de las normas penales sólo sería un anhelo imposible de concretar.

Ahora bien, esta justificación de la restricción de los principios aquí tratados, será válida, y, en consecuencia, carecerá de ilicitud, en la medida en que nos encontremos dentro de los límites de estos fundamentos, en caso de rebasarlos, se faltaría a los fundamentos propios de los hallazgos casuales. Esto, podría ocurrir en los siguientes casos: si “[...] hubo posibilidad de obtener, sin merma de la investigación, la ampliación de la resolución judicial. [...] Cuando no sea necesaria la autorización judicial para la intervención inicial, el criterio de persistencia restrictiva injustificada se predicará igualmente en relación al enunciado normativo de donde nace la habilitación. [...]”³²⁰

Podríamos agregar: si en el contexto investigativo de los hallazgos habidos podrían haber sido recabados por medios menos lesivos, teniendo en vista especialmente el tiempo y recursos para llevarla a efecto.

³¹⁹ DÍAZ CABIALE J. A. & MARTÍN MORALES, R. (2001). *Op. Cit.*, p. 195.

³²⁰ DÍAZ CABIALE J. A. & MARTÍN MORALES, R. (2001). *Op. Cit.*, pp. 196-197.

Concordamos con esta visión para procurar, cumplidos los requisitos pertinentes desde una óptica negativa, la aceptación de hallazgos diversos a los consagrados en nuestra ley, refiéranse ellos como objetos o sujetos de investigación.

Relacionada con los hallazgos ocasionales, encontramos otra doctrina, aunque probablemente sea más flexible que ellos en cuanto a su procedencia. La brinda la jurisprudencia norteamericana, la cual, dio vida a la doctrina del “*plain view*”, esto es a “plena vista”. Si bien, es cierto que la orden de allanamiento ha de ser determinada, en cuanto al lugar y su finalidad, requisito que se encuentra consagrado expresamente en la Cuarta Enmienda, también debe constar en ella la causa probable que brinda el sustento necesario para la solicitud de la diligencia. Cabe señalar que es igualmente posible que durante el ejercicio de la medida surjan evidencias inesperadas, que pueden o no tener conexión con el hecho investigado. Este tipo de casos llevó a que el Máximo Tribunal norteamericano admitiera “[...] *la validez de las probanzas adquiridas durante un allanamiento, aunque los efectos no estén enumerados en la orden judicial respectiva, cuando en oportunidad de su ejecución el funcionario tropieza por accidente con pruebas de un delito, o donde las encuentra a simple vista, ya que en tal caso no necesita desviar la mirada e ignorar lo que evidentemente tiene frente a él.*”³²¹

Esta doctrina, además, validaría secuestros practicados sin orden correspondiente, pero se exige en tal caso, de una parte, que los elementos se encuentren a plena vista, no estén ocultos y, de otra, la razonabilidad del actuar del agente. Con ella, se refiere a que, frente a fuentes probatorias que sean manifiestamente incriminatorias por sí mismas, el comisario debería incautarlas, a menos que prefiriera omitir su acción, transgrediendo sus propios deberes.

³²¹ HAIRABEDIAN, M. (2002). *Op. Cit.*, p. 117.

Finalmente, cabe hacer una precisión en este ámbito, al menos en lo que refiere a los hallazgos ocasionales habidos durante la diligencia de entrada y registro, se ha señalado por la Corte Suprema que éstos no corresponden a una situación de flagrancia. Esto, por el elemento de “sospecha” al cual se refiere el artículo 215 del Código Procesal Penal, que permite el actuar de los policías, el cual, sin duda alguna, conlleva un grado menor conocimiento que el requerido en la flagrancia, “[...] debido a que esta última tiene un elemento distintivo que le imprime una fisonomía que la distingue, ese elemento es la urgencia, entendida como el daño o inminencia de daño para algún bien jurídico lo cual justifica que se pueda reaccionar en el acto recogiendo la evidencia sin orden judicial.”³²² Esta característica que ha de presentar la ejecución del ilícito es la que fundamenta la autonomía de las policías, quienes no necesitan de una orden, sea administrativa o judicial previas para poder ejercer sus facultades.

Así, puede concluirse la relevancia de la decisión sobre aceptar o no los hallazgos casuales que no se encuentran consagrados expresamente en nuestra legislación. Esto, dependerá, como se ha señalado, en primer lugar, de la concepción que de ellos se tenga, es decir, si es amplia o restringida. Luego, de si son consideramos como notitia criminis, una verdadera excepción a la exclusión de pruebas o una situación de restricción imponderada. Con lo aquí expresado, quien suscribe es partidaria de contemplarlos bajo la última categoría, toda vez que, al encontrarse bajo el alero de una actuación legítima, no pueden ser entendidos como una atenuante a la exclusión de pruebas. Tampoco sería conveniente abordarlas como una notitia criminis, dados los costos que dicha opción aparejarían para el sistema procesal y sus actores, no sólo en términos de recursos económicos, sino que humanos.

³²² IVELIC MANCILLA, A. (2019). *Op. Cit.* P 87.

Buena fe del agente:

Al igual que otras excepciones aquí tratadas, la buena fe en el proceder policial es creación de la jurisprudencia norteamericana. Esta excepción apunta en específico a casos en los cuales los agentes han obrado en la creencia positiva de encontrarse habilitados correctamente para actuar, vale decir, en el entendimiento que su proceder o, está avalado por una resolución judicial válida o, en conformidad a lo dispuesto por reglamentos o la ley en el caso de actuaciones autónomas.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el año 1984, destaca el fallo “US vs. León” (468 US 897, 1984).³²³ La causa inicia sus primeros pasos en agosto de 1981, a través de los datos brindados por un informante confidencial dados a un oficial del Departamento de Policía de Burbank respecto de las actividades ilícitas de dos individuos, "Armando" y "Patsy", quienes estaban vendiendo grandes cantidades de cocaína y metaqualona desde su residencia en 620 Price Drive en Burbank Cal. A “Patsy”, además se le había visto realizando ventas de drogas, cuyo rédito almacenaba en una caja de zapatos. Finalmente, aseguró que los sujetos generalmente guardaban sólo pequeñas cantidades de drogas en su residencia y almacenaban el resto en otra ubicación en Burbank.

Sobre la base de esta información, la policía de Burbank inició una investigación exhaustiva en las residencias sindicadas. Constaba en los registros policiales que Armando Sánchez había sido arrestado previamente por posesión de marihuana, y Patsy Stewart no tenía antecedentes penales. Durante el curso de la investigación, también se dio con Ricardo del Castillo, quien llegó en su

³²³ La síntesis del fallo se basa en una traducción propia. Cfr. United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).

vehículo a uno de los domicilios, retirándose del mismo tras un breve tiempo mientras cargaba una pequeña bolsa de papel, igualmente presentaba antecedentes por posesión de marihuana. Con este hallazgo, se extendió la investigación a Alberto León, cuyo número de teléfono fue obtenido a través de los registros de del Castillo. León hace 4 años había sido arrestado por ilícitos vinculados a drogas y había rumores de que estaba muy involucrado en la importación de drogas a este país.

Avanzadas las indagaciones, un informante le había dicho a un oficial de policía de Glendale que León almacenaba una gran cantidad de metaqualona en su residencia ubicada en 716 South Sunset Canyon en Burbank. Las investigaciones arrojaron una gran actividad de personas que transitaban por las residencias mentadas, además de una variedad de actividades relevantes relacionadas con los automóviles de los acusados.

Todo esto llevaó a que el Agente Rombach del Depto. De Policía de Burbank, conocido por su vasta experiencia y destacada trayectoria en la investigación de narcóticos realizara una declaración jurada solicitando una orden de registro para los inmuebles mentados. Se obtuvo con ello una resolución, en apariencia válida, y se ejecutaron los registros, incautándose grandes cantidades de drogas; todo esto permitió la condena de los acusados bajo los cargos de conspiración de posesión y distribución de cocaína.

Los condenados presentaron mociones con la finalidad de suprimir parte de la evidencia que permitió enjuiciarlos, lo que en una primera instancia fue acogido por el Tribunal del Distrito, el que llegó a la conclusión de que la declaración jurada era insuficiente para establecer la causa probable, pero no suprimió todas las pruebas. Por su parte, desestimó la solicitud presentada por el Gobierno en atención a la buena fe demostrada por Rombach, la que si bien fue

reconocida, no impidió que la regla de exclusión fuera aplicada. Esta alegación arribó a la Corte de Apelaciones, la que, en un fallo dividido, expresó que la inexistencia de la causa probable para solicitar la autorización del allanamiento se debió a la obsolescencia de la información suministrada por el informante, además que tampoco se comprobó la credibilidad del mismo. Esta cuestión fue relevante sobre todo para el acusado León, del cual los antecedentes eran aún más difusos. Finalmente, la Corte Suprema, revocó el fallo de la Corte de Apelación, ya que, en virtud de la Cuarta Enmienda estimó que *“la regla de exclusión puede modificarse de alguna manera sin poner en peligro su capacidad para realizar sus funciones previstas”*.³²⁴ Alegó que los costos sociales que ella genera han sido una preocupación constante, *“particularmente cuando los agentes de la ley han actuado de buena fe objetiva o sus transgresiones han sido menores, la magnitud del beneficio otorgado a los acusados culpables ofende conceptos básicos del sistema de justicia penal.”*³²⁵

Ante las dudas habidas en relación a la autorización extendida por el juez de instancia, expresó su deferencia en base a que la función de aquel era ser neutral y que la regla de exclusión no había sido creada con el objeto de reglar su actividad, sino que la de los policías. De este modo, concluyó que no era posible para un agente cuestionar el juicio emitido por un magistrado dado en la emisión de una autorización, restándole solamente cumplir con lo mandado en ella, por lo que, penalizarlo, no contribuiría a disuadir su actuar, toda vez que el error se generó por el magistrado y no nació del agente.

Otro fallo emblemático, fue el caso *Arizona v. Evans (1995)*. En él, a diferencia de *US. Vs. León*, La Corte Suprema extendió el alcance de la buena fe a un caso en el cual siquiera existía una orden de detención. El oficial, Bryan

³²⁴ Cfr. *United States v. Leon*, 468 U.S. 905 (1984)

³²⁵ Cfr. *Ibid.*

Sargent, durante un procedimiento de control vehicular, detuvo a Isaac Evans quien manejaba en sentido contrario, al entregar su licencia al oficial, éste advirtió la existencia de una supuesta orden de detención pendiente, por lo cual procedió a arrestarlo. En este procedimiento además recabó evidencia ligada al porte de estupefacientes. Tras la detención, se le informó a los agentes que producto de un error de la Oficina de la Secretaría del Tribunal, figuraba la supuesta orden de arresto como pendiente de ejecución. Evans interpuso una moción para invalidar la incautación de la droga, la cual en primera instancia fue concedida. Mas, la Corte de Apelaciones de Arizona revocó dicha sentencia, argumentando *“que propósito de la norma de exclusión no se cumpliría excluyendo las pruebas obtenidas debido a un error de los empleados que no están directamente asociados con los oficiales que lo arrestaron o su departamento de policía.”*³²⁷ Sin embargo, la Corte Suprema de Arizona nuevamente revirtió la decisión, señalando que no cabe hacer distinción alguna entre los errores cometidos por los agentes de policía y los empleados de la Corte, siendo necesaria la aplicación de la regla de exclusión para mejorar la eficiencia del sistema de justicia criminal. Así, frente a ella, al menos existen 2 visiones, una, que efectivamente excusa el actuar del agente policial cuando cumple con una orden judicial (o administrativa proveniente del persecutor), si por su contenido llegase a cometer un error. La otra, se torna más exigente en cuanto a sus requisitos, ya que siquiera supone que no existió orden previa a la acción del agente.

Ahora bien, en relación a los alcances de esta excepción, cabe destacar que no sólo es aplicable a las pruebas derivadas, como acontece con las teorías de la fuente independiente o del descubrimiento inevitable, sino que justamente puede validar pruebas directamente ilícitas. Esto, debido a que si en el actuar

³²⁷ Cfr. Arizona v. Evans, 514 US 1 (1995)

de los policías se busca comprobar por medios objetivos su convicción de estar actuando conforme a derecho, lo que supone que el medio probatorio ilícito fue recabado sin dolo de por medio y, bajo el entendido de estar actuando conforme a derecho, por ende, “[...] puede ser valorado ya que el efecto disuasivo que contiene la regla de exclusiones probatorias [...], no puede reputarse a alguien que [ha actuado] de buena fe, debido a que su intención [no era atentar contra aquellas garantías.”³²⁸. En consecuencia, la regla de exclusión sería inaplicable, por cuanto, de un lado, no cumpliría con su principal objetivo, el *deterrent effect* que se le atribuye actualmente en el sistema norteamericano y, de otro, la falta de negligencia o actuar arbitrario de los agentes en su proceder. Si hacemos nuevamente un parangón con el Derecho penal, podríamos decir que no ha habido ni dolo ni intención en la vulneración de la garantía constitucional, por lo que si bien esta aparece lesionada, la verdad es que no existe un actuar antijurídico.

Vinculado a este punto, en “*León vs. US*”, se determina que la regla de exclusión no regirá dada la concurrencia de un requisito particular, esto es, que el policía para encontrarse bajo el amparo de esta excepción, sea de aquellos con los conocimientos, entrenamiento y prácticas necesarios para el ejercicio de sus funciones, es decir, un oficial razonablemente bien entrenado, haya creído que la orden emitida era válida. De esto, “[...] se desprende que la excepción de buena fe [...], no atiende a la creencia concreta del oficial involucrado, sino que se funda en un examen “objetivo” (normativo) a partir de la figura ideal de un “oficial razonablemente bien entrenado”.³²⁹

³²⁸ ARAYA VEGA, A. (s.f). Op. Cit., P. 25.

³²⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002). Op. Cit., p.18.

La Corte, además, expresó una serie de casos en los cuales dicho oficial debería advertir la invalidez de la orden y, en consecuencia, dudar de ella, entre ellos se encuentran:

- a) En circunstancias de que el magistrado haya dictado la resolución mientras haya sido inducido a error por la información suministrada por un deponente que sabía o debía saber era falsa, excepto por su atrevido desprecio a la verdad.
- b) Si el magistrado hubiera actuado sin apego a la neutralidad e independencia que le son exigidas en atención a su cargo.
- c) Cuando el agente se encuentre ante una orden basada en una declaración privada casi totalmente de indicios de causa probable haciendo irrazonable que aquella hubiere siquiera sido emitida y,
- d) Si en atención a las circunstancias particulares del caso, la orden se advierta tan patentemente deficiente que los agentes no puedan presumir su validez.

Estas definiciones brindan ciertos criterios orientadores para determinar cuándo no es posible ni razonable el uso de esta excepción para morigerar la regla de exclusión. Como puede observarse, si un agente cayese en alguna de estas situaciones, difícilmente podría justificarse su actuar.

De esto, se desprende que *“the good faith exception”* se basa principalmente en la noción de error, entendiéndolo como un concepto equivocado o un juicio falso, como podría ser el caso de que *“la policía escucha gritos de auxilio en el interior de una casa e ingresa sin orden, encontrándose con una fiesta en la que se consumía droga y los gritos eran proferidos en broma”*.³³⁰ Mas, este error debe ser debe cumplir igualmente una serie de requisitos. En primer término, no

³³⁰ HAIRABEDIAN, M. (2002). *Op. Cit.*, p. 79.

debe existir intencionalidad en la ejecución de la medida intrusiva, vale decir, no debe siquiera representarse el agente la posibilidad de vulnerar garantías aseguradas a los ciudadanos, menos puede sostenerse la existencia de negligencia o deliberación, en esos casos, dejaríamos de estar en presencia de un mero error. Por otro lado, no será admisible cualquier tipo de error, toda vez que éste deberá ser invencible, de un lado, ello implica que dicho error no hubiera sido provocado por él, sino que proviniese de un tercero, lo que se vincula a la necesidad de que nos encontremos en presencia de un policía bien entrenado. Si según su estatuto jurídico personal, que exige responsabilidad, integridad y razonabilidad en su actuar y estando ante una resolución judicial viciada, no advierte dicha situación por un error no imputable, cabría efectivamente la procedencia de la buena fe como atenuante a la exclusión de pruebas.

Críticas a la teoría de la buena fe del agente:

Esta teoría no se encuentra libre de cuestionamientos, en especial en lo que refiere a la posibilidad real y efectiva de comprobar que el comisario haya cumplido con los requisitos personales y objetivos para conformar la causal.

De otra parte, no sólo se generan dudas en atención a las labores que desempeñan los policías, sino que la buena fe podría impactar derechamente en el cumplimiento de las funciones que la ley y la Constitución han atribuido a fiscales y jueces. Así, en el afán de obtener una autorización para efectuar una actuación intrusiva, podría el ente persecutor recurrir a indicios o antecedentes fabricados, adulterados o falsificados con tal fin o, un magistrado podría, en atención a su enemistad manifiesta extender una orden de detención falsa respecto de un sujeto inocente, existiendo el elevado riesgo que un policía cumpla con aquéllas sin tener conocimiento del torcimiento que ha sufrido la

orden (lo que puede estar justificado). A la inversa, un detective puede alegar buena fe en una situación que claramente escape de dicha calificación, como podría ser el caso en que si bien, hubo un error en la expedición de una autorización, este constaba manifiestamente en la misma y, aun así, procedió a su cumplimiento. En consecuencia, “[...] *el estándar de la buena fe no es una alternativa completa. Las distinciones entre registros de buena y mala fe sería no menos bizantina que la corriente distinción entre registros razonables e irrazonables.*”³³¹ Esto, ya que puede implicar que policías que ejecutan su labor de manera deficiente o, aquellos que tienden a un accionar temerario abusen de ella.

Finalmente, uno de los mayores reparos versa sobre los alcances casi ilimitados de esta excepción, de tal forma en que *“ya no se trata simplemente de limitar o excluir la eficacia refleja de la prueba ilícita, sino que la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales.”*³³²

A pesar de estos cuestionamientos, es una tesis que se estima podría tenerse presente al momento de evaluar la atenuación de la regla, mas, siempre y cuando no sea el único criterio a tener en consideración, justamente en atención a los reparos que genera. El hacerla confluir con otras de las excepciones o sus criterios aquí abordados, permitiría, hasta cierto punto, evitar soslayar los riesgos denunciados. Es por ello que, en más de una oportunidad se ha destacado la importancia de consolidar criterios o directrices a fin de aplicar las doctrinas o principios de atenuación a la exclusión probatoria. Ya sea que la jurisprudencia continúe desarrollándolas o la doctrina contribuya en esto

³³¹ HAIRABEDIAN, M. (2002). *Op. Cit.*, p. 83.

³³² MIRANDA ESTRAMPES, M. (2010) La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>, p. 142.

también. Incluso, podría darse la situación que, con una enmienda legislativa o una nueva reforma, éstas sean consagradas en el propio Código Procesal Penal, con todas las implicancias, positivas y negativas que esto pudiere conllevar. Por lo mismo, la idea medular de este trabajo consiste en un llamado a debatir sobre la atenuación de la regla de exclusión de pruebas en el proceso penal, procurando cimentar criterios con tal finalidad, siempre pensando en hacer coincidir esto no sólo con el modelo de persecución penal al que aspiramos consolidar, sino que, especialmente, el cuidado y promoción de las garantías y derechos fundamentales.

CAPÍTULO V

Resoluciones judiciales y modificaciones legales y su relación con la atenuación de la regla de exclusión

Sistema de recursos y sus principios rectores

Con la reforma procesal penal, no sólo existieron cambios en diversas instituciones existentes o la creación de organismos, como el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los juzgados de garantía o los tribunales orales en lo penal, sino que además, muchas de las competencias que otrora desempeñaban otros actores, igualmente se vieron afectadas, no escapando de ello las resoluciones judiciales que emanan de los Tribunales Superiores de Justicia, vale decir, de nuestras Ilustrísimas Cortes de Apelaciones y nuestro máximo órgano jurisdiccional, la Excelentísima Corte Suprema.

El sistema de procedimiento penal inquisitivo, en el cual el recurso de apelación jugaba un rol central en la doble instancia, el cual otorgaba a las Cortes un poder ampliamente revisor del hecho y del derecho, junto a la estricta ritualidad y formalismos existente en la casación, debieron ser sometidos a diversos cambios, por cuanto, con la construcción del nuevo sistema a implementar, saltaban a la vista los posibles conflictos a suscitarse entre los medios de impugnación existentes y los principios informadores de aquél.

En dicho sistema, *“el recurso aparecía concebido claramente como una instancia de control de las decisiones de los tribunales inferiores más que como un derecho [...] [L]a posibilidad de revisión de las resoluciones de los tribunales inferiores procedía no sólo a solicitud de cualquiera de las partes, sino también en ciertos casos operaba de oficio [...]”*³³³. De esta forma, la jerarquía piramidal existente entre los tribunales influía de sobre manera en los medios de impugnación, permitiendo que el poder jurisdiccional del tribunal inferior fuera devuelto al superior y con ello, el ejercicio de una amplia facultad revisora, abarcando sentencias definitivas y resoluciones dictadas por el juez del crimen en la etapa de sumario.

Dada la necesidad de armonizar nuestros medios de impugnación con las bases del nuevo sistema y consolidar sus principios, surgieron 4 medidas que en su conjunto permitieron arribar a un régimen de recursos acorde a los nuevos tiempos, aunque no estuvo exento de críticas.

La primera, se refiere a la limitación de la frecuencia con la cual los intervinientes hoy pueden impetrar los recursos o, los tribunales superiores de justicia actúen de oficio. De este modo, se eliminó la consulta, por medio de la cual, otrora se permitía a las Cortes la revisión de oficio de ciertas resoluciones

³³³ HORVITZ LENNON, M. I. & LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p .349.

judiciales, incluso, en situaciones en las cuales las partes no hubieran recurrido por sí mismos. Esto, ha significado que los intervinientes cobrarán un rol más activo, promovieran sus intereses y además asumieran la carga procesal de entablar los recursos procedentes en aquellas ocasiones que las resoluciones jurisdiccionales les causaran agravio.

Por otra parte, efectivamente se redujo la posibilidad de recurrir, de tal manera que no todas las resoluciones serán susceptibles de impugnación o, de serlo, procederán en casos excepcionales. Lo anterior, impactó especialmente en el recurso de apelación, el cual no podrá ser entablado en contra de sentencias definitivas ni otras resoluciones provenientes de los tribunales orales en lo penal.

Dada esta reducción de la procedencia en la apelación, la doble instancia desapareció como mecanismo de control de la sentencia definitiva. Esto se justificó en base a los principios de inmediación, oralidad y contradictorio existentes en el nuevo proceso. Debe señalarse que, la apelación desde la óptica del procedimiento penal previo a la reforma conllevaba la revisión íntegra de las resoluciones dictadas por tribunales inferiores, tanto en el hecho como en el derecho, lo cual se realizaba únicamente en base al estudio del expediente elevado sin mayor intervención de las partes, lo cual, contraviene la esencia de la reforma procesal penal, no siendo compatible la doble instancia con ella, ya que una nueva sentencia emanada de un tribunal que no apreció la prueba directamente pierde absoluta legitimación en ella y, además, conllevaría a la pérdida de la centralidad del juicio oral como garantía angular del acusado.

Con ello, surge una nueva medida, la exigencia de la llamada, doble conformidad judicial o regla de la doble conforme, ella *“supone [...] que la condena debe ser capaz de subsistir el reexamen en un nuevo juicio, si se*

cumplen los requisitos que habilitan la revisión".³³⁴ En nuestro actual sistema, está consagrada a través del recurso de nulidad, el cual tiene por objeto revocar la sentencia dictada por el tribunal oral en lo penal a la vez que invalida el juicio llevado ante él o, solamente anular la sentencia, cuando, durante el procedimiento o en la dictación de la sentencia se hubiere cometido una infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales o consagradas en los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encontraren vigentes o, cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una aplicación errada del derecho que afectare sustancialmente lo dispositivo del fallo o se encontrare en alguno de los motivos absolutos de nulidad contemplados por el legislador.

En penúltimo lugar, cabe abordar uno de los principales requisitos para que los intervinientes, en especial los fiscales, puedan promover el recurso en contra de las sentencias absolutorias³³⁵. El agravio respecto de él, se entiende configurado *"cuando no fueren acogidas sus peticiones de cualquier manera, sea en la calificación del delito, en la extensión de la pena o en el grado de participación que le haya cabido al imputado, es decir, tanto si la sentencia concede menos como si concede más de lo que el fiscal hubiere pedido"*.³³⁶

Mas, la posibilidad de impugnar sentencias absolutorias no es un tema pacífico en la doctrina, expresándose por algunos que, en virtud del principio de *non bis in ídem* no es admisible que el ente persecutor pueda impetrar recurso alguno en contra de dichas sentencias, toda vez que la doble conformidad sería un derecho propio del condenado, en miras a que los órganos jurisdiccionales corroboren la legitimidad de dicha resolución previamente a su ejecución. Así,

³³⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. La apelación en el nuevo Proceso Penal frente al Derecho Constitucional al Debido Proceso. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, vol. 67, p. 153.

³³⁵ Cabe recordar que el enfoque, tanto del recurso de apelación como el de nulidad apunta principalmente a la materia en estudio.

³³⁶ HORVITZ LENNON, M. I. & LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p. 361.

para este sector, en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las convenciones que versan sobre ellos, “[...] *conceden especialmente al imputado un recurso contra la condena penal, ante un tribunal idóneo para eliminarla o revocarla, de modo tal que, si quien sufre la condena lo desea y expone motivos de injusticia -formales o materiales- serios y plausibles, que condujeron a su condena, alcanza la posibilidad de un nuevo examen del caso con relación al motivo de injusticia denunciado [...]*”³³⁷. No concordamos esta visión, porque su aplicación acarrearía privar, no sólo al persecutor, sino que a la víctima y al querellante del derecho a impugnar aquella resolución judicial que le cause agravio. Cabe recordar que en nuestro sistema, aquél no siempre habilitará esta posibilidad, sino que, en algunos casos, los intervinientes contarán con una carga extra, esto es, la preparación del recurso. Así las cosas, no cabe razonablemente comprender porque la doble conforme beneficiaría únicamente al condenado, siendo además, la visión nuestra, de toda justicia en virtud de los actuales principios del proceso penal.

A diferencia de lo señalado en el punto previo, la última corrección formulada al régimen de recursos se refiere a la prohibición de la *reformatio in peius*, la cual impide que el tribunal *ad quem* al cual le corresponda realizar la revisión de la resolución judicial del tribunal a quo pueda modificarla de tal forma que irroque un perjuicio al imputado con ello. Esta prohibición se alza así como una garantía exclusiva del acusado, limitando a los tribunales superiores de justicia a pronunciarse únicamente sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, no pudiendo promover de oficio otras, ni pudiendo ir más allá de lo solicitado. Ahora bien, “*Esta regla reconoce la [siguiente excepción...]: si sólo uno de varios imputados por el mismo delito entabla el recurso contra la resolución, la decisión favorable que se dicte aprovecha a los demás, a menos que los*

³³⁷ MAIER, J. B. J (2003). *Op. Cit.*, p. 254.

*fundamentos sean exclusivamente personales del recurrente (ej.: minoría de edad), debiendo el tribunal declararlo así expresamente.*³³⁸ Por medio de este principio, de un lado, se asegura que los intervinientes afectados no se abstengan de interponer este recurso, toda vez que su fallo no conllevará sanciones más severas. De otro, en virtud del principio de economía procesal, se permite que la judicatura pueda ampliar de oficio el beneficio de una decisión favorable a otros intervinientes.

Como fue enunciado, en principio estos cambios lo que en no pocas ocasiones provocó fieros reparos. Dentro de ellos, encontramos al profesor Miguel Ángel Fernández, quien fundamentó su rechazo a las restricciones sufridas por el recurso de apelación argumentando una posible afectación del debido proceso. En sus palabras “[...] *provoca dudas de constitucionalidad, ya que se trata de una normativa que limita severamente la procedencia del recurso de apelación, sobre todo, si es que se llegara a considerar que todo lo actuado [...] por un tribunal debe ser susceptible de revisión por otro como regla del respeto al debido proceso*”.³³⁹ Lo que podría significar una transgresión a nuestras normas constitucionales. Además, advirtió que esta modificación lesionaría gravemente el deber de los magistrados y Ministros de asegurar un procedimiento racional y justo como mandata la ley. En consecuencia, su temor residió en que la ausencia de un recurso procesal de carácter general y ordinario, a través del cual se pudiera revisar las decisiones de los tribunales inferiores de manera íntegra, podría privar de su núcleo esencial a la garantía del debido proceso y sus elementos integradores.

A pesar de estas apreciaciones, igualmente se optó por limitar la procedencia de la apelación y, brindar como solución la creación de un nuevo recurso, capaz

³³⁸ CHAHUÁN SARRÁS, S. I. (2009). *Op. Cit.*, p. 148.

³³⁹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. A. *Op. Cit.*, p. 158.

de conciliar los principios del nuevo sistema procesal penal con la posibilidad de recurrir las resoluciones de sentencia definitiva, el de nulidad.

Recurso de Apelación

Uno de los recursos más afectados con las modificaciones introducidas al régimen de impugnación de nuestro sistema procesal penal, fue el de apelación, el cual constituye *“el acto jurídico procesal del interviniente agraviado con la dictación de una resolución judicial , por medio del cual solicita al Tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al Tribunal superior jerárquico, con el objeto de que éste la enmiende con arreglo a derecho, en los casos expresamente previstos en la ley.”*³⁴¹

Es menester recordar que la facultad de recurrir por este medio ha sido acotada, no sólo en el entendimiento en que es procedente en cuanto a determinadas resoluciones y, además se niega absolutamente su procedencia respecto de aquellas dictadas por el tribunal oral en lo penal. Esto, fue consecuencia de la necesidad de armonizar los recursos con los principios de inmediación, oralidad y economía procesal, que son las bases del sistema procesal penal actual. Si la doble instancia hubiere sido aceptada, considerando aquellos y el estándar requerido para juzgar al acusado, se habría provocado como grave efecto la obligación de repetir todo el juicio, pero, esta vez ante la Corte de Apelación, lo cual significaría una absurda duplicación de funciones, teniendo en consideración el grado de especialización exigido a los jueces con competencia procesal penal, como también a la eficiencia del sistema.

³⁴¹ MATURANA MIQUEL, C. & MONTERO LÓPEZ, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 1202.

Mas, aquél no es el cambio más profundo al cual fue sometido, sino que se le privó de su amplitud característica, no pudiendo ya imponerse de todas las cuestiones de hecho y derecho del proceso habidas en primera instancia. Esto, dada la imposibilidad de conciliar los rasgos de la apelación en su concepción original como acto jurídico del tribunal en el marco del sistema inquisitivo, arraigado en la valoración del expediente y no de un juicio oral como piedra angular del nuevo proceso, basado en principios totalmente distintos, los cuales no tendrían cabida en aquélla.

En consecuencia, las resoluciones recurribles por esta vía serán las señaladas en el artículo 370 del CPP: a) las que pusieran término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por más de treinta días y b) cuando la ley lo señalare expresamente. Dentro de aquellos casos de la letra b) se encuentra aquel de nuestro interés, vale decir el artículo 277 del mismo cuerpo legal que reza:

“El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos.”

Esta norma presenta las siguientes particularidades, en primer lugar, sólo posee legitimación activa para entablarlo el Ministerio Público, excluyéndose a los demás intervinientes; en segundo lugar, podría señalarse que se define el agravio que sufre el órgano persecutor, configurándose a causa de la exclusión de la prueba de cargo ofrecida por él en la acusación y corroborada en la audiencia de preparación de juicio oral y, por último, a diferencia de la regla general por la cual este recurso sólo se concede en el efecto devolutivo, es decir, que el tribunal *ad quem* pasará a conocer y revisar la resolución del a

quo, mas, sin suspender la ejecución de ella, en nuestra materia, el recurso será concedido en ambos efectos. Esto quiere decir que, además del efecto ya mencionado, se suspenderán las consecuencias derivadas de la resolución primigenia hasta fallarse la impugnación. Además de esta excepción, existen otras dos que cabe mencionar, siendo, 1) cuando se trata de la apelación de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado y, 2) cuando se trata de la apelación de una sentencia definitiva condenatoria, en los casos en que la ley admite este recurso en contra de sentencias definitivas. Finalmente, en los casos de la regla general, igualmente será procedente la solicitud por parte de los intervinientes de dictar orden de no innovar en la causa, lo cual debe requerirse al tribunal de alzada, para suspender sus efectos o paralizar su ejecución.

Ahora bien, en cuanto a la apelación que verse sobre exclusión de prueba, tras la dictación del auto de apertura por parte del juez de garantía y, originado el agravio del Ministerio Público a causa de tal supresión provocada por la obtención de material probatorio que trasgrediere garantías fundamentales en su obtención, éste, contará con un plazo corrido de 5 días hábiles desde la notificación de ella para su interposición ante el mismo tribunal, quien, en caso de ser acogido a tramitación, lo deberá elevar a su superior jerárquico con posterioridad, para que él, bajo el mismo supuesto, modifique total o parcialmente dicha resolución a fin de enmendar el agravio infringido. Tendrá que cumplir con las formalidades del artículo 367 del CPP para tales efectos, vale decir, presentarlo *“por escrito, con indicación de sus fundamentos y de las peticiones concretas que se formularen”*.

En términos generales, tras su presentación, el recurso pasará por una doble tramitación, la primera de ellas, tiene lugar ante el tribunal a quo, el juez de garantía que dictó el auto de apertura en este caso y, la segunda, serán ante el

tribunal *ad quem*, es decir, la Corte de Apelación que sería su superior jerárquico según lo dispone el artículo 63 N° 3 b) del COT.

El procedimiento en primera instancia se dividirá en tres fases iniciando con el examen de admisibilidad, en él se comprobará si es procedente respecto de la resolución en contra de la cual se entabla, si fue interpuesto dentro de plazo, si contiene los fundamentos de hecho y derecho y las peticiones concretas en las cuales se basa. En caso de concederse, deberá expresarse el efecto, que en este caso será tanto en suspensivo como devolutivo. Tras ello, sea acogido a tramitación o no, se procederá a su notificación, que por regla general se realiza por el estado diario, salvo al Ministerio Público, al que se notifica en sus oficinas (ella constituye el primer elemento del emplazamiento en segunda instancia) y, de ser admitido, se procederá a la remisión del proceso al Tribunal de alzada.

Por su parte, el procedimiento ante la Corte de Apelaciones comprenderá la certificación del ingreso del expediente del secretario (ésta constituye el segundo elemento del emplazamiento en segunda instancia) que se realiza a través del estampe en él de un certificado que acredita su fecha de ingreso al Tribunal; además, deberá asignarle un número de ROL e incluirla en el libro de ingresos. Posteriormente, la Corte deberá revisar en cuenta el cabal cumplimiento de los mismos requisitos analizados por el tribunal *a quo*, con la finalidad de declarar su admisibilidad o inadmisibilidad, de esta forma, se dictará la primera resolución en la segunda instancia; en el primer caso, se fijará el día y hora para el conocimiento y resolución del recurso por la Corte, en el segundo, se dispondrá de la devolución del proceso para el cumplimiento del fallo. Tras la admisibilidad, se pasará al complejo trámite de la vista de la causa, que inicia con la notificación de la resolución recién señalada y terminará con los alegatos de los intervinientes. Tras la instalación del Tribunal, es decir, la fijación por el Presidente de la Corte de los funcionarios que integrarán la sala

que verá la apelación, se procederá con el anuncio que da inicio a la audiencia, escuchándose inmediatamente los alegatos, de tal forma y, como lo prescriben los incisos 3° a 4° del artículo 358: “[...] se otorgará la palabra a el o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formularen. Luego se permitirá intervenir a los recurridos y finalmente se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin de que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate.

En cualquier momento del debate, cualquier miembro del tribunal podrá formular preguntas a los representantes de las partes o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.”

Y, finalmente, luego de oírlos, la Corte deberá dictar sentencia inmediatamente o, de no ser posible, lo hará en un día y hora que informará a los intervinientes en la misma audiencia. En consecuencia, lo normal será que el recurso termine con el fallo que verse sobre él, sea que modifique total o parcialmente, revoque o confirme la resolución recurrida, empero, existen otros medios anormales de término, como el desistimiento y el abandono, entre otros.

Ejemplos de sentencias que acogen excepciones a la regla de exclusión

A fin de demostrar de un modo práctico cómo algunas de las excepciones a la exclusión probatoria son esgrimidas por nuestra jurisprudencia, se han plasmado en el presente apartado extractos de sentencias de nuestras Cortes de Apelaciones y sus respectivas conclusiones. Gracias a ellos, podremos

ilustrar la aplicación de las teorías de atenuación frente a la supresión de pruebas realizada por jueces de garantía en el auto de apertura que en el capítulo previo fueron abordadas.

a) C. Santiago. 20 octubre 2010. Rol N° 1970/2010^{342/343}

“Considerando Octavo: Que [...] en el derecho chileno es aplicable mediante el principio de la proporcionalidad la restricción de los derechos de las personas como fundamento de actuaciones tendientes a la averiguación de los delitos. La elección de la entidad y el grado en que pueden restringirse los derechos deben ser coherentes con el hecho a esclarecer. De esta manera el principio de proporcionalidad constituye un elemento del sistema normativo relevante en el derecho procesal penal. En el particular ámbito de la prueba ilícita, podría justificar ciertos casos de excepción a la regla de exclusión. Es decir, en virtud del principio de proporcionalidad podrían admitirse pruebas ilícitamente obtenidas, siempre que se trate de afectaciones donde se esté en presencia de delitos graves y donde el bien jurídico protegido implique manifiesta relevancia social.”

“Considerando Noveno: la obtención de la prueba testimonial de A.V.M., si bien pudiera pensarse que su exclusión obedece a la necesidad de haberse vulnerado la garantía³⁴⁵ [...] no resulta pertinente al respecto, ya que si bien aparece primariamente violentada, en los hechos no sucedió de esa manera, puesto que el propio imputado aceptó prestar declaración en forma voluntaria, además leyéndosele en dos oportunidades sus derechos, [...] motivo que lleva

³⁴² Delito: S/I.

³⁴³ Excepción a la regla de exclusión: Principio de proporcionalidad.

³⁴⁵ La exclusión de prueba en la causa se vio motivada por una aparente infracción del derecho a guardar silencio del acusado o en consentir a prestar declaración o a no hacerlo bajo juramento. Desde la óptica de la fiscalía, el único fundamento razonable fue el haberse verificado la diligencia cuestionada sin la presencia del abogado defensor.

*a concluir que no ha existido afectación de derechos y garantías del imputado como se pretende.*³⁴⁶

b) C. San Miguel. 2 abril 2013. Rol N° 334/2013^{347/348}

“Considerando Tercero: Que, conforme a la doctrina penal sobre el descubrimiento inevitable, el Órgano Judicial se enfrenta a la necesidad de realizar un juicio de valor, y a su vez de probabilidad, sobre si el resultado obtenido, mediante supuestas transgresiones de garantías fundamentales, podría haberse obtenido igualmente de haber obrado el funcionario público responsable con una mayor diligencia en el respeto de los derechos fundamentales en conflicto. Este juicio de valor debe superar el nivel de la mera probabilidad, hablando en términos de posibilidad, hasta llegar al nivel de la certidumbre jurídica, pues no debe olvidarse que la función de tal teoría [...] es la convicción de que el resultado, la evidencia, habría podido obtenerse de haberse obrado lícitamente, la que permite excepcionar la regla de exclusión. Los límites son la prohibición de actuaciones dolosas, atajos [...] y en segundo lugar la línea de actuación investigadora previa a la transgresión del derecho que hubiere llevado al mismo resultado, evitando así que las transgresiones de

³⁴⁶ Otra fallo sobre que esgrimió este principio, fue dictado por la C. Concepción. 31 diciembre 2015. Rol N° 987, de 31 de Diciembre de 2015. Su “Considerando Octavo rezó: “[...]que en el derecho chileno es aplicable mediante el principio de la proporcionalidad [...] la restricción de los derechos de las personas como fundamento de actuaciones tendientes a la averiguación de los delitos graves y donde el bien jurídico protegido implique manifiesta relevancia social. La elección de la entidad y el grado en que pueden restringirse los derechos debe ser coherentes con el hecho a esclarecer (artículo 180 del Código Procesal Penal). De esta manera el principio de proporcionalidad constituye un elemento del sistema normativo relevante en el derecho procesal penal.”

³⁴⁷ Delito: Uso malicioso de instrumento mercantil falsificado.

³⁴⁸ Excepción a la regla de exclusión: Descubrimiento inevitable.

derechos se conviertan en el punto de arranque de la labor investigadora [...] Su aplicación se hace depender de una actitud por parte del funcionario o autoridad judicial que haga presumir una conducta regida por el principio de la buena fe, la creencia de estar obrando dentro de los márgenes de la licitud.”

“Considerando Quinto: Que de haberse recabado la autorización judicial³⁴⁹ para efectuar el peritaje los resultados habría sido los mismos a los cuales llegaron los referidos informes excluidos por el Juez de Garantía.

En efecto, [...] la falta de autorización del Juez de garantía para efectuar los peritajes caligráficos no transforma la prueba en ilícita ni configura la causal de exclusión, toda vez que el delito pesquisado es de aquellos cuya prueba de cargo solo puede ser obtenida mediante peritajes caligráficos de los imputados no siendo la infracción denunciada, falta de autorización judicial para periciar una firma, de relevancia legal o constitucional.”

c) C. Rancagua. 5 diciembre 2014. Rol N° 593/2014^{350/351}

“Considerando Segundo: Respecto de [la fuente independiente], se ha reconocido, que no puede ser excluida como prueba ilícita, aquélla que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, simplemente, porque en ese caso la referida prueba no sería un "fruto" de la ilicitud. Los casos más claros, son aquéllos, donde la prueba se ha obtenido con anterioridad al actuar ilegal; pero es posible aún, que ella se obtenga con posterioridad a la actuación ilegal.”

³⁴⁹ La apelación se fundó a causa de la exclusión acogida por el juez de garantía ante las alegaciones de la defensa por vulneración de garantías e infracción al procedimiento previsto en los arts. 203, 195 y 9 del C.P.P, en particular, la ausencia de la autorización contemplada en el último artículo.

³⁵⁰ Delito: S/I

³⁵¹ Excepción a la regla de exclusión: Fuente independiente.

“Considerando Cuarto: [...] La falta de registro³⁵² a la que se ha hecho alusión, si bien reprochable, no es de la entidad que permita configurar por ella misma una infracción de garantías en contra de los acusados, pues dicha actuación constituye el inicio de la investigación [...] lo que no impide que los antecedentes sean completados a lo largo de la investigación, como en el hecho ha ocurrido.”

“Considerando Quinto: [...] Es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. La ilegalidad alcanza a toda prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original. Pero es discutible aquello que debe entenderse por "fruto" de la ilicitud. [...]ya que] 'la protección de las garantías fundamentales a través de la exclusión de la prueba obtenida con su infracción obliga sólo a impedir el aprovechamiento de la misma, pero no a sacralizar los hechos investigados, de suerte que éstos pueden ser legítimamente investigados y probados por otros medios, con tal que no representen aprovechamiento de la ilicitud, condición para cuyo examen deben valorarse razonablemente las circunstancias concretas y no sólo la posibilidad abstracta y genérica de un tal aprovechamiento. En otras palabras, debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación.'”

³⁵² Tras la exclusión acogida por la defensa, la cual se fundó en la declaración ilegal de la detención además de datos erróneas señalados en el parte policial.

d) C. San Miguel. 6 julio 2015. Rol N° 1059/2015³⁵³/³⁵⁴

“Considerando Quinto: Que la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido que la protección de garantías fundamentales en el ámbito de la obtención de pruebas debe ser equiparada a otros principios, como el de proporcionalidad, trascendencia, existencia de los fines de la administración de justicia y de ciertas facultades procesales de intervención en los derechos de las personas. [...] Tal es así que nuestro más alto tribunal ha reconocido esos principios que constituyen excepción a la exclusión de prueba ilícita para evitar una utilización absoluta de dichas exclusiones. Tal es el caso de los denominados “descubrimientos inminentes o casuales”, en que se permite la incorporación de prueba eventualmente derivada de otra, aún contaminada inicialmente y en que está en juego la buena fe y precisamente la proporcionalidad y trascendencia.”

“Considerando Séptimo: Que de este modo la supuesta afectación de garantías³⁵⁵ que se reprocha existir en las actuaciones de procedimiento que privaron a los imputados o terceros de derechos que la Constitución Política de la República consagra, o los restringieron o perturbaron, evidentemente pierde substancialidad o relevancia, en tanto se actuó con aquiescencia judicial en la pesquisa sobre la base de existir acontecimientos que constituirían crímenes, o se derivaron casualmente de éstos. E., puede decirse con acierto que se ajustaron adecuadamente en los parámetros que se contienen en el artículo

³⁵³ Delitos: Cohecho y violación de secreto y divulgación de información, delitos informáticos de la Ley 19.223.

³⁵⁴ Excepción a la regla de exclusión: Hallazgos casuales.

³⁵⁵ La motivación de la exclusión fue la ejecución de diligencias de interceptación de comunicaciones telefónicas realizadas con inobservancia de garantías fundamentales ya que no se cumplían los fines ni los requisitos exigidos para ella en la norma, esto es, el art. 222 del C.P.P. ya que ellas se sustentaron en delitos de la ley 20.000, mas, en la presente casa ellos no se persiguen, sino que su fundamento se encuentra en causa anterior.

222 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 9 del Código Procesal Penal.”

e) C. Concepción. 2 julio 2016. Rol N° 488/2016^{358/359}

“Considerando Séptimo: Que, la divergencia se construye sobre la base del artículo 85 del Código Procesal Penal, concretamente, establecer si se reunían los requisitos del control de identidad y sobre la legalidad del allanamiento del vehículo y especies de las acusadas [...] Sin embargo al proscribir la incorporación de la prueba ha desconocido la existencia de circunstancias de exclusión como lo es el denominado de la fuente independiente; [...]”

“Considerando Noveno: Así, la doctrina de la fuente independiente explica que no todos los antecedentes pueden necesariamente quedar excluidos si aparecen contaminados con la ilicitud, al responder al cuestionamiento referido³⁶⁰ a que no toda la evidencia emana de la ilegalidad, así en caso del presente juicio, el descubrimiento del traslado de droga respecto a las acusadas tiene medios absolutamente distinguibles distintos de la vigilancia del vehículo y su conductor.”

Considerando Décimo: Que, de lo anteriormente expresado surge prístina la conclusión que para realizar el control de identidad en relación al conductor del

³⁵⁸ Delito: Tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3 de la L. 20.000.)

³⁵⁹ Excepción a la regla de exclusión: Fuente independiente y descubrimiento inevitable.

³⁶⁰ La motivación para excluir las pruebas recayó en una supuesta inobservancia al cumplimiento de los requisitos para la ejecución del control de identidad contemplados en el art. 85 del C.P.P., en particular el que sólo se puede realizar si en base a la percepción, indicios y experiencia de los agentes policiales se percatasen que una persona estuviera aprestándose a cometer, ha cometido o hubiere cometido ya un ilícito. Así, las policías no sólo requirieron la identificación y documentos del vehículo respecto del conductor, sino que se detuvo a los demás ocupantes y se allanaron sus vestimentas. Por su parte, la fiscalía señaló que se tomó conocimiento sobre el traslado de la droga por parte de un denunciante, lo cual efectivamente permitiría proceder por el art. 85.

taxi abordado [...] había indicios concretos bastando para acreditarlos la sola presencia del vehículo en el lugar y hora sobre la que se tenía información, lo que elimina la acción de la policía como acto caprichoso y arbitrario. [...] Por otra parte, atendido el progreso de la investigación, lo obrado por la policía, la existencia de un vehículo utilizado en la realización del ilícito, el descubrimiento del tráfico se tornó inevitable, pues, dichos antecedentes la dirigían hacia el mismo resultado por la vía de evidencias lícitas.”

f) C. Antofagasta. 27 febrero 2018. Rol N° 71/2018³⁶¹/³⁶²

“Considerando Quinto: Se indica por los policías que de modo espontáneo los imputados afirmaron que mantenían droga en su domicilio. No existe elemento alguno para sostener que dicha información fue requerida por los agentes³⁶³ [...] Así, frente a meras manifestaciones intempestivas, en que de modo genérico se realizan afirmaciones inculpatorias pero que por su brevedad impiden a la policía reconducirlas hacia una declaración con las formalidades legales, no cabe hablar de vulneración de garantías del imputado en la medida que no se le fuerza a declarar ni se aprovecha que lo realice fuera del contexto previsto para ello [...].

Luego, así como la legitimidad del sistema impone la exclusión en el caso de una efectiva vulneración de garantías, la exclusión de prueba por meras suposiciones, pruritos procesales o rigorismos formales vacuos, también la afecta pues impacta en una cuestión fundamental para el sistema de

³⁶¹ Delito: Tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3 de la L. 20.000.)

³⁶² Excepción a la regla de exclusión: Descubrimiento inevitable.

³⁶³ El tribunal a quo acogió la solicitud de exclusión de prueba por parte de la defensa que fue fundada en una supuesta vulneración a la prohibición de autoincriminación. Esto, en contexto de indagaciones producto de un delito de receptación, lo cual, derivó en las declaraciones espontáneas de los imputados sobre otro delito, esto es, tráfico ilícito de estupefacientes.

persecución penal: la confiabilidad que la ciudadanía debe tener en el mismo [...]

Corolario de lo señalado, la exclusión supone una afectación de garantías en su esencia y, además, debe encontrarse plenamente demostrada.”

“Considerando Sexto: Que aun cuando se estimara que existe una vulneración de garantías en la obtención de la prueba, de todas formas debería revocarse la resolución recurrida pues, como fuere, debía aceptar la alegación de inevitabilidad del descubrimiento. [...] En términos generales, esta doctrina postula la improcedencia de la exclusión probatoria en aquellos casos en que el curso normal de las actividades de investigación, pero ciertamente hipotético, dan cuenta que la prueba ilícita hubiera sido de todas formas obtenidas, aún sin la concurrencia de la ilicitud de base que se alega.

En el caso que nos ocupa, luego, debería determinarse si prescindiendo del reconocimiento de los acusados, la policía de igual forma hubiere encontrado la droga incautada. Para ello debe indicarse que el tribunal, al decidir sobre la exclusión, indicó que la autorización dada por el imputado [...] para el registro del predio, incluía también la de las piezas o casa donde se encontró la droga.

Si ello es así, y consecuentemente, los policías estaban autorizados para registrar la casa, la única conclusión posible es que necesariamente encontrarían la droga incautada y más aún cuando se trataba de plantas cultivadas bajo techo y otra serie de paquetes y bolsas que por su ubicación y dimensiones necesariamente debieron ser advertidos en el registro.

Si se estima que el vehículo receptado ya había sido encontrado, debe recordarse que esta diligencia, conforme a lo previsto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, tiene lugar cuando se presumiere que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investiguen, se encontraren en un determinado edificio o lugar cerrado, de lo que sigue que, una mínima diligencia

policial, debió llevarlos a registrar el lugar en que fueron detenidos los acusados precisamente en búsqueda de estos medios probatorios distintos de la mera recuperación del efecto del delito.”

g) C. San Miguel. 21 febrero 2018. Rol N°402/2018³⁶⁴

Considerando Segundo: “[...] no debe perderse de vista que una de las excepciones a la prueba ilícita la constituye el principio de buena fe, el que surge evidente en el caso que se analiza, puesto que la determinación de si la anotada bodega tiene o no la calidad de inmueble por adherencia, es una calificación jurídica que pudiera plantearse en otra etapa, pero claramente al haberse informado por los funcionarios que existía la bodega (en el informe que sirvió para pedir la autorización) y de la cual ellos entendieron formar parte de un domicilio, han actuado en consecuencia al acceder al mismo y, por lo tanto, al momento de cumplir la entrada y registro han obrado de buena fe.”

En cuanto a los testigos, recordó que la vulneración por la omisión de su constancia en registro de sus testimonios no constituye un atentado contra un derecho fundamental, sino que recae sobre una base meramente legal.

Así, el Considerando Cuarto rezó: “[...] han suscrito los informes policiales de fechas 23 de febrero y 22 de marzo de 2017, los que se encuentran incorporados a la carpeta de investigación de modo que no se trata de testigos desconocidos o de quienes sea posible afirmar que se ignore -en términos absolutos- aquello sobre lo cual prestarán declaración en juicio. En este escenario, sucede que no existe sorpresa procesal para la defensa que es lo que se ha querido evitar con la obligación de registro.”

Por último, agregó que la defensa no pudo quedar privada de la facultad de contrainterrogar ya que, el artículo 334 del C. P. P., permite expresamente el

³⁶⁴ Delito: Tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3 de la L. 20.000)

uso de un informe policial para el contraste de que trata el artículo 332 de ese mismo cuerpo legal.

De los fallos aquí plasmados, es posible extraer algunas conclusiones. En torno a la teoría de la ponderación o principio de proporcionalidad, la Corte de Apelaciones de Santiago explicita claramente los criterios que permiten su aplicación en el sistema normativo del derecho procesal penal; enuncia por ejemplo, la entidad y grado en que los derechos fundamentales pueden restringirse, la gravedad del delito y si el bien jurídico protegido manifiesta relevancia social, justificando, como hemos señalado en varias oportunidades, excepciones a la exclusión de pruebas. En cuanto a la teoría del hallazgo inevitable, la Corte de Apelaciones de San Miguel es lapidaria, al exigir para su procedencia que el juicio de valor al que ha de someter la probabilidad de la obtención del material probatorio, llegue hasta el nivel de certidumbre jurídica, con lo cual, se han de excluir actuaciones dolosas o atajos. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Rancagua, aborda la diferenciación que hay que realizar entre la ilegalidad que atenta contra las garantías y derechos fundamentales de aquella que sólo constituye una infracción de legalidad ordinaria, así como el hecho de que la prueba ilícita no pretende, en caso, alguno, sacralizar los hechos. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción, si bien enuncia, en aparente confusión, la doctrina de la fuente independiente, aplica la de descubrimiento inevitable y, explica los pasos lógicos sobre cómo igualmente la policía podría haber obtenido los mismos resultados siguiendo el curso lícito de actuación. En el último fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, si bien acoge la excepción de la buena fe del agente, se extraña un desarrollo más acabado de la argumentación, en

especial, teniendo presente que, por intermedio de ella, podría incluso incorporar prueba ilícita directa y no sólo derivada.

Así las cosas, si bien, nuestras Cortes de Apelaciones, han adoptado algunas de las excepciones y criterios expuestos en el capítulo previo, aún es posible propender a un mejor desarrollo de los mismos, a fin de que la fundamentación entregada por los Ministros no sea o, una repetición de extractos de sentencias extranjeras o de la propia Corte Suprema, sino que un estudio detallado, con directrices ajustadas a nuestro ordenamiento que permitan a los legos escrutar el análisis desarrollado por ellos en sus resoluciones en estas materias que, de por sí, son complejas y requieren mayor explicación.

Recurso de Nulidad

Producto de las modificaciones sufridas por el recurso de apelación, que eliminó, virtualmente, la existencia de la doble instancia, se tornó indispensable la creación de un nuevo medio de impugnación, con el que pudiera garantizarse el apego a las garantías consagradas por nuestra Carta Fundamental y tratados internacionales, particularmente, el derecho al recurso, como integrante del debido proceso, con el cual se pudiera efectuar una revisión de la sentencia por parte del tribunal superior jerárquico correspondiente, lo cual, debería guardar estricta compatibilidad con los principios del nuevo proceso penal y del estándar de convicción exigido al momento de la dictación del fallo y su fundamentación.

Así, surge el recurso de nulidad, que presenta, entre otros aspectos, una mayor flexibilidad en cuanto a las formalidades requeridas para su ejercicio. Por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre con la casación en sede civil, la nulidad

es un recurso amplio, sin las restricciones propias del formalismo, lo cual, se debe a su adaptación al proceso penal y a sus principios inspiradores. Se caracteriza por poseer dos causales generales, de carácter amplio, encontrándose contempladas en el artículo 374 letras a) y b) y, de causales específicas, de nulidad absoluta, en las cuales el agravio es señalado por ellas mismas.

Es definido como *“el acto jurídico procesal de la parte agraviada, destinado a obtener la invalidación del procedimiento o sólo de la sentencia definitiva pronunciada por un Tribunal de juicio oral, o por el juez de garantía en un procedimiento simplificado o de acción penal privada, de parte del Tribunal superior jerárquico establecido en la ley, basado en las causales genéricas y absolutas que establece el legislador”*³⁶⁷.

Este medio de impugnación presenta 3 finalidades que pueden ser deducidas de las causales que pueden darle origen. La primera y, tal vez, la más relevante para nuestro estudio, deriva de la causal contemplada en el artículo 373 letra a) el cual reza: *“Cuando, en cualquier etapa del procedimiento 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”*. Así, el recurso debe velar porque estos derechos y garantías sean resguardados a lo largo de todo el procedimiento hasta la dictación de la sentencia, evitando así que se vean conculcados en su esencia, puesto que, tal y como se ha sostenido a lo largo del presente, ciertas afectaciones a los mismos son inevitables y necesarias en el proceso penal dada su tarea primordial, la persecución de los hechos ilícitos penales.

³⁶⁷ MATURANA MIQUEL, C. & MONTERO LÓPEZ, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 1218.

La segunda, dice relación con la causal de la letra b) del mismo artículo, el que prescribe: *“Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”* Así, se pretende que los tribunales superiores de justicia cuiden que la ley penal y procesal penal sean aplicadas correctamente, lo que exige la revisión de interpretaciones arbitrarias o equivocaciones que puedan cometer en sus resoluciones de los tribunales inferiores a solicitud de parte. En lo que se refiere a la uniformidad, la causal apunta únicamente a las situaciones en las que la propia Corte Suprema haya resuelto en distintos fallos sobre una materia de manera diversa en atención a la aplicación del Derecho. De gran trascendencia en este punto, es la exigencia de sustancialidad en la influencia que pueda tener en el fallo la errada aplicación del derecho, ya que, de no serlo caben dos posibilidades. De una parte, si existiera una equivocación en su aplicación que no tuviere dicho carácter, la Corte Suprema podrá derivar su conocimiento a la Corte de Apelaciones respectiva o, en caso que siquiera fuera observada aquella infracción, el recurso será rechazado con la justificación pertinente.

El último objetivo del recurso, se encuentra vinculado a los motivos absolutos de nulidad contemplados por el legislador, a través de los cuales, no se les exige a los intervinientes la expresión del agravio sufrido, ya que ha sido él quien lo ha definido expresamente. Éstos, pretenden atacar con una de las sanciones más graves existentes en nuestro ordenamiento jurídico a aquellos procesos y/o sentencias, bastando la mera verificación de alguno o varios de los 6 vicios contemplados en el artículo 374 del C.P.P.

A diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación, el de nulidad sólo procede respecto de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal oral en lo penal o de un juez de garantía que dictare sentencia definitiva en un

procedimiento simplificado. En consecuencia, sólo procederá respecto de dichas resoluciones y los mentados tribunales. Por su parte, el tribunal *ad quem* que conocerá del mismo, será por regla general la Corte de Apelaciones respectiva, vale decir, superior jerárquico del a quo que dictó la sentencia recurrida.

Es, por estas razones, que se le conoce como un medio de impugnación extraordinario en dos sentidos, porque, de una parte, sólo procede contra las resoluciones que expresamente la ley hace recurribles y, de otra, porque existen causales para su procedencia, no bastando el mero agravio para su interposición. Así, en atención a nuestra materia en estudio, la razón que fundamentará su interposición se provocará habitualmente cuando el juez de garantía no hubiere controlado eficazmente la admisibilidad de la prueba, incorporando prueba obtenida con contravención de garantías fundamentales al auto de apertura del juicio oral y, con ello, posibilitando que fuere rendida en el juicio oral, no obstante la alegación oportunamente formulada por la defensa en sentido contrario.

Ahora bien, a fin de ahondar sobre este punto, es menester recordar que nuestro Código Procesal Penal consagra dos requisitos en atención a la procedencia de las causales contempladas en los literales del art. 373, el primero, exige *“En relación a la infracción de garantías, señala que dicha vulneración debe ser sustancial [...]. Por otro lado, cuando se regula la causal basada en la errónea interpretación de normas de derecho producida en el pronunciamiento de la sentencia, el estándar estará dado por la influencia que ese error haya producido en lo dispositivo del fallo.”*³⁶⁸

³⁶⁸ RIEUTORD ALVARADO, A. (2007). *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal* (1a. ed.) Santiago.. Jurídica de Chile. P. 42.

Mas, cabe preguntarse ¿qué ha entendido nuestro más alto Tribunal por estos estándares? Al poco andar de la reforma, la Corte Suprema no formuló una interpretación definitiva, oscilando en su comprensión de la norma, empero, en el año 2005, con el fallo ROL 5960-05, *incorpora al artículo 375³⁶⁹ como depositario del principio de trascendencia, señalando que la infracción de garantías debe efectivamente causar un perjuicio al litigante afectado que produzca en definitiva la ineficacia de la garantía. Es decir, que se exige no sólo que la infracción de garantía se efectivamente verificable, sino que además tal infracción cause un perjuicio constatable que permita establecer que la garantía en cuestión ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su eficacia jurídico-constitucional.*³⁷⁰

Es innegable la importancia de lo resuelto en ella por nuestra más Alto Tribunal ya que brinda un criterio a seguir no sólo para sí misma, sino que especialmente para los tribunales inferiores de justicia, propendiendo a unificar las decisiones a tomar sobre el tema, si bien, en nuestro sistema, sus resoluciones no cuentan con la fuerza de los precedentes que poseen aquellas dictadas en el Common Law, éstas, poseen cierto grado de influencia. En consecuencia, esta infracción debe ser de tal entidad que ocasione un perjuicio a los intervinientes únicamente reparable con la declaración de nulidad y, además, haya impedido o entorpecido las posibilidades de actuación de alguno de ellos, lo cual, no es sino reflejo de la aplicación de las normas de nulidades procesales prescritas por el C.P.P. en sus artículos 159 y ss. Por último, en relación a la otra causal, esto es, la influencia del error en lo dispositivo del fallo, le es totalmente aplicable lo dicho previamente y, añadiendo la exigencia de que las desventajas derivadas de aquél, limiten o impidan obtener una decisión

³⁶⁹ Junto a él, señalamos igualmente el art. 373 letra a), ya que se encuentra al alero de la sustancialidad que debe tener la infracción.

³⁷⁰ RIEUTORD ALVARADO, A. (2007). Op. Cit, p. 43

jurisdiccional favorable a sus intereses, el cual, como base de esta causal, debe ser patente, manifiesto, que fluya del fallo.

En lo que a su tramitación respecta, los Tribunales competentes para conocer de él son las Cortes de Apelaciones respectivas o la Corte Suprema, lo cual dependerá del motivo que se argumente como fundamento. Entonces, nuestro Máximo Tribunal le compete la revisión de la causal genérica de la letra a) del artículo 373 del C.P.P., mientras que los otros casos quedarán sometidos a las Cortes, salvo tres excepciones, la primera, acontecerá cuando el recurso se base en la letra b) de la mentada norma y se solicita el pronunciamiento de la Corte Suprema dada la existencia de diversas interpretaciones sostenidas en fallos distintos emanados de los tribunales superiores. La segunda, ocurrirá en aquellos casos en que un recurso se funde en distintas causales, incluyendo la de la letra a) del 373, a causa de la competencia per saltum, igualmente sería extraída la competencia de las Cortes y, la tercera, tendrá ocasión cuando se interpongan diversos recursos de nulidad en una misma causa y, entre sus razones, se alegue alguna causal que le competa a la Corte Suprema.

Otro requisito esencial de este medio de impugnación, lo constituye su preparación previa para poder ser declarado admisible si la infracción invocada se refiere a una ley que regula el procedimiento. No será necesaria ésta, cuando se trate de una de las causales de nulidad absoluta, cuando la ley no admita recurso alguno contra la resolución a recurrir, cuando el vicio ha tenido lugar en el pronunciamiento de la sentencia o, cuando el interviniente tomó conocimiento del vicio tras la dictación de la sentencia y, en aquellos casos en que fue solicitada la nulidad procesal y el tribunal no acogió la solicitud o lo hizo parcialmente.

El plazo para ser entablado se cuenta dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva y debe formularse por escrito ante el tribunal que ha conocido del juicio oral, debiendo cumplir con los requisitos de todo escrito y, además, los específicos del mismo, estando contemplados en el artículo 378 del C.P.P. Con su interposición, se suspenderán los efectos de la sentencia condenatoria recurrida, esto no ocurrirá, por regla general, en los demás casos, salvo norma expresa en contrario. Con ella, además, se produce la imposibilidad de invocar una nueva causal, en virtud de la caducidad procesal, mas, la Corte, de oficio, podrá considerar y analizar la existencia de motivos absolutos de nulidad en caso de aquel recurso que fue interpuesto en favor del condenado.

Al igual que acontece con el recurso de apelación, previo al estudio del fondo, debe ser analizada su admisibilidad. En el caso del tribunal *a quo*, la inadmisibilidad sólo podrá fundamentarse en causas formales, a saber: a) el haberse deducido contra una resolución que no sea impugnabile por este medio; o b) haberse interpuesto extemporáneamente. En estos casos, se faculta al recurrente a interponer un recurso de reposición dentro de tercero día en contra de la resolución que declaró inadmisibile la nulidad.

Además, dentro de los 5 días contados desde su interposición, las demás partes podrán requerir que se declare su inadmisibilidad, solicitar su adhesión a él o, formular observaciones por escrito. Si el recurso es concedido, el tribunal deberá remitir a la Corte de Apelaciones respectiva o, a la Corte Suprema en su caso, copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia del juicio oral o de las actuaciones determinadas de ella que se impugnan, y del escrito en que se haya interpuesto el recurso.

En cuanto refiere a la tramitación de la admisibilidad ante el tribunal *ad quem*, una vez transcurrido el plazo previo de 5 días y, habiéndose declarado admisible

el recurso por el tribunal inferior, el superior deberá realizar su propio análisis para determinar la admisibilidad del recurso.

Durante esta etapa, la Corte deberá declararlo inadmisibile bajo los siguientes supuestos: a) en caso de que la resolución no sea susceptible de ser impugnada vía nulidad o la interposición de la acción sea extemporánea. B) Si el escrito carece de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas; o c) si el recurso no fue preparado oportunamente, vale decir, el vicio no fue reclamado en las instancias previas pertinentes, salvo las excepciones legales.

Puede acaecer, además, que el recurso haya sido deducido ante la Corte Suprema, pero, ésta no procediere a conocer de su admisibilidad, sino que ordenase que sea remitido junto con los antecedentes pertinentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que ésta, si lo estima admisible, entre a conocerlo y fallarlo, lo que podría ocurrir en tres situaciones:

a) Si el recurso se funda en la causal prevista en el art. 373, letra a) del C.P.P., mas, la Corte Suprema estima que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales prescritas en el art. 374 C.P.P., vale decir, que son constitutivos de alguno de los motivos absolutos de nulidad.

b) Si, respecto del recurso fundado en la causal del art. 373, letra b) del C.P.P., la Corte Suprema estima que no existen diversas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aun existiendo, no sean determinantes para la decisión de la causa; y

c) Si en alguno de los casos previstos en el inciso final del art. 376 C.P.P., es decir, si la impugnación se basa en distintas causales, nuestro Máximo Tribunal estima que concurre respecto de los motivos de nulidad invocados alguna de las situaciones planteadas.

En atención al análisis del fondo del recurso de nulidad, son aplicables las normas del recurso de apelación, abordadas previamente.

Finalmente, en cuanto al fallo del recurso, la Corte tendrá un plazo de 20 días para su dictación contados desde que terminara de conocer del mismo.

Son requisitos de su resolución la exposición de los fundamentos que sirvieron de base a su decisión, el pronunciamiento de las cuestiones controvertidas y la aplicación y/o extensión de la declaración de nulidad, vale decir, si fue acogida o no la solicitud de nulidad y, en caso afirmativo, tendrá dos opciones según lo requerido, de una parte, podrá invalidar solamente la sentencia y, de otra, podrá invalidar la sentencia y, además, el juicio oral.

El primer caso, ocurrirá probablemente en aquellas situaciones contempladas en el artículo 385 del C.P.P., esto es, si en el fallo se hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente corresponde. Bajo éstas, la Corte deberá dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley.

Por el contrario, en cuanto a los casos no contemplados en la mentada norma, el tribunal *ad quem* deberá invalidar tanto el juicio oral como la sentencia y, junto a ello, tendrá que fijar el estado en que quedará el procedimiento y ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Fragmentos de sentencias relevantes de la Corte Suprema en atención a recursos de nulidad interpuestos por la causal genérica de la letra a) del artículo 373.

Al igual que ocurrió con el subcapítulo del recurso de apelación, a fin de facilitar la comprensión sobre cómo es abordada la materia en estudio por la Corte Suprema. Para tal efecto, se procederá a adjuntar extractos de fallos, de los cuales, una parte, referirá a la sustancialidad que debe poseer la infracción para que sólo pueda ser subsanada con la sanción de ineficacia como lo es la nulidad. Posteriormente, se presentará por intermedio de ella que no toda infracción conllevará la declaración de nulidad, en especial, cuando refiere a una irregularidad legal. Finalmente, se acompañan resoluciones de nuestro Máximo Tribunal que acogen algunas de las teorías que atenúan la aplicación de la regla de exclusión.

De la sustancialidad de la ilicitud

Anteriormente, se ha hablado de la relevancia y gravedad que debe manifestar la infracción que hubiese vulnerado las garantías constitucionales del acusado durante cualquier etapa del procedimiento para cumplir con la sustancialidad demandada por el recurso de nulidad en sede penal. Estimamos que idéntica exigencia acontece en atención a las infracciones cometidas durante la etapa de investigación al momento de evaluar la procedencia de la regla de exclusión de prueba, la que, siendo alegada, mas, no hubiere sido acogida durante la audiencia de preparación de juicio oral, habilita a la defensa para posteriormente impetrar el recurso de nulidad por la causal de la letra a) del art. 373. Al respecto, la Corte ha sido clara desde los albores de la reforma en cuanto a que esta sanción de ineficacia, la nulidad de la sentencia, del juicio oral o ambos, debe sostenerse sobre una infracción de carácter sustancial, es decir, trascendente, de mucha importancia o gravedad, como podremos apreciar a continuación.

C. Suprema. 29 octubre 2002. Rol N° 3319/2002

“Considerando Noveno: [...] Esta sanción procesal (la nulidad), constituye una solución de ineficacia de los actos procesales que se han verificado sin cumplir con aquellas formalidades que aseguran el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos. Sin embargo, por la trascendencia de la sanción la ley establece la exigencia que la infracción reclamada sea sustancial, es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso. [...] En estas condiciones³⁷¹, aun aceptando, lo que no está demostrado por quien recurre, que no se observó prolijamente los detalles procesales de la incautación del arma, su cadena de custodia y con el reconocimiento que hizo la víctima respecto del detenido en este procedimiento, el que por lo demás corresponde claramente al de un delito flagrante, lo cierto es que esas probables deficiencias no tienen el carácter de sustanciales que permita a este tribunal disponer la nulidad del juicio y, consecuentemente, de la sentencia en contra de la cual se recurre;”

C. Suprema. 11 abril 2005. Rol N° 91/2005

“Noveno: [...E]s necesario enfatizar que aun aceptando algún grado de extensión indebida de la orden de registro e incautación efectuada por la policía en la investigación desarrollada por los hechos ilícitos por los cuales fue

³⁷¹ Delito: Robo con intimidación con uso de arma de fuego. Los autores fueron observados por la víctima y otro testigo, siendo seguidos por éste, quien dio cuenta de su presencia a Carabineros. Luego de detallar sus características, se produjo la detención de uno de ellos, correspondía a la descripción dada y, en su mochila se encontró el arma que fue usada en el delito.

acusado el recurrente³⁷², es lo cierto que la ley exige, en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, una infracción sustancial de los derechos o garantías, requisito que es propio de toda nulidad en aras del principio de trascendencia que exige un perjuicio que sólo pueda ser reparable con la invalidación del acto, sustancialidad que en el presente caso no se observa, si se considera que la demostración de los hecho ilícitos se basó, según la sentencia en innumerables pruebas, especialmente la testimonial que se describen en las letra a), a la o) del considerando octavo y sólo se refiere dicho fundamento, en la letra p), a las evidencias que se reputan ilícitas, de tal modo , que no se advierte que este solo defecto pueda tener la entidad suficiente, para desvirtuar el peso probatorio de las otras probanzas y que le sirvieron al tribunal para construir su convicción de culpabilidad;”

No toda infracción acarrea la nulidad reclamada

Latamente se ha expresado a lo largo del presente que, para que una vulneración a las garantías fundamentales y, por consiguiente, a los derechos que ellas pretender resguardar, pueda gatillar la aplicación de la regla de exclusión, primero, debemos encontrarnos ante una infracción de ley en la obtención de pruebas y, segundo, que esta transgresión pueda vincularse a tal nivel con una garantía fundamental que pueda decirse que ella misma fue afectada. Sólo si la primera respuesta es afirmativa, podrá plantearse la posibilidad de estar en presencia de prueba ilícita y, por consiguiente, tal vez sea aplicable la exclusión de la misma. Empero, de un lado, no todos los casos de infracciones son claros y, de otro, no toda infracción habida durante la

³⁷² Delitos: Ejercicio ilegal de la profesión de abogado. Durante el cumplimiento de una orden de entrada, registro e incautación por el delito de estafa, la policía realizó el ingreso a un domicilio, en el cual encontró objetos y documentos relacionados a otros hechos que configuraban un delito diverso para el cual se los había autorizado, con lo cual se infringió el derecho de inviolabilidad del hogar y de toda comunicación privada, lo cual, derivó en prueba ilícita.

obtención del material probatorio conllevará inevitablemente su supresión. Esto, porque la nulidad, como sanción de ineficacia de los actos procesales exige en pos del principio de trascendencia, la existencia de una amenaza o la conculcación algún derecho fundamental a tal punto de afectar su esencia. Lo anterior, se funda además en la propia naturaleza del proceso penal, por cuanto en el ejercicio del *ius puniendi* estatal es inevitable que los derechos de las personas se vean afectados en cierto grado.

A continuación, se podrá apreciar cómo no toda infracción implicará que un recurso de nulidad fundado en ella pueda prosperar. Se destacan lo acaecido ante la infracción a la cadena de custodia, escuchas telefónicas obtenidas ilegalmente pero que no tuvieron trascendencia en la condena, el registro de la constancia de una diligencia de entrada y registro, la incautación de material probatoria durante una actuación de entrada y registro y la toma de declaración por medio de delegación.

C. Suprema. 23 agosto 2010. Rol N° 3657/2010 Cadena de custodia.³⁷³

“Considerando Sexto: [...] no basta el mero retardo en el traspaso de la droga, que regula el artículo 41 de la Ley N° 20.000, sino que se requiere generar algún cuestionamiento directo que afecte la identidad e integridad de la evidencia, asunto que no ha ocurrido en la especie, [ya que no se ha] planteado alguna duda sobre el gramaje ni sobre la naturaleza de la misma, ni que haya sido alterada o sustituida, manteniéndose, entonces, indemne.”

“Considerando Octavo: [...] si bien en este caso se ha constatado una irregularidad en el proceso de traspaso de las sustancias incautadas, relativa al plazo, ésta no genera como consecuencia la exclusión de esa evidencia o la ausencia de su valor probatorio ni de las pericias derivadas, pues aquella no

³⁷³ Delito de tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3 de la L. 20.000)

produce forzosamente la falta de certeza sobre cualquier conclusión que pudiera derivarse de la misma.”

“Considerando Décimo: Que, conforme a lo razonado, [...] no generan una infracción al derecho al debido proceso, ni menos sustancial, sino sólo el incumplimiento de una norma legal, cuya inobservancia se encuentra reprimida expresamente por el legislador con una sanción extraprocesal dirigida al funcionario infractor³⁷⁴ [...]”

C. Suprema. 29 junio 2011. Rol N° 3016/2011: Interceptaciones telefónicas.³⁷⁵

“Considerando Cuarto: [...E]s así que las interceptaciones telefónicas de los días seis, siete y trece de julio de dos mil cinco, no tuvieron mérito alguno en la litis para condenar a la enjuiciada, como tampoco para fijar el hecho que se tipificó de tráfico de sustancias estupefacientes, dado que la información lograda de esas escuchas no tiene nada que ver con ese presupuesto fáctico, sino que con otro diverso que no se materializó³⁷⁶ [...] se refieren a circunstancias diferentes de las que se dieron por probadas, lo que pone en evidencia que, de existir la ilegalidad, ella ha carecido de toda trascendencia en lo resuelto.”

³⁷⁴ La Corte Suprema clarifica que la infracción al art. 41 de la Ley 20.000 sólo deriva en una multa a beneficio fiscal en contra del funcionario. Por lo cual, concluye que se estaría frente a una mera ilegalidad que no necesariamente acarrearía “[...] el quebrantamiento de la cadena de custodia entendida ésta como el procedimiento controlado que se aplica a los indicios materiales relacionados con el delito, desde su localización hasta su valoración por los encargados de administrar justicia y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga y así evitar alteraciones, sustituciones, contaminaciones o destrucciones.” (Considerando Sexto.)

³⁷⁵ Delito: Tráfico de estupefacientes (art. 3 L. 20.000)

³⁷⁶ Éste, fue el descarte del uso de una persona como correo humano dado que la hechora había tomado conocimiento de que él había sido descubierto como sospechoso.

“Considerando Sexto: [...Lo anterior...] no modifica la ilegitimidad de su primitivo actuar³⁷⁷, pero tampoco deviene en ilegítimas todas las actuaciones del procedimiento como pretende la defensa, desde que sí hubo un inicio genuino en el procedimiento policial, una denuncia realizada en un procedimiento distinto y con su mérito, igual se habría recibido el consentimiento para la interceptación telefónica de las llamadas que sí tenían valor para el establecimiento del hecho y de la participación de la encartada y que son posteriores al quince de julio de dos mil cinco, es decir, después de la fecha de su otorgamiento por el Juez de Garantía.”

C. Suprema. 18 enero 2012. Rol N° 11508/2011: Registro de actuaciones.³⁷⁸

“Considerando Sexto: Estos antecedentes resultan suficientes, fidedignos y confiables para tener por cierto que la orden de entrada y registro existió efectivamente³⁷⁹: que se dio para el domicilio de Salvador Sanfuentes 10.804, comuna de La Pintana; que fue solicitada por el fiscal Sr. Sambucetti; que fue coordinada para ser cumplida por funcionarios de Carabineros; y que su objetivo era la búsqueda de armas –blancas o de fuego- usadas en un robo con violencia cometido en abril de 2007. Esto es, los funcionarios recuerdan todas las exigencias del artículo 208 del Código Procesal Penal, con excepción de la vigencia exacta de la orden, respecto de lo cual, sólo algunos de los testigos

³⁷⁷ La utilización de la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas sin contar con autorización por parte del juez de garantía.

³⁷⁸ Delito: Tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes (art. 4 L. 20.000)

³⁷⁹ En la causa, era indiscutido que la orden de entrada y registro no se encontraba en la carpeta; igualmente, se sabía que, de haber sido emitida, lo fue para la búsqueda de un arma usada en un robo con violencia y no para la incautación de droga. No obstante lo anterior, La Corte Suprema señala en el Considerando 4, que no existe sanción ante la ausencia de una diligencia en el registro, así como tampoco conforma una garantía constitucional, sólo pudiendo perjudicar al fiscal el no contar con él para efectos de respaldar que ha actuado conforme a la ley. De otro lado, se señala que parte de los funcionarios que intervinieron en la diligencia sí tuvieron a la vista la orden, pudiendo confirmar su contenido y el cumplimiento de sus requisitos formales.

mencionan que se habría obtenido en los días previos a la organización del operativo y a este mismo, pero aquél no es un aspecto medular del reclamo de la defensa.

En consecuencia, por existir antecedentes suficientes para tener por establecido que la orden de entrada y registro al domicilio de la acusada Carmen Ortíz Cisternas existió, a pesar de no haberse incorporado al registro, sea porque se extravió, porque sólo se dejó en la carpeta original –la que había motivado la orden, aquélla por robo con violencia- o por un simple desorden del fiscal, tales circunstancias no califican para tener por configurada una infracción a las garantías constitucionales de la acusada, tanto al debido proceso, como a la inviolabilidad de su hogar.”

C. Suprema. 05 septiembre 2012. Rol N° 5338/2012³⁸⁰ Entrada, registro e incautación.

Considerando Octavo: Que, sin perjuicio de los racionios precedentes³⁸¹, las alegaciones del recurrente a este respecto carecen de trascendencia, pues la petición que encierra la causal es la exclusión de las fotografías de las vestimentas incautadas; empero en el juicio oral declaró también otro de los inculpados y los policías que recibieron la declaración de aquél, quien atribuyó al impugnante intervención en los sucesos, sin perjuicio que en el interior del vehículo en que se movilizaban se encontró la cédula de identidad de Alvarado Guajardo.

Cabe destacar entonces que la prueba aportada al juicio y que condujo al convencimiento del tribunal acerca de los sucesos surge de diversas fuentes,

³⁸⁰ Delito: Robo con intimidación.

³⁸¹ La defensa planteó reparos frente a la facultad de incautación. Se logró corroborar que el acta de la diligencia (entrada, registro e incautación) la tía del recurrente (propietaria del inmueble) efectivamente la había autorizado, así como hecho entrega de los objetos incautados (fotografías que daban cuenta del ilícito).

particularmente testigos, de manera que aun prescindiendo de los elementos de cargo que cuestiona la defensa, los demás antecedentes justificativos de la imputación y la condena resultan suficientes para fundar la decisión alcanzada, de modo que no existe ningún perjuicio o daño sustancial a sus derechos.

No hay controversia en torno a que para la procedencia de este medio de impugnación no sólo se exige que la infracción de garantías sea efectivamente verificable, sino también que la transgresión denunciada cause un perjuicio constatable, que permita concluir que la garantía en cuestión ha sido efectivamente transgredida, perdiendo su esencia jurídico constitucional [...]"

C. Suprema. 130 mayo 2013. Rol N° 4363/2013: Toma de declaración delegada.³⁸²

“Considerando Segundo: [...] En consecuencia, al proceder [la policía] en la forma que se hizo³⁸³, al tomarse declaración al inculpado -que había renunciado a su derecho a guardar silencio y a contar con abogado- sin informar previamente al fiscal ni pedir delegación para su interrogatorio, se ha infringido su derecho legal y constitucional en cuanto a una investigación y un procedimiento racionales y justos.

Sin embargo [...] para que la anotada infracción tenga el mérito de conducir a la invalidación del fallo y del juicio oral, es preciso que aquella infracción haya tenido el carácter de sustancial, lo que no se produjo en la especie.

³⁸² Delito: Homicidio simple.

³⁸³ Confesión del recurrente fue tomada durante el proceso sin mediar presencia del abogado defensor. Esto no constituyó infracción ya que se había leído sus derechos y aun así decidió declarar. La problemática, en cambio, giró en que la toma de su declaración no fue delegada por el fiscal ni tampoco se contó con su presencia, lo cual además no es posible corroborar en documento alguno adjunto.

En efecto, el recurrente admite que los jueces desconocieron mérito a tal declaración del imputado, pero considera que la infracción se produjo igual, porque los juzgadores habrían estado predispuestos a la condena [...] Tales consideraciones no constituyen hechos concretos y efectivos, sino que son sólo suposiciones del recurrente. Los jueces dijeron en el motivo 16º de la sentencia impugnada que no consideraban tal declaración y tuvieron por establecidos tanto el hecho como la participación del acusado con el mérito de otros antecedentes aportados en el juicio.”

Ejemplos de sentencias que rechazan recursos de nulidad interpuestos por la causal genérica del Artículo 373 letra a)

Finalmente, con el objeto de entregar ejemplos útiles para demostrar cómo es analizado y resuelto el recurso de nulidad fundado en la exclusión de pruebas interpuesto por la defensa ante diligencias ejecutadas con (supuesta) inobservancia de garantías fundamentales en virtud del art. 373 letra a) del C.P.P., se adjuntan algunos fallos de la Corte Suprema, en lo que, además, se contempla la procedencia de algunas de las excepciones al art. 276 inc. 3 del mismo cuerpo legal. En especial, se podrá apreciar el curso de la doctrina de la fuente independiente, descubrimiento inevitable, vínculo atenuado, buena fe del agente y ponderación.

a) C. Suprema. 11 diciembre 2007. Rol N° 5435/2007^{384/385}

“Considerando Séptimo: [E]s efectivo [...] que la prueba que deriva de una actuación ilegal es igualmente ilícita, pero es también efectivo que ha de estarse a los fines u objetivos que se han tenido en consideración al proscribir la incorporación de prueba ilícita en juicio y que ha redundado también, en la existencia de excepciones a dicha exclusión. Entre ellas se encuentran, en la doctrina comparada, la de la fuente independiente, la del descubrimiento inevitable y la del principio de conexión atenuada.

Respecto de la primera, se ha reconocido que no puede ser excluida como prueba ilícita, aquélla que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial, simplemente, porque en ese caso la referida prueba no sería un “fruto” de la ilicitud. Los casos más claros, son aquéllos, donde la prueba se ha obtenido con anterioridad al actuar ilegal; pero es posible aún, que ella se obtenga con posterioridad a la actuación ilegal.”

“Considerando Octavo: Sin embargo y tal como quedó asentado en autos, el acusado en una actuación desligada de aquélla³⁸⁶ que tenía por objeto propender a su identificación y sin que la Policía hubiera hecho revisión alguna de su persona o sus vestimentas, procedió a despojarse de una cierta cantidad de droga dosificada en papellillos, que arrojó al piso en presencia de una funcionaria de Carabineros. Esta situación, constituye un hecho flagrante³⁸⁷, que autorizó a la referida funcionaria para actuar dentro de las facultades que los artículos 129 y 130 del Código Procesal le otorgan e imponen [...].”

³⁸⁴ Delito: Tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes. (art. 4 L. 20.000)

³⁸⁵ Excepciones a la regla de exclusión: Fuente Independiente y, tangencialmente, buena fe del agente.

³⁸⁶ En la causa, la primera detención fue declarada ilegal ya que no concurrían los supuestos exigidos por la ley para proceder a realizar el control de identidad y la posterior detención, sólo se había recibido una información anónima de que un sujeto se encontraba deambulando por el sector de manera sospechosa.

³⁸⁷ La Corte Suprema, al respecto, agrega en su Considerando 10 que “pareciera existir actuación de buena fe por parte de los funcionarios aprehensores, y la flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía, cuando el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria [...].”

“Considerando Noveno: [...] Es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. [...] Pero es discutible aquello que debe entenderse por “fruto” de la ilicitud. [...] A ese efecto y como sostiene el profesor Héctor Hernández Basualto en su libro La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, “la protección de las garantías fundamentales a través de la exclusión de la prueba obtenida con su infracción obliga sólo a impedir el aprovechamiento de la misma, pero no a sacralizar los hechos investigados, de suerte que éstos pueden ser legítimamente investigados y probados por otros medios, con tal que no representen aprovechamiento de la ilicitud, condición para cuyo examen deben valorar se razonablemente las circunstancias concretas y no sólo la posibilidad abstracta y genérica de un tal aprovechamiento. En otras palabras, debe establecerse una concreta relación causal entre la ilicitud de base y el material probatorio cuya exclusión se discute y probablemente, además, debe valorarse la calidad de esa relación”.

b) C. Suprema. 25 mayo 2010. Rol N° 1741/2010^{388/389}

Considerando Décimo Quinto: Que, por de pronto, cabe señalar que la decisión cuestionada no asigna a los dichos del agente encubierto [...] el carácter de presunción de derecho, sólo los considera y valora en conjunto con el testimonio [de otros dos detectives], para dar por acreditada, en conjunto con la prueba pericial, documental y la evidencia material de los contenedores de droga, la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. En tal virtud,

³⁸⁸ Delito: Tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3 L. 20.000)

³⁸⁹ Excepciones a la regla de exclusión: Fuente independiente. Tangencialmente, ponderación.

*la impugnación de los recurrentes se aparta notoriamente de la realidad que emana del fallo y por resultar en consecuencia absolutamente infundada, debe ser rechazada.*³⁹⁰

“Considerando Vigésimo Primero: Que la evidencia obtenida como efecto de las diligencias de investigación realizadas el día 19 de febrero de 2009, constituye una prueba lícita, toda vez que el agente encubierto había obtenido la autorización previa del Ministerio Público y los demás agentes actuaron con estricto acatamiento a la ley.”

“Considerando Vigésimo Segundo: Que, en cuanto a las actuaciones del policía Ricardo Rodríguez, con anterioridad a su designación en carácter de agente encubierto [...] debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba, ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales [...] ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención en los derechos de la persona del inculpado o de terceros; [...]

b) Las reglas de exclusión de pruebas no se aplican en forma absoluta y reconocen varios límites, asentados en criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.[...]

³⁹⁰ Los recurrentes denuncian infracción a la garantía de la presunción de inocencia, teniendo como origen el dar por cierto y probado que el funcionario policial encubierto contaba, previo a obtener la autorización del Ministerio Público, con información de que las condenadas se dedicaban a la comercialización de droga, sin que él debiera motivar dichas conductas. Además, se esgrimió la infracción al debido proceso, ya que el mismo funcionario realizó actuaciones ilegales previas a la autorización de agente encubierto como el solicitar droga, efectuando actos propios del agente revelador. Finalmente, la Corte Suprema, en su Considerando Vigésimo Tercero, determina que el agente Ricardo había recibido dichos antecedentes gracias a un informante antes de tomar contacto con las condenadas.

e) se distinguen (en la jurisprudencia norteamericana) tres grupos de excepciones: la doctrina de la fuente independiente; la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada.[...]

f) en la jurisprudencia alemana se ha dado acogida a la excepción fundada en la ponderación de los intereses en conflicto, que se ampara en el principio de proporcionalidad.

En tal virtud, aún en el evento que la prueba lograda mediante los primeros contactos con Yanina Furlong pudiera ser calificada de ilícita, el conocimiento de los hechos se había obtenido con anterioridad mediante una fuente independiente, como lo era el relato de un informante. Cuando se posee información o material probatorio preexistente al momento de una actuación tachable de ilegal, no procede excluir la prueba obtenida, ya que ésta no es un “fruto” de la ilicitud. En este evento no se da una relación causal concreta y determinada entre la ilicitud de base y el material probatorio que se pretende excluir [...] cual es en este caso el obtenido el día en que se llevó a cabo la venta de la droga al policía encubierto. La evidencia supuestamente calificable de ilícitamente obtenida sirvió para confirmar sospechas previas y focalizar la investigación en determinadas imputadas, por lo que la ausencia de un nexo causal concreto impide la exclusión de las pruebas legítimamente obtenidas.”

c) C. Suprema. 20 julio 2011. Rol N° 3973/2011^{391/392}

“Considerando Quinto: Que en el suceso concreto³⁹³, por lo pronto surge que el funcionario no interrogó al muchacho, sino que estaba conversando con su

³⁹¹ Delitos: Porte ilegal de arma de fuego prohibida y delito de daños.

³⁹² Excepciones a la regla de exclusión: Buena fe del agente y fuente independiente.

³⁹³ La discusión radica en la supuesta vulneración a los derechos del adolescente a guardar silencio, a no auto incriminarse, y a ser asistido por un abogado defensor desde el inicio del procedimiento, ocurriendo esto cuando él formuló su declaración espontánea ante la policía, sin habersele leído sus derechos

madre cuando aquél aparece y simplemente manifiesta saber que venían por él porque disparó contra una casa. Hasta ahí, no aparece factible porque no era esperada esa actitud, que el funcionario policial pudiera interrumpirlo para leerle sus derechos.

Simplemente, reaccionó tardíamente en concepto de la defensa, pero como cualquier ser humano lo habría hecho en similar ocasión: escuchó lo que un joven dijo cuando apareció de pronto.

[...] Nadie advirtió, al menos de lo que se lee del edicto y de los antecedentes adjuntados a estos juzgadores, que se trataba de un menor de edad, [...] de suerte que cuando el funcionario lo fue a detener, no está probado que estuviera en conocimiento que buscaba a un menor de edad [...]

[...] Cuando el funcionario escucha la declaración voluntaria del joven [...] obró de buena fe al escucharlo y prestar atención al relato que aquél le cuenta acerca de la razón del disparo contra esa edificación. Ya había confesado el hecho. [...] Allí el funcionario le leyó sus derechos y enterado de su minoría de edad, habló con el fiscal. [...].

Si el funcionario actuó de buena fe al proceder en la forma que lo hizo, no es dable inferir de su conducta que la prueba incorporada al procedimiento, a través de sus afirmaciones, fuese ilícita, porque esa buena fe excluye la ilicitud.”

“Considerando Sexto: Que amén de los racionios precedentes, es útil consignar que carece de trascendencia la alegación en el sentido que la petición que encierra la causal principal es la exclusión de los dichos del

previamente y sin haberlo interrumpido en dicho proceso. La Corte Suprema formula al respecto una diferenciación entre interrogación y declaración, en su Considerando Cuarto, expresando: “No es lo mismo, interrogar que declarar, dado que en aquella actuación el inculpado es objeto de un cuestionamiento, en tanto que en la otra hipótesis, el agente voluntariamente quiere expresar algo, sin ser interrogado.”

funcionario C.K., de toda referencia a lo escuchado al menor; empero, en el juicio oral declaró también la ofendida, S. del C.J.P., quien dijo saber que ese adolescente había sido el autor de los disparos, por cuanto fue su hijo quien lo reconoció y porque, además, cuando estaba detenido en el furgón, ella se acercó a conversar con él y le preguntó por qué lo había hecho, respondiéndole el inculcado que había sido por celos con el nieto de aquélla, en relación a su pareja. Asimismo, C.K. especificó que en la calle también recibieron información de testigos anónimos presentes en la vía pública cuando acaeció el hecho, a lo que todavía es menester consignar que los cartuchos percutidos fueron recuperados desde el domicilio del encausado y entregados por sus familiares.”

d) C. Suprema. 25 junio 2015. Rol N° 6315/2015³⁹⁴/³⁹⁵.

Considerando Quinto: [La teoría del fruto del árbol envenenado...] en cuanto supone una relación causal, descarta la posibilidad de que la exclusión se aplique a los casos en que esa vinculación aparezca rota, uno de los cuales es el de la “fuente independiente”, excepción reconocida por esta Corte en diversos fallos y declarando al respecto que ella corresponde a “una vía distinta de admisión de convicción por parte del tribunal, de aquella que se considera ilícita” [...] en la que “no puede ser excluida como prueba ilícita, aquélla que tiene su origen en una fuente independiente de la ilicitud inicial [...]. En el mismo sentido, [...] la pregunta más apropiada en tal caso es ‘si, habiéndose establecido la ilegalidad primaria, la evidencia a la cual la actual objeción es formulada ha sido traída por la explotación de esa ilegalidad o, en su lugar, por

³⁹⁴ Delito: Tráfico ilícito de estupefacientes. (art. 3 L. 20.000)

³⁹⁵ Excepciones a la regla de exclusión: Fuente independiente y descubrimiento inevitable.

*medios suficientemente distinguibles como para estar curados de la mancha original*³⁹⁶.

“Considerando Sexto: Que entonces, como quedó establecido en el fallo, hecho que no fue discutido por los recurrentes³⁹⁷, las policías contaban con autorización judicial para “el registro e incautación de ambos vehículos”, diligencias cuya ejecución llevó al hallazgo en uno de ellos de “la rueda de camión que contenía la droga”. [...] Lo cierto es que la prueba incriminatoria que sirvió para formar su convicción condenatoria a los sentenciadores no se origina ni proviene de la supuesta viciada detención, puesto que el registro de los móviles en que se desplazaban los acusados [...] se efectúa [...] en virtud de una orden emitida previamente por el juez de garantía de conformidad al artículo 205, en relación al artículo 9 del Código Procesal Penal, esto es, “Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado” [...].”

“Considerando Séptimo: [...] lo relevante y decisivo [...es que...] el descubrimiento de la droga tiene como causa una fuente independiente y claramente diferenciable -tanto fáctica como jurídicamente- de la privación o restricción de libertad ambulatoria que habrían sufrido los acusados en forma previa a ese descubrimiento, pues la incautación de los vehículos, y su posterior

³⁹⁶ Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963). Citado por: HORVITZ LENNON, M. I. & LÓPEZ MASLE, J. (2002b). *Op. Cit.*, p. 221.

³⁹⁷ Se presentaron dos recursos de nulidad en la causa. En el primero, se alega infracción al debido proceso, toda vez que las policías contaban con una autorización otorgada por el juez de garantía de Chillán para el registro de los vehículos mas no para su traslado ni para la detención de quienes viajaban en él, excediendo de tal modo su contenido. En el segundo, se esgrime la transgresión a los derechos a la libertad personal, dado que la aprehensión no fue en contexto de flagrancia, a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones, que habrían fundado las sospechas de que uno de los vehículos transportaba droga.

registro, se efectúa en cumplimiento de una orden judicial previa y legítimamente concedida.”

“Considerando Octavo: [...] El señalamiento que realiza el acusado Roy Pérez a los policías de “que en el neumático trasladado en el vehículo que conducía, había droga”, [...] tampoco altera lo antes concluido [...] En ese contexto, aún bajo el supuesto que afirma el recurrente se estaría ante otra excepción a la exclusión de elementos probatorios derivados de la ilicitud original, que la doctrina ha denominado como “descubrimiento inevitable”, caso en el que, como sucede en la especie, la “relación causal resulta irrelevante, porque, de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en curso”

“Considerando Décimo: Que, en síntesis, en el caso de autos no se advierte una relación causal concreta y determinada entre las ilicitudes de base denunciadas en ambos recursos y el material probatorio que se pretende excluir, por lo que las infracciones a las garantías constitucionales denunciadas en ambos libelos no pueden calificarse como sustanciales para los efectos que se persigue [...]”

e) C. Suprema. 3 noviembre 2015. Rol N° 14781/2015^{398,399}

“Considerando Séptimo: Que, admitiendo la ilegalidad de la declaración prestada ante la policía por el adolescente condenado, que incluyó la indicación del sitio donde se halló el cadáver de la víctima, la solicitud de nulidad se fundamentaría en el hecho de que la obtención y valoración de las pruebas allí

³⁹⁸ Delito: Homicidio simple.

³⁹⁹ Excepción a la regla de exclusión: Descubrimiento inevitable.

encontradas sería ilegal y afectaría la garantía del debido proceso, pues se encontraría contaminada desde su origen por la declaración ilegalmente obtenida [...]”

“Considerando Octavo: Que, en consecuencia, el fondo de la cuestión debatida en este recurso radica en determinar de qué manera las pruebas discutidas pueden considerarse consecutivas o dependientes del acto cuya ilicitud no es discutida.”

“Considerando Noveno: [...] Lo primero que debe descartarse es la supuesta ilicitud de pruebas que se originan en hechos lícitos anteriores e independientes⁴⁰⁰ de la práctica de la diligencia que se ha declarado ilegal, esto es, que no son consecuencia ni dependen de la misma, [los testimonios de un rescatista de bomberos, familiares del occiso y de dos testigos de oídas –amigo y ex polola del acusado-, cuyos testimonios en la investigación de autos fueron recabados durante el diligenciamiento de la instrucción particular dada por el fiscal a efectos de indagar el paradero de la víctima cuando fue denunciada su presunta desgracia, con anterioridad a la declaración del adolescente condenado, sin que pueda vislumbrarse actividad policial ilícita alguna en su obtención.”

“Considerando Décimo: [...] En cuanto a las pruebas derivadas del hallazgo del cadáver en el lugar indicado por el imputado a la policía en su declaración ilícitamente obtenida (pericias bioquímicas y fotografías del sitio del suceso, y

⁴⁰⁰ En el presente, la investigación inició con motivo de una denuncia por presunta desgracia. En virtud de las diligencias solicitadas, se conversó con el imputado y la madre en calidad de testigos. Luego, a través de un testigo de oídas, se tomó conocimiento de que el imputado era quien había dado muerte al occiso. Con dicha información, tres funcionarios de la BICRIM decidieron visitar al imputado quienes le comunicaron la información habida, tras lo cual él admite su responsabilidad y ejecución de los hechos, de todo ello es informado posteriormente el fiscal. La defensa alega que dichas actuaciones transgredieron su derecho a guardar silencio, debido proceso y los derechos que le asisten en virtud del art. 31 de la L. 20084, entre otros, en particular, que la declaración no cumplió las garantías mínimas, como la presencia de un defensor ni del fiscal.

una barra metálica), también cabe plantearse si ellas pueden o no considerarse consecutivas o dependientes de dicha declaración.

Al respecto cabe señalar que, [en paralelo a dicha declaración al igual que como aconteció en el caso Nix vs. Williams (467 U.S. 431, 104 S. Ct. 2501 (1984))...] era suficiente para establecer la licitud del hallazgo y la admisión de las pruebas que de él se derivan la existencia de elementos probatorios que permitiesen demostrar que la evidencia cuya licitud se discute “pudiese haber sido descubierta por medios lícitos.

En consecuencia [...] existiendo medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, se puede también sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original [...] y el hallazgo posterior, que deviene, por tanto en inevitable y lícito, [con lo cual...] no puede considerarse consecutivo o dependiente de éste.”

“Considerando Undécimo: [...] para rechazar o no la nulidad invocada [...] debe analizarse si las probanzas del juicio permiten o no al tribunal de instancia establecer si dicho cuerpo hubiese o no podido ser descubierto a través de medios lícitos, anteriores o independientes de la declaración del imputado que indicó dicho lugar.⁴⁰¹”

Considerando Duodécimo: [...] Existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver de J.A. hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso.

⁴⁰¹ En paralelo al accionar de los policías, los rescatistas de bomberos se encontraban realizando una operación de rastreo, en cuya planificación se encontraba la ribera del Río Chalinga, punto donde se encontró el cadáver. La cuadrilla comenzó sus tareas previamente a la declaración del adolescente. Se encontraba en la rivera opuesta del río, pero a una altura similar, en el momento en que llegó la policía de investigaciones junto con el condenado.

Considerando Décimo Tercero: [...] *De este modo, la eventual contaminación que la defensa alega respecto de tales elementos probatorios no aparece acreditada ni fluye del contexto investigativo de los hechos, sin que pueda deducirse tampoco del contenido de dichos medios de convicción [...].*”

f) C. Suprema. 29 diciembre 2016. Rol N° 92.878/2016^{402/403}.

“Considerando Quinto: [...] La ilegalidad que se denuncia⁴⁰⁴ no tiene lugar al producirse los antecedentes probatorios del delito de cohecho, sino que tiene su origen o germen en la determinación de los policías de someter al acusado a las actuaciones que implica el control de identidad [...].”

Considerando Sexto: Que [...] en principio pareciera aplicable al caso sub judice lo que la jurisprudencia estadounidense denomina como “fruto del árbol envenenado”, doctrina en virtud de la cual la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Constitución, no afecta sólo la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los “frutos” de dicha prueba [...] Sin embargo, la misma jurisprudencia norteamericana ha ido reconociendo ciertos límites a ese principio, sobre todo por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama [...] Las excepciones suelen presentarse en tres

⁴⁰² Delito: Cohecho.

⁴⁰³ Excepciones a la regla de exclusión: Vínculo atenuado en el fallo en general. Realizaron prevención sobre él los Ministros Sr. Künsemüller y Sr. Brito explicando que la excepción aplicable era la fuente independiente.

⁴⁰⁴ Recurso se funda en infracción a las garantías del debido proceso y libertad personal ya que el acusado fue sometido a control de identidad al que fue sometido sin que se contara con indicios que prescribe la ley, por el contrario, la defensa lo atribuye a una apreciación subjetiva por parte de los funcionarios policiales. El acusado en cuestión fue observado por ellos cruzando corriendo la calle por entre medio de los vehículos, mirando hacia delante y hacia atrás, mientras observaba un teléfono que llevaba en la mano. Al interceptarlo e iniciar un control de identidad, trató de esconder el móvil, el que finalmente ofreció a los funcionarios para que lo dejaran ir.

grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada.

El principio del “vínculo atenuado”, que viene al caso, corresponde a la idea de que un vínculo causal entre ilegalidad y obtención de determinada evidencia puede encontrarse tan atenuado que llega a “disipar” el vicio [...].

“Considerando Séptimo: [...] dicho vínculo producto de la propia iniciativa ilícita del acusado sometido a control, quedó lo suficientemente atenuado o disipado como para entender que la prueba del cohecho se ha alcanzado de una fuente autónoma -el delito flagrante del acusado- que se superpone y desplaza a la supuesta actuación ilícita que generó el contexto situacional en que tiene lugar aquélla.

[...] Resultaría igualmente infundado desde la perspectiva de una protección racional de las garantías fundamentales, atenta a los restantes valores involucrados en la persecución penal, consagrar simplemente con fundamento en la actuación ilícita una suerte de inmunidad general y absoluta del imputado por la vía de tornar el hecho investigado en inaccesible para el sistema de justicia criminal y, más aún, en el caso sub judice derechamente conllevaría levantar una suerte de impunidad respecto de todos los delitos cometidos posteriormente por quien fue afectado por el procedimiento policial ilegal original y que, de alguna manera, se hallen relacionados o causalmente vinculados con dicha actuación, atendida la posterior imposibilidad de acreditar tales ilícitos subsecuentes -como se plantea en la especie-, resultado inaceptable e intolerable, porque vulnera de manera flagrante la garantía constitucional de igualdad ante la ley al poner a ese sujeto en una situación de privilegio y excepción frente a todos los demás por motivos que no pueden admitirse, desde que supone, como contrapartida, dejar en total desprotección los bienes jurídicos que podrían afectarse con esos ilícitos ulteriores, algunos

tan fundamentales como la vida y la salud, ya sea de los agentes estatales que hayan incurrido en tal ilegalidad procedimental o de terceros.”

“Considerando Octavo: Que, en otras palabras, el control de identidad que llevan a cabo los policías, si bien fue “condición necesaria” para la actuación posterior del imputado que presencian los policías -el ofrecimiento del dinero-, no fue “condición suficiente” para la misma, pues el imputado debió haberse sometido a la diligencia de control de identidad hasta el término de la misma [...] Sin embargo, al optar por intentar ponerle término irregular a la diligencia mediante el ofrecimiento prohibido al funcionario público, el acusado, motu proprio, produce las consecuencias procesales ya explicadas.”

Cabe destacar que este fallo, presentó una prevención de los Ministros Sr. Künsemüller y Sr. Brito que se fundó en la excepción de la fuente independiente:

1°) Que, como ha dicho esta Corte en el fallo dictado en la causa Rol N° 49.714-16 de 15 de septiembre de 2016, “[...] no debe confundirse la prueba que se deriva o proviene de otra obtenida ilegalmente por los policías, que corresponde a lo que se ha entendido como fruto del árbol envenenado, con la prueba obtenida de un delito que se comete de manera flagrante con motivo u ocasión de una actuación ilegal previa de los policías para obtener prueba de otro delito.”

2°) Que en la especie, las probanzas con que se tiene por demostrado el delito de cohecho, [...] se trata de prueba recabada de manera autónoma y en relación a un hecho delictivo diverso de aquel respecto del cual los policías creyeron tener indicios para realizar el control -robo o hurto-, aunque en el mismo contexto espacio-temporal en que se desarrolla aquel procedimiento.

3°) Que, en efecto, cuando los policías intentaban concretar el control de identidad del acusado, éste realiza una actuación que no está vinculada al mismo -el ofrecimiento de la especie a cambio de su liberación-, pues no es el resultado de las diligencias para determinar su identidad [...]

Tampoco la actuación del controlado es producto de su registro [...] sino que, en el marco de esas actuaciones policiales, el imputado solicita el término de la diligencia a cambio de la cesión de la especie que portaba –un teléfono celular-, lo que, desde luego, es observado y percibido directamente por el policía receptor de la oferta como por el funcionario que lo acompañaba, de manera que el conocimiento que éstos toman sobre estos hechos y la autoría del acusado, así como los demás antecedentes que se producen posteriormente para dejar constancia de este delito flagrante –registro fotográfico del teléfono e incautación del mismo- no son el resultado o no provienen de medios probatorios obtenidos con motivo de la realización del control de identidad que los policías llevan a cabo por creer tener indicios de la comisión de un delito de robo o hurto, sino que tienen una fuente suficientemente diferenciable e independiente que impide considerar que ella sea fruto de las supuestas ilegalidades cometidas previamente.

g) C. Suprema. 21 febrero 2017. Rol N° 100.710/2016⁴⁰⁶/⁴⁰⁷

Considerando Quinto: Que en relación a la infracción a la garantía del debido proceso⁴⁰⁸, [...] es importante diferenciar las dos circunstancias que configuran, al entender del recurrente, la infracción a las garantías fundamentales que alega, pues desde el punto de vista simplemente abstracto existe una enorme diferencia entre ambos.

[Así...] la pregunta es si la información obtenida por el elemento probatorio de cargo lo fue vulnerando alguna garantía fundamental no basta con indicar una infracción legal, la relevancia constitucional de la ilicitud requiere procedimentalmente hablando de forma previa que exista un elemento probatorio portador de esa información ilícitamente obtenida.”

“Considerando Sexto: Que el contenido de la infracción constitucional que el recurrente sostuvo en relación a la interceptación de las comunicaciones del acusado [...] resulta bastante confuso.

[...A]unque hubiese alguna infracción constitucional en la orden judicial que autorizó las escuchas telefónicas en el mes de enero, ello no es sustancial porque existe una gran cantidad de prueba que permite arribar a la condena de igual forma. Ciertamente no toda infracción de la ley procesal ordinaria supone violación del derecho o garantía genérica constitucionalizada, [...] el recurrente

⁴⁰⁶ Delito: Tráfico ilícito de estupefacientes (art. 3 de la L. 20.000.)

⁴⁰⁷ Excepción a la regla de exclusión: Esta fallo no contempla propiamente una excepción. Podría alegarse que se refiere al vínculo atenuado, ya que de haber sido efectivamente ilegal la interceptación telefónica, el juez de garantía habría contado con numerosos otros medios de prueba de cargo, con lo cual, la existencia de dicha ilicitud no sería relevante a la hora de la dictación de una futura sentencia condenatoria. Ahora bien, lo interesante de él, son las exigencias desarrolladas en sus Considerandos para determinar el establecimiento de la prueba ilícita y, consecuentemente de la exclusión probatoria.

⁴⁰⁸ Recurso se fundó en la supuesta vulneración de las garantías a la inviolabilidad de toda comunicación privada y al debido proceso. En el caso de la primera, esto se constata en que para la condena del imputado fueron consideradas grabaciones de interceptaciones telefónicas acaecidas con anterioridad a la ocurrencia del hecho imputado. En consecuencia, las pruebas derivadas de ellas serían ilegales. En cuanto al segundo, al ejecutarse la orden de entrada y registro, no se le leyeron los derechos al imputado, sino hasta que fue detenido.

que invoca la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, asilado en una infracción legal, debe demostrar que ésta importa a su vez la vulneración de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, [y...] que esta afectación a derechos o garantías constitucionales sea sustancial, esto es, de una entidad y trascendencia tal que comprometa sus aspectos esenciales, de manera de ocasionar a la parte que la alega un perjuicio reparable sólo con la declaración de invalidez [...].”

El recurso confunde dos cuestiones que son distintas. Efectivamente se puede afirmar en abstracto que una interceptación ilegal afecta a toda la prueba obtenida en base a aquella, pero la cuestión es otra, explicitar en el caso concreto, cuáles son esas pruebas derivadas y cómo están causalmente establecidas.

Ello es importante por dos temáticas distintas. La primera, es que debe resolverse en su propio mérito si hay infracción a garantías fundamentales en las interceptaciones telefónicas del mes de enero y, lo segundo, es si en el evento de concederse tal existencia, se deberían excluir como pruebas las que deriven de ella.

Esto corresponde a lo que en doctrina se ha definido como el fruto del árbol envenenado [...] pero que también reconoce importantes contra-reglas, como la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la buena fe, que también esta Corte Suprema ha reconocido en fallos [...].

[...S]in perjuicio que ya ha sido descartada la infracción que apuntaba a las interceptaciones de comunicaciones telefónicas del acusado durante el mes de enero, en el evento que se asumiera que tal infracción se encuentra acreditada, la respuesta no es automática, ni mucho menos general y abstracta en relación a la restante prueba rendida en juicio, se requiere explicar por el recurso

precisamente cuál es esa prueba determinada que deriva de la ilícitamente obtenida y que se encuentra causalmente vinculada, pues ello podría permitir la discusión de la aplicación de las contrareglas que posee la doctrina del fruto del árbol envenenado, y el recurso en este punto sólo se limita a una afirmación genérica, que impide precisamente construir esa vinculación causal.”

h) C. Suprema. 6 marzo 2017. Rol N° 3029/2017^{409/410}.

“Considerando Quinto: Que sobre la primera alegación⁴¹¹, cabe aclarar que por ella sólo se postula la afectación del debido proceso por la realización de diligencias autónomas de la policía y no se sostiene la vulneración del derecho a la privacidad del imputado -o de sus propietarios- por la inspección y uso de los teléfonos por los policías. [...] dada la obligación que recae sobre éstos conforme

al artículo 83 letra d) del Código Procesal Penal [...] en los casos de detención en flagrancia -como en la especie-, resulta claro que los agentes estatales se encontraban facultados para realizar sin necesidad de instrucción previa del Ministerio Público, las diligencias básicas e indispensables para encontrar a posibles testigos [...] y luego obtener su declaración.”

“Considerando Octavo: Que, sin perjuicio de lo anterior,, “en el presente caso se está ante lo que la doctrina ha llamado como “descubrimiento inevitable” que diluye el vínculo entre la supuesta infracción y el hallazgo de la evidencia incriminatoria. Conforme a esta doctrina, puede afirmarse que existiendo

⁴⁰⁹ Delitos: Robo con intimidación y delito de hurto.

⁴¹⁰ Excepción a la regla de exclusión: Descubrimiento inevitable

⁴¹¹ La defensa recurre por infracción a la garantía a un debido proceso previo y legalmente tramitado, dado que el personal policial acreditó la participación en los hechos del imputado transgrediendo sus garantías constitucionales, realizando llamadas por medio del móvil que le incautaron. Agregó que en la diligencia de reconocimiento de set fotográfico no fuera consignada descripción de rasgos por parte de la víctima, la que se debió tener en consideración respecto del acusado.

medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, se puede también sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original y el hallazgo posterior, que deviene, por tanto en inevitable y lícito. En términos de nuestro ordenamiento procesal, ello significa que existiendo prueba de que la evidencia incriminatoria pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, anteriores o independientes del medio ilícito que llevó a su descubrimiento material, tal descubrimiento o hallazgo no puede considerarse consecutivo o dependiente de éste [...].

Pues bien, en el caso sub iudice, dado que el acusado fue detenido de manera flagrante [...] y que los policías incautaron los demás teléfonos que el imputado portaba -junto al de Catalán- y respecto de los cuales no reclamaba derecho alguno, resulta de claridad meridiana que, incluso de no haber procedido los policías a revisar los otros teléfonos y ubicar a sus titulares, de todas formas la Fiscalía habría realizado o instruido realizar dicha diligencia, sea inmediatamente después de que se le comunicara la referida detención y las circunstancias de la misma, o sea durante el curso de la investigación, por lo que los policías no hacen sino adelantarse -con facultades para ello como ya se ha explicado- a una diligencia que necesariamente debía ejecutarse más adelante y que, por ende, conduciría de todas formas a la ubicación de los otros afectados y a la obtención de sus declaraciones y reconocimiento del acusado.”

i) C. Suprema. 20 abril 2017. Rol N° 39.475/2016⁴¹².

“Considerando Noveno: Que [...] la sospecha del vínculo de un individuo con la comisión de una falta a los reglamentos del tránsito público, atendida su mínima

⁴¹² Delitos: Tráfico ilícito de estupefacientes de pequeñas cantidades (art. 4 de L. 20.000) y porte ilegal de arma de fuego.

lesividad⁴¹³, no puede erigirse como un indicio que sirva de base a la práctica de un control de identidad [...], la actuación llevada a cabo por los funcionarios policiales en este caso contravino la norma legal en comento. Ello implica que la vulneración de la disposición de ese rango, que ha de tenerse como de aquellas que resguardan un justo y racional procedimiento, trajo consigo la trasgresión de la garantía constitucional del debido proceso del imputado en su vertiente de legalidad de los actos del procedimiento.”

“Considerando Décimo: Que también se denuncia como vulnerado el artículo 19 Nº 7 de la Carta Fundamental, que consagra el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual [...] No cabe duda que el artículo 85 del Código Procesal Penal constituye una excepción a [la primera...] y de ahí su construcción restrictiva. La aplicación del principio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica ponderar si el sacrificio de los intereses individuales que trae consigo la intervención y afectación de la libertad personal guarda una relación proporcionada y razonable con la importancia del interés público que se trata de preservar [...]. [La] medida de restricción de la libertad, sólo se justifica en aras de la protección del bien superior común, criterio que no concurre en el caso en estudio [...].”

“Considerando Décimo Segundo: Que, analizado el escenario doctrinal y fáctico, y establecida la vulneración de derechos fundamentales, cabe examinar entonces si dicha ilicitud de base acarrea como necesaria consecuencia la exclusión probatoria.

Para tal fin, resulta indispensable determinar si la evidencia objetada, proviene directa y necesariamente del actuar ilegítimo de los agentes de persecución o,

⁴¹³ El recurso se fundamentó en las infracciones a las garantías del debido proceso, el respeto a la vida privada y el derecho a la libertad personal, esto, toda vez que al acusado se le realizó un control de identidad fuera de las hipótesis prescritas por la ley, ya que fue motivada por una infracción de tránsito, no existiendo indicios de falta penal alguna. Cabe destacar que durante el procedimiento, los controlados no contaba con licencia de conducir, la documentación del vehículo estaba atrasada y ninguno portaba su cédula de identidad. Luego de ello, fueron trasladados al cuartel policial.

si por el contrario, deriva de una fuente independiente, constituye un descubrimiento inevitable o nos encontramos en presencia de un vínculo causal atenuado, excepciones a la regla de exclusión forjadas en la tradición casuística norteamericana y recogidas por la doctrina y jurisprudencia nacional.”

“Considerando Décimo Tercero: Que, la dinámica de ocurrencia de los hechos descritos en el considerando precedente, declarados en la sentencia impugnada, lleva a esta Corte a estimar que el nexo causal entre la vulneración de derechos fundamentales y la obtención de evidencia material se encuentra atenuado por la falta de proximidad espacio-temporal y, especialmente, por la presencia de circunstancias externas imputables a la acusada, posteriores a la acción policial censurada, que intervienen en el curso causal y quiebran la cadena de ilegalidad. Esta circunstancia es el abandono voluntario de la evidencia que hizo doña Nicole Vilches Arenas, generando una hipótesis de flagrancia de acuerdo a la normativa procesal.

En efecto, los hechos de la causa pueden separarse claramente en dos momentos; el primero, en la vía pública, donde se requiere a los imputados su identificación pero no se les registra ni esposa, siendo trasladados a la unidad policial a resultas de la falta de identificación. El segundo, ocurre en el recinto policial, sentados ambos en una banca, esperando ser identificados, instantes en que la imputada se desprende flagrantemente de la bolsa contenedora de la sustancia ilícita, lo que trae como consecuencia la revisión de la bolsa, el registro corporal de V. A. y el hallazgo de la prueba material; descubrimientos que no se encuentran teñidos de ilicitud, por cuanto el vínculo causal se interrumpió con el acto espontáneo y voluntario de la propia acusada, disipándose así de tal forma la relación entre ambos actos, de modo que el segundo de ellos no puede ser considerado un fruto proveniente del primero. El acto libre de voluntad de la imputada, purga el vicio y desvanece el sentido

disuasivo o fin preventivo de la regla de exclusión, dando lugar a la excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado, conocida como doctrina del vínculo atenuado, desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963) y Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975) [...].”

“Considerando Décimo Cuarto: Que, de esta forma, la decisión del Tribunal Oral en lo Penal en orden a valorar positivamente la evidencia de cargo y fundar en ella una decisión condenatoria, no contraría el ordenamiento constitucional, por cuanto en este caso la ilegalidad del control de identidad no acarrea la ilegitimidad de la evidencia encontrada en un momento posterior en situación de flagrancia [...].”

Por medio de los extractos de las resoluciones de la Excelentísima Corte Suprema, podemos establecer ciertas cuestiones de relevancia para nuestro trabajo. Así, comenzamos por recalcar como ella indica al Art. 373 letra a) del C.P.P. como depositario de la exigencia de sustancialidad de la infracción que podría derivar en la nulidad del procedimiento o de la sentencia, según sea el caso, esto quiere decir que debe ser grave o de entidad suficiente para amenazar o privar al derecho de su núcleo esencial. Ella, esta inherentemente ligada al principio de trascendencia, esto quiere decir que, el interviniente debe acreditar la existencia del perjuicio para poder anular el acto procesal en cuestión, sin ello, no procederá la nulidad; además, en virtud de ellos, razona que no toda vulneración implicará la supresión de la prueba de cargo.

En cuanto al uso de las teorías de atenuación de la exclusión de pruebas, la Corte Suprema, emplea mayoritariamente la doctrina de la fuente independiente, la que usualmente se encuentra fundamentada por un hecho o declaración del propio acusado desligado totalmente del actuar supuestamente

ilícito de los agentes, que contribuye al quiebre del nexo entre la ilicitud y la afectación a una garantía fundamental y su correlativo derecho. Igualmente, ha argumentado la presencia de material probatorio preexistente, proveniente de un curso de investigación paralelo al afectado por la ilicitud.

Luego, aborda la doctrina del descubrimiento inevitable, por medio de la cual nuevamente rompe la relación causal, pero en esta ocasión con la prueba ilícita directa. Esto, lo hace por medio de juicios hipotéticos, con los cuales los magistrados logran establecer, con el debido grado de certeza que, igualmente habría sido posible obtener la prueba por medios lícitos de haberse continuado con el curso del procedimiento que no se encontraba viciado.

Empero, se advierte una problemática en la aplicación de ambas, así, por ejemplo, en el fallo ROL N° 92.878-2016, la decisión de la Corte tomada por la mayoría de los Ministros en relación a las excepciones a la regla de exclusión fue fundada en el vínculo atenuado, sin embargo, la prevención realizada por los Ministros Señores Brito y Künsemüller, señalaron (creemos correctamente) que era procedente la fuente independiente. Por su parte, el fallo ROL 39.475-2016, emplea correctamente la doctrina del vínculo atenuado, expresando como requisitos para su procedencia la falta de proximidad temporal, circunstancias imputables a la acusada posteriores a la acción policial censurada que contribuyeron a quebrar el nexo de la ilicitud.

Por lo aquí señalado, huelga concluir que aún resta trabajo por realizar respecto de la fundamentación efectuada por la Corte Suprema en las resoluciones que esgrimen la procedencia de las doctrinas que pretenden la atenuación del, a nuestro haber, principio contenido en el artículo 276 inc. 3 del C.P.P. Así, no es sino totalmente razonable proponer el debate sobre la fijación de directrices, algunas de las cuales se encuentran humildemente brindadas por esta memoria

y, que pueden ser plasmados en los fallos de nuestros tribunales superiores de justicia, a fin de cumplir cabalmente con la exigencia de fundamentación y, también, con la correcta aplicación de estos institutos.

Modificaciones legales atinentes a la materia y breve historia legal

La atenuación a la regla de excusión no sólo sido sólo tratada a nivel doctrinal, sino que también podemos apreciar cambios en la legislación que inciden en su régimen de aplicación, lo que estaría en consonancia con lo acontecido en la jurisprudencia nacional.

Este último capítulo, trae a colación el análisis sobre las enmiendas legales realizadas con posterioridad a la reforma procesal penal, en específico, aquellas hechas por medio de las leyes 20.074, 20.253 y 20.931. Esto, tiene como finalidad apoyar lo tratado en los apartados previos y, además, permite apreciar cómo ciertos cambios sociales, junto a los habidos en el fenómeno criminal, pueden incidir en la política criminal del país y, por ende, en cambios en las leyes penales. Frente a esto, instituciones ligadas al régimen de exclusión de pruebas, no pudieron quedar exentas, lo cual ha incidido, en cierta forma, en el tratamiento de aquélla.

Así, el marco normativo considerado comprenderá:

- a) La Ley 20.074, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la Reforma Procesal Penal.

- b) La Ley 20.253, que modifica el código penal y el código procesal penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, y
- c) La Ley 20.931, que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.

De cada una de ellas serán extraídas las enmiendas pertinentes y más relevantes para la materia tratada en este trabajo junto con sus fundamentos.

Ley. 20.074

Su fundamento fue la revisión de la Ley 19.696⁴¹⁴, con la cual se pretendió subsanar ciertas dificultades que pudieran provocar disfuncionalidades graves advertidas tras la implementación de la reforma.

Sus objetivos principales fueron 3, en primer lugar, agilizar la persecución penal, segundo, evitar zonas de impunidad en la persecución penal y finalmente, corregir errores normativos que hubieran quedado en evidencia con la gradual entrada en vigencia de la reforma procesal penal.

En cuanto al primero, se advirtió una multiplicidad de interpretaciones contradictorias en torno a las atribuciones policiales para efectuar detenciones⁴¹⁵ y, en general, aquellas⁴¹⁶ destinadas a aumentar la eficacia en la persecución penal. Para enmendar esto, se buscó ampliar las hipótesis de

⁴¹⁴ Código Procesal Penal [CPP]. Ley N° 19.696 de 2000. 12 de octubre de 2000 (Chile).

⁴¹⁵ Particularmente si efectivamente se estaba ante un delito flagrante o en situación de flagrancia.

⁴¹⁶ Lo anterior, dados los problemas habidos en las policías, en particular Carabineros de Chile, en cuanto a la capacitación y perfeccionamiento constantes, la coordinación entre las policías y el Ministerio Público, la facultad de dirección que éste posee sobre las primeras y los criterios usados por él para ejecutarlas.

flagrancia; brindar autorización a las policías para entrar a un lugar cerrado sin autorización previa en caso de encontrarse en persecución de un imputado; consagración expresa de órdenes verbales de detención y de la facultad del ente persecutor para impartir instrucciones generales a las policías para la realización de diligencias inmediatas de investigación en delitos de común ocurrencia.

Para el segundo, con miras al cumplimiento eficaz del deber de resguardar la seguridad de los habitantes del país ante el fenómeno de la delincuencia y, velando porque las acciones para ello ejecutadas se ciñan a las reglas impuestas por el Estado de Derecho, se otorgaron facultades a la policía para detener a personas bajo determinadas circunstancias⁴¹⁷, y con ello reducir los márgenes de impunidad.

Modificaciones legales de la Ley 20074

Art. 9 Autorización Judicial Previa: La modificación de mayor relevancia recayó en su inciso tercero, versando sobre las autorizaciones u órdenes judiciales en casos urgentes, la que pretendió brindar mayor flexibilidad, promoviendo el dinamismo en las actuaciones. Para armonizar esto con los derechos de los intervinientes, se exigió constancia de ellas en el registro o, en caso de detención, la entrega por parte del funcionario policial de su constancia con determinadas indicaciones.

Con lo anterior, se buscó clarificar el procedimiento de este tipo de casos, otorgando certeza jurídica y facilitando la persecución policial.⁴²⁵ Igualmente,

⁴¹⁷ Quienes presenten órdenes de detención pendientes; que violen flagrantemente medidas cautelares vigentes o a quien contraviniera una condición impuesta por la suspensión condicional del procedimiento.

⁴²⁵ Según señalara ante el Congreso, el Director (S) de Carabineros, General Inspector señor Nelson Godoy. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005). *Historia de la Ley N° 20.074 Establece el*

ayuda a resguardar el principio de desformalización del actual procedimiento penal, evitando retardos en el actuar policial.⁴²⁶

Artículo 87 Instrucciones Generales: Por medio de su corrección se buscó consagrar explícitamente la facultad de los fiscales del Ministerio Público para impartir instrucciones generales relacionadas con las diligencias investigativas para evitar la congestión de solicitudes realizadas por la Policías a los fiscales con miras a orientar su labor. Lo anterior, permitiría uniformar su accionar y también brindar mayor autonomía operativa a las policías.⁴²⁷ Además, se entregó a definición del ente persecutor los delitos sobre los cuales impartiría las mentadas instrucciones.⁴²⁸

Artículo 277 Auto de Apertura de Juicio Oral: Las enmiendas realizadas presentan un carácter relevante en atención al ámbito práctico tras la exclusión de prueba ilícita de cargo, ya que, otrora, el Ministerio Público, en caso del rechazo del recurso de apelación, se hallaba imposibilitado de continuar con la causa en el juicio oral, dada la ausencia de material probatorio, no pudiendo sustentar su acusación.⁴²⁹ Tras ellas, se le permitió solicitar el sobreseimiento

Código Procesal Penal. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5562/>, p. 57.

⁴²⁶ Según señalara ante el Congreso, Don José Quezada Guajardo, Prefecto General, Director General (S) de la Policía de Investigaciones de Chile. Cfr. *Ibid.*, pp. 177-178.

⁴²⁷ Para mayor detalle: Cfr. *Ibid.*, pp. 57-58.

⁴²⁸ Esto, en base a lo expuesto por Don Guillermo Piedrabuena Richard, Fiscal Nacional del Ministerio Público. Cfr. *Ibid.*, pp. 174-175.

⁴²⁹ Además, se planteó la posibilidad de que la defensa pudiera recurrir frente a la exclusión probatoria, en su caso de descargo, lo cual conlleva a la completa indefensión del acusado. Se fundó además en que para ese entonces, la interpretación de la CS era restringida, limitando el recurso de nulidad en la materia al juicio oral y no a actuaciones previas como las investigativas. Esto fue desechado, ya que generaría dilación en los procedimientos, paralizando rápidamente el sistema, lo que también podría atentar contra el principio general de que en el proceso penal actual la doble instancia se encuentra absolutamente restringida. Se agrega que en tal situación se contempla el recurso de nulidad Jorge Bofill Genzsch. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005). *Historia de la Ley N° 20.074 Establece el Código Procesal Penal.* Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5562/>, p. 180 Finalmente, también se abordó dicha posibilidad respecto del querellante (fiscal nacional piedra buena. Cfr. *Ibid.*, pp 86-87) y que el recurso fuera motivado por cualquier causal, no sólo la exclusión.

definitivo de la causa cuando considerase que se hubieren excluido pruebas de cargo esenciales para sustentar su acusación.

Previo a ello, se discutieron otras posibilidades para el ente persecutor ante el rechazo del recurso de apelación. De un lado, se sugirió el sobreseimiento definitivo, ya que con ello se cerraría la investigación y terminaría la investigación penal, reparando de esta forma el daño causado y evitando la incertidumbre para el acusado y su defensa. De otro, se planteó que pudiese tomar la decisión de no perseverar en el procedimiento o solicitar el sobreseimiento temporal, teniéndose presente que eventualmente podrían obtenerse antecedentes que permitieran continuar con la causa, lo que contribuiría a dar un sentimiento de mayor seguridad y satisfacción de la sociedad.

Mas, la Comisión concluyó que, dada la situación, el resultado normalmente sería una sentencia absolutoria, por lo que no habría razón alguna para ejercer la decisión de no perseverar, además, era carga del fiscal sopesar las probanzas de las cuales dispone para el logro de sus objetivos en el proceso.⁴³⁰

Junto a lo anterior, se sugirió ampliar la legitimación para interponer el recurso por otros intervinientes, mas, esto fue rechazado por la Comisión, en especial, atendido el riesgo de dilación del proceso que esto pudiese conllevar.

Por todo lo anterior, únicamente quedó facultado el Ministerio Público para recurrir y, en caso de no acogerse el recurso, sólo podría solicitar el sobreseimiento definitivo en la causa.

⁴³⁰ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005). *Historia de la Ley N° 20.074 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5562/>, pp. 272-273.

Artículo 373 Preparación del Recurso: Su revisión tuvo lugar debido a que únicamente se permitía entablar recurso de nulidad por la causal genérica contemplada en la letra a) cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido substancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes.

Ante esto, se planteó que esta causal se hiciera extensiva a cualquier etapa del procedimiento, sin continuar restringida únicamente a la tramitación del juicio, ya que en la etapa de investigación suelen acontecer las mayores vulneraciones a derechos fundamentales y, no obstante la posibilidad de ser alegadas en distintas instancias, el recurso de nulidad, había dejado fuera dicha chance, lo que se había transformado en un vacío legal.⁴³²

En contraposición, se arguyó que la defensa igualmente podría impetrar la nulidad de actuaciones realizadas durante la fase de investigación por medio de los artículos 158 y ss. Del Código en estudio, por lo cual, la Corte Suprema realizaba una interpretación válida.

Finalmente, se acogió lo requerido por la Defensoría, ya que la interpretación dada por la Corte Suprema era en extremo restringida e impedía la revisión de vicios o situaciones graves que hubieren ocurrido en etapas previas y hubieren provocado consecuencias en el desarrollo del juicio.⁴³³

⁴³² Para mayores detalles: Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005). *Historia de la Ley N° 20.074 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5562/>, pp. 215-216.

⁴³³ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005). *Historia de la Ley N° 20.074 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5562/>, p. 398.

Ley 20.253

A pesar de los avances comprometidos para la modernización del sistema de enjuiciamiento criminal, junto a las gestiones y el reforzamiento de las instituciones involucradas en él, la ciudadanía continuó manifestando señales de inseguridad frente a la delincuencia, por lo que se propuso introducir nuevas modificaciones, destinadas a reprimir con mayor eficacia al delito y disminuir la sensación de temor de la población.

Por ende, estas enmiendas tuvieron como objetivo reforzar las labores del Ministerio Público y las policías, lo que se traduciría en fomentar la eficiencia del proceso de persecución penal y, en un resguardo efectivo de la seguridad de la sociedad. Entre ellas, destacan, el control de identidad⁴³⁴, situación de flagrancia⁴³⁵, ilegalidad de la detención⁴³⁶ y, entrada y registro⁴³⁷.

Modificaciones legales de la Ley 20.253

Artículo 187 Objetos, documentos e instrumentos Su corrección tuvo como objetivo salvar un vacío en relación a la recogida, incautación y conservación de evidencias, dado que previamente sólo se permitía en ejercicio de las facultades del art. 83 letra b) del C.P.P., con lo cual se decidió su extensión al

⁴³⁴ Buscó facultar a las policías para revisar las órdenes de detención pendientes y detener en caso afirmativo; se contempló idéntica medida en caso que, en el proceso de registro de ropas, equipajes y/o vehículo aparecieran indicios de haber cometido un delito.

⁴³⁵ Discutiéndose la indeterminación del concepto de “tiempo inmediato” en el art. 130 letra d) y e) y las diversas interpretaciones de el mismo, lo que en ocasiones conllevó la declaración de ilegalidad de la detención.

⁴³⁶ Se procuró diferenciar la gravedad de los delitos cometidos al momento de otorgar la posibilidad de recurrir en contra de la resolución que declare ilegal la detención por medio del recurso de apelación. En caso contrario, será inapelable, pero el fiscal podrá formalizar y solicitar medidas cautelares.

⁴³⁷ Se planteó autorizar a las policías a entrar en lugares cerrados y registrarlos sin autorización previa cuando existieren antecedentes suficientes de que en dicho lugar se estuviera cometiendo un delito.

sitio del suceso que pertenecieran a terceros o se ignorare su procedencia, la que demandaban mayor inmediatez para proceder.⁴³⁸

Ley 20.931

En el caso de este proyecto, tal como ocurrió con los anteriores, su motivación giró en torno al aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad⁴³⁹ e impunidad presentes en la ciudadanía.

Para propender a la prevención, control y sanción de las actividades delictuales penales, se estableció como necesaria una acción sistemática y coordinada que involucrase al Estado en su conjunto. Mas, la política criminal a definir, debía tener presente la usual dicotomía que debe enfrentar constantemente el Estado de Derecho frente a los delitos, de un lado, ejercer control y aplicar sanciones y, del otro, el resguardo de las garantías de todos los intervinientes, incluyendo el imputado o acusado.

Entre los aspectos que interesa analizar se advierte principalmente, perfeccionar el C.P.P.,⁴⁴⁰ por medio del incremento de las capacidades de investigación, entrega de nuevas facultades⁴⁴¹ a los operadores del sistema y la toma de resguardos para evitar la pérdida de evidencias.

⁴³⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 29

⁴³⁹ Al respecto, decisores fueron los resultados obtenidos gracias al plan "Seguridad para todos", de la Subsecretaría de Prevención del Delito, en cuyas cifras de agosto del año 2014, se constataron altos niveles de delitos contra la propiedad (robos con violencia/intimidación) cometidos en zonas residenciales, espacios públicos y zonas comerciales, los que aumentan dicha percepción.

⁴⁴⁰ Para mejorar la investigación y juzgamiento de los delitos de mayor connotación social, de modo que se establezcan las bases normativas que permitan aumentar la probabilidad de que los responsables.

⁴⁴¹ Como, por ejemplo, la toma de declaraciones de testigos, ingreso a lugares cerrados y registro de detenidos.

Modificaciones legales de la Ley 20931

Artículo 83 Actuaciones de la policía sin orden previa. Sufrió diversas modificaciones que ampliaron su rango de acción, en particular sus letras c) en cuanto al resguardo del sitio del suceso, exigiéndose la preservación de todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, procediendo a su inmediata clausura o aislamiento e impidiendo el acceso a terceros para evitar modificaciones o pérdidas de evidencias. Lo mismo se aplicará cuando reciban denuncias del público, debiendo informar al fiscal inmediatamente tras su ejecución, en aquellos delitos determinados por el Ministerio Público. Respecto de la letra d), la identificación de testigos y consignación de sus declaraciones. Originalmente, sólo refería a las letras b) y c), mas, tras estos cambios, se dispuso que más allá de estos casos, se facultó a los agentes policiales podrían igualmente consignarlas, siempre que se prestaren voluntariamente, debiendo comunicar o remitir esta información al ente persecutor a la brevedad.

Ellas, no estuvieron exentas de críticas, así la primera versó sobre el posible quebranto de la exclusividad⁴⁴² en la dirección de la investigación del Ministerio Público, ya que las policías tendrían mayor margen de acción sin requerir su intervención, lo que se sumaba a la extensión de la oportunidad para identificar y tomar declaraciones de testigos.⁴⁴³ Lo anterior podría provocar diversos obstáculos en las investigaciones criminales, como la duplicidad de funciones. Por ello, se propuso limitar el alcance de estas actuaciones a ser ejecutadas “en

⁴⁴² En el mismo sentido opinaron: Director General de la Policía de Investigaciones (PDI), señor Héctor Espinosa. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 116; y la asesora Jurídica de la PDI, señora Rosana Pajarito. Cfr. *Ibíd.*, p. 117.

⁴⁴³ Carlos Mora, Defensor Nacional Público. Cfr. *Ibíd.*, p. 117.

el menor plazo posible”, entendiéndose por él 12 (art. 130 letras d) y e del C.P.P.) ó 24 (art. 176 del C.P.P.) horas.⁴⁴⁴ Otros, manifestaron mantener la redacción, dada la modificación sobre las instrucciones generales a fin de evitar una rigidización del criterio de estándar investigativo al establecerlo por ley, siendo más bien algo administrativo o la posible afectación de indagaciones en curso.⁴⁴⁵

Finalmente se consideró razonable incorporar un concepto de sitio del suceso más amplio⁴⁴⁶, procediendo algo similar con la flagrancia⁴⁴⁷, lo que evitaría recurrir al fiscal para obtener una instrucción particular para cada delito, lográndose una colaboración más eficaz entre el ente persecutor y sus auxiliares.⁴⁴⁸

A fin de resolver lo anterior se determinó que, en atención a las letras c) y d), se regirían por los marcos estipulados por el Ministerio Público en las instrucciones generales.⁴⁴⁹

Artículo 85 Control de identidad: Nuevamente sufrió enmiendas esta norma. Destacamos en esta ocasión la acotación a un indicio para poder proceder a su ejecución, así como la incorporación de una nueva hipótesis, esto es, que los agentes cuenten con algún antecedente que les permita inferir que el sujeto tenga alguna orden de detención pendiente. A fin de equilibrar lo anterior con los derechos de las personas, se exigió que los funcionarios policiales brindaran

⁴⁴⁴ La asesora Jurídica de la PDI, señora Rosana Pajarito. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 117.

⁴⁴⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 302.

⁴⁴⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 466.

⁴⁴⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 53. Gustavo Jure General Director de Carabineros de Chile

⁴⁴⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 54. Don Marcos Vásquez, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, igualmente, asesor jurídico de Carabineros, Coronel Jaime Elgueta y General Carrasco. Cfr. *Ibíd.*, pp. 110-111.

⁴⁴⁹ En este sentido señora Salvo, abogada asesora del Ministerio del Interior y Seguridad Pública,

facilidades al controlado para encontrar y exhibir los documentos. Finalmente, se estableció que cuando no se pudiere lograr la identificación de la persona, las policías podrían emplear los medios tecnológicos con los que contaren para concluir el procedimiento.

En cuanto a la discusión, a fin de evitar posibles arbitrariedades, se sugirió establecer “casos fundados” y “objetivos” para su ejecución, como por ejemplo: que el control pudiere efectuarse en casos de aglomeraciones o tras actos terroristas⁴⁵⁰ o condicionarlo a las características físicas⁴⁵¹ del sujeto cuando se tratare de corroborar que sea el de la orden emitida⁴⁵². Junto a ello, se propuso que los policías pudieran facilitar la identificación del controlado a través de medios tecnológicos, lo que evitaría un ulterior traslado para cumplir con tal finalidad.

Junto a ello, se hizo hincapié en la necesidad de establecer definitivamente la singularidad de indicios para la procedencia del control de identidad, fundado en que no es una diligencia de investigación propiamente tal y, en consecuencia, no puede ser sometido a las exigencias inherentes a ella, lo cual, en definitiva fue acogido por la Comisión.⁴⁵³

Artículo 89 Examen de vestimentas, equipaje o vehículos: La eliminación de indicios como exigencia para proceder a efectuar esta diligencia fue un cambio sugerido a petición de las Policías, toda vez que este requisito implicaba una redundancia con lo contemplado tras la modificación efectuada al art. 129 del

⁴⁵⁰ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 93. Rosana Pajaritos.

⁴⁵¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 317 profesor don Juan Domingo Acosta

⁴⁵² El Prof. Jean Pierre Matus expresó que era un error incluir las órdenes de detención pendientes como indicio el control, ya que mezclaba situaciones diversas, mas, sería útil que durante el control se analizare su existencia.

⁴⁵³ Cfr. *Ibíd.*, p. 473 Jean Pierre Matus.

C.P.P., el que reiteraba esta facultad⁴⁵⁴. Por ello, se requirió su eliminación, permitiéndose así la procedencia de la misma a todo evento frente a una detención por razones de seguridad.

Artículo 129 Detención en caso de flagrancia: El proyecto⁴⁵⁵ buscó que la detención en caso de flagrancia permitiera proceder a la realización de las diligencias de registro de vestimenta, equipaje y vehículo, teniendo presente lo dispuesto por el art. 89 del C.P.P. Igualmente, en la situación que las policías debieran ingresar a un lugar cerrado para proceder a la detención de un sujeto, se les autorizó a registrar el lugar, incautar documentos y objetos vinculados al procedimiento previo debiendo informar de ello inmediatamente al fiscal, todo ello, sin perjuicio de lo prescrito por el art. 215 del mismo cuerpo legal.

Estas modificaciones no estuvieron exentas de cuestionamientos,⁴⁵⁶ en particular, en el caso del ingreso a lugares cerrados, ya que el afectado pudiere ser un tercero ajeno y podría ver afectados sus derechos. Otros, formularon reparos en atención a la incorporación del registro en caso de detención, dado que significaría una ampliación a las letras d) y e) del art. 130 C.P.P, más allá de la flagrancia, vulnerando la intimidad de las personas.⁴⁵⁷

A fin de evitar conflictos con lo dispuesto por el art. 215 del Código⁴⁵⁸, que versa sobre los hallazgos casuales de objetos o documentos que permiten sospechar la existencia de un hecho punible distinto al que se indaga y por el

⁴⁵⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 117 La asesora Jurídica de la PDI, señora Rosana Pajarito

⁴⁵⁵ Tras el análisis del art. 89 no se considerarán para el presente las intervenciones que versen sobre la redundancia entre él y el art. 129.

⁴⁵⁶ Defensor Penal Público (S), don Carlos Mora. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 51.

⁴⁵⁷ Oficio Corte Suprema. Cfr. *Ibíd.*, p. 274

⁴⁵⁸ Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado

cual fue dictada la orden respectiva, se pidió fuese igualmente enmendado⁴⁵⁹, habilitándose a las policías para su incautación inmediata, sin perjuicio de los derechos de terceros y sus posibilidades de recurrir al juez de garantía.⁴⁶⁰

Otra alternativa propuesta, trató sobre la posibilidad de que las policías, en persecución del hechor de un delito flagrante, pudieran recoger sin orden previa los elementos relacionados directamente con el delito cometido que pudieran hallar en el lugar donde el sujeto se oculta. Mas, en caso que los objetos y/o documentos no estuvieren vinculados a él, deberían obtener una autorización judicial previa para proceder a incautarlos.⁴⁶¹

Finalmente, se les habilitó para proceder a dicha incautación, pero con la exigencia de dar aviso de inmediato de ello al fiscal así como a la obligación de éste de conservarlos.

Artículo 130 Situación de flagrancia: En el proceso de discusión se decidió enmendar ciertos alcances de esta disposición, en particular la comprensión de tiempo inmediato respecto de las letras d) e) y f) y la agregación de este último a la situación de flagrancia, contemplando la aparición de un individuo en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía debía tener acceso en un tiempo inmediato.

Al respecto, se recalcó que dicha situación no configuraba flagrancia⁴⁶², sino que de causa probable fundada en una evidencia científica, siendo la problemática el dejar la apreciación del mérito a la policía. De otro lado, se

⁴⁵⁹ don Marcos Vásquez, Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, secunda doña Rosana Pajaritos en cuanto a este punto, agregando que debe ser el fiscal quien debe conservar dichos elementos. Cfr. *Ibíd.*, p. 117. En el mismo sentido, prof. Sr. Acosta. Cfr. *Ibíd.*, pp. 487-488.

⁴⁶⁰ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 56

⁴⁶¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 487-488. Sr. Acosta y Ministra de Justicia Blanco.

⁴⁶² Profesor Matus Cfr. *Ibíd.*, pp. 489.

acotó que el tiempo que mediere para que la policía se hiciera con el registro fuere de 12 horas según el inc. Final del mismo artículo, esto, ya que de lo contrario, la situación de flagrancia se ampliaría a casos que van mucho más allá de lo que el Constituyente tuvo en mente a la hora de autorizar la detención sin orden judicial previa.⁴⁶⁴ Con ello, se evitarían posibles indeterminaciones del concepto y acotaría el margen de interpretación del mismo que podrían surgir y afectar la labor de las policías.

Tras fijar que dicho plazo entre la comisión del hecho y la captura del imputado, se dispuso que él sería aplicable además para las letras d) y e) y f) a fin de evitar ulteriores problemas con las interpretaciones al respecto.

Artículo 206 Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden: Su enmienda pretendió incorporar un nuevo motivo para su ejecución, esto es cuando existan indicios de que se están destruyendo objetos, documentos o instrumentos, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren. Además, se sugirió agregar la exigencia de registrar por medios audiovisuales la práctica de la diligencia. Esto, no tardó en ser cuestionado, ya que la única razón que legitima una intromisión de tal envergadura a los derechos fundamentales debería ser un delito flagrante⁴⁶⁵ y no a la procedencia de meros indicios que quedasen a criterio de los agentes⁴⁶⁶. Otros, consideraron un contrasentido la exigencia de registro audiovisual en atención a la

⁴⁶⁴ Profesor señor Acosta. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 486

⁴⁶⁵ Carlos Mora, defensor nacional (s). Cfr. *Ibíd.*, revisar P.475

⁴⁶⁶ Defensoría Penal, sr. Geisse. Cfr. *Ibíd.*, ver que p. 484

excepcionalidad de la norma⁴⁶⁷ y, que con ello se transgredía de forma grosera el derecho a la intimidad del hogar, ya que dicho registro quedaría disponible en la carpeta investigativa.⁴⁶⁸ En contraposición, algunos estimaron que la grabación era un mecanismo idóneo⁴⁶⁹ para garantizar que las actuaciones de las policías sean acordes a derecho y no existan arbitrariedades.

Finalmente, se recordó que existían ciertas limitaciones de carácter legítimo en cuanto a las formas de recolección de pruebas a fin de impedir la existencia de investigaciones sin antecedentes⁴⁷⁰, que a su vez, restringían al personal policial a fin de evitar excesos. A ello, dichas medidas siempre se encontrarían sujetas al control del juez de garantía⁴⁷¹ y los funcionarios públicos que efectuaran allanamiento ilegal, eventualmente podrían ser investigados por la comisión del delito contemplado en el artículo 155 del C.P.

Tras estas observaciones, fueron aprobadas las modificaciones sugeridas, excluyéndose la necesidad de grabaciones audiovisuales de la diligencia.

Artículo 215 Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado: La discusión del art. 129 del C.P.P. tuvo reflejo en la de esta norma a fin de su armonización. Se partió exponiendo las dificultades prácticas que presentaba su aplicación⁴⁷², ya que a pesar de encontrarse la policía autorizada para realizar un registro no era posible incautar estas especies sin la autorización judicial pertinente. Por ello, se propuso que la incautación debía

⁴⁶⁷ Director General de la Policía de Investigaciones, don Marcos Vásquez, Rosana Pajaritos. Cfr. *Ibíd.*, p. 118.

⁴⁶⁸ Profesor señor Acosta. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 502.

⁴⁶⁹ Defensoría Penal, sr. Geisse. Cfr. *Ibíd.*

⁴⁷⁰ Profesor sr. Matus. Cfr. *Ibíd.*, p. 503

⁴⁷¹ Ministra de Justicia, como el Fiscal Nacional (S). Cfr. *Ibíd.*, p. 503

⁴⁷² Director General de la P.D.I, don Marcos Vásquez. Cfr. *Ibíd.*, p.506

proceder sin necesidad de nueva autorización en base al criterio de causa probable⁴⁷³. En contraposición, se recordó que en casos urgentes las autorizaciones judiciales pueden obtenerse por medios expeditos⁴⁷⁴, por lo cual parecía excesivo omitirla y así impedir el control del juez de garantía. A esto, se replicó que sí se cuenta con mecanismos de control, como la exclusión de prueba y el posible proceso penal por allanamiento ilegal.⁴⁷⁵

Finalmente, se efectuó la modificación, agregándose como requerimiento a los agentes policiales únicamente la autorización del fiscal para proceder a la incautación de objetos y/o documentos no vinculados con los hechos que se investigan y, haciéndose cargo él de su posterior custodia.

De las modificaciones introducidas por estas leyes, es posible advertir que, la mayoría de ellas inciden, en cierta medida, en el régimen de aplicación de la exclusión de pruebas por posibles inobservancias a garantías fundamentales. Así, por ejemplo, fue modificado el art. 9 del C.P.P., permitiendo que las autorizaciones judiciales previas pudieran ser emitidas por cualquier medio idóneo, pero siempre exigiendo que de ellas se dejara constancia en la carpeta investigativa. Cuestión similar podría decirse sobre el art. 85 del C.P.P, en cuanto a la procedencia del control de identidad, esto, ya que otrora se requerían para su ejecución la multiplicidad de indicios sobre la comisión de un hecho ilícito, la intención de cometerlo, entre otros, mientras que, hoy por hoy, sólo es menester la existencia de uno. Antes, la ausencia de dos o más indicios

⁴⁷³ Cfr. *Ibíd.*, p. 56. Misma consideración en torno al riesgo de pérdida de evidencia emitió el Subdirector Operativo de la P.D.I, Prefecto General sr. Darío Ortega. Cfr. *Ibíd.*, p. 304.

⁴⁷⁴ Defensoría Penal, sr. Irarrázabal. Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.931, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>, p. 55.

⁴⁷⁵ Profesor sr. Matus. Cfr. *Ibíd.*, p. 56.

generalmente implicaba la ilegalidad de la detención y, la exclusión del material probatorio recabada en él. En la misma línea, el art. 89, de dicho cuerpo legal, que versa sobre el examen de vestimenta, equipaje y/o vehículo, se siguió una lógica similar a los hallazgos casuales, con lo cual, se suprimió la exigencia de nuevos indicios para proceder a su realización en el contexto de una detención por razones de seguridad para el personal policial. Lo anterior es aplicable al propio 129 del C.P.P., que trata de la situación de flagrancia, pero añadiendo la exigencia de conservar aquello recabado y, el deber de comunicar esto al fiscal inmediatamente.

En lo que respecta a la diligencia de entrada y registro, fueron modificados por estas leyes los artículos 206 y 215. En el caso del primero, esto es, la entrada y registro sin autorización previa, se agregaron nuevos indicios, lo que pretendió evitar encontrarnos ante investigaciones sin antecedentes y, en cuanto al segundo, que aborda a los objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado, se modificó el sujeto a quien las policías debían pedir autorización para proceder a su incautación, siendo actualmente el fiscal.

De lo aquí expuesto, se torna evidente cómo decisiones de política criminal, que a la luz del contexto, son capaces de modificar instituciones penales, respecto de las cuales podemos ser más o menos críticos, pero, han incidido en la práctica de la atenuación de la exclusión como remedio represivo otorgado al juez de garantía ante el actuar del Ministerio Público y de los agentes del estado en atención a las diligencias investigativas desplegadas durante la homónima fase, sobre todo, sobre aquellas calificadas como intrusivas.

Conclusión:

Las primeras líneas de esta memoria, versaron sobre la verdad, un tema muchas veces relegado por los mismo estudiosos del Derecho, definiéndola como aquella por correlación con la realidad, procurando rescatarla y re-significarla como constitutiva de uno de los fines relevantes del proceso penal. Sin embargo, dadas las limitaciones inherentes al proceso, se reconoce que en ocasiones no podrá ser aprehendida cabalmente, al igual que hacemos hincapié que su obtención no puede justificar injusticias o transgredir garantías fundamentales. Así, un imperativo del Estado de Derecho en el cual vivimos, obliga a que los órganos que interactúan dentro del proceso penal, en especial, el Ministerio Público y las policías, a velar en todo momento por los derechos de los intervinientes, empero, ello no podrá significar en caso alguno el incumplimiento de su deber esencial, esto es, la investigaciones de los hechos de relevancia jurídico penal.

Pero, ¿es posible comprender la investigación dentro del proceso penal si no es con ciertas limitaciones a estos derechos?

Tal y como pudimos observar a lo largo de este trabajo, muchas de las actividades que se desenvuelven durante la fase indagatoria se encuentran en constante conflicto con las garantías fundamentales, empero, son limitaciones autorizadas por la propia Constitución, quien delegó en la ley dicha posibilidad, siendo ésta la encargada de fijar los requisitos para estas restricciones. Sólo su incumplimiento podría aparejar la probabilidad de encontrarnos ante el nacimiento de una de las causales de exclusión probatoria de nuestro sistema, esto es, la obtención de prueba ilícita, aquella que transgrede garantías fundamentales de los individuos, sean consagradas por nuestra Carta

Fundamental o por tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país.

Mas, una de las preguntas clave que procuró resolver este trabajo, nos llevó a determinar que no toda transgresión a ellas derivaría inevitablemente en su exclusión, sino que se torna esencial la exigencia de otros requisitos.

En primer lugar, debe evaluarse si la transgresión afectó o no derechos constitucionales, los que a su vez se deben encontrar garantizados por nuestras normas procesales penales. En caso de ser la respuesta afirmativa, la exclusión probatoria no actuará de plano, sino que antes, será necesario evaluar otro ámbito, mirando esta vez a la vulneración en sí misma, en particular, que ella no refiriese a una mera transgresión a la legalidad normativa, sino que habiendo afectado un derecho constitucional y su garantía, tenga ésta el carácter de sustancial y desproporcionada. Latamente, se expresó a lo largo de este texto que, los derechos fundamentales presentaban limitaciones inherentes a su desarrollo dentro del Estado de Derecho, siendo, por regla general, privados de una naturaleza absoluta

Luego del escrutinio de los filtros señalados, corresponderá atender si cabe o no la posibilidad de un tercera esfera de estudio. Así, quien suscribe, señala que compete ahora representarse si procede o no alguna de las denominadas excepciones a la exclusión probatoria o doctrinas que la atenúan. Ellas, podrían actuar afectando su aplicación, teniendo como fundamento principal para ello la armonización de principios del sistema procesal penal, como por ejemplo, el garantizar a los intervinientes del proceso penal la protección de sus derechos y, también, velar por el ejercicio de la persecución penal y del restablecimiento del derecho.

Dentro de ellas, encontramos el principio de proporcionalidad o de ponderación, nacido en la jurisprudencia y doctrina alemana, que aboga por dar un equilibrio en medio de este conflicto, teniendo en consideración para su aplicación la gravedad del ilícito, la de la propia infracción a los derechos del imputado/ acusado, la pena que lleva aparejado el ilícito, entre otros. La proporcionalidad no sólo se muestra como un criterio orientador en este tipo de situaciones, sino que incluso podemos encontrarnos en diversos ámbitos de nuestra tradición jurídica, no escapando a ello el sistema procesal penal, siendo necesario, como se expresó en su momento, para evaluar la procedencia de ciertas medidas cautelares y también para la autorización respecto de actuaciones intrusivas.

De otro lado, encontramos teorías nacidas en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana, destacando la doctrina de la fuente independiente, del descubrimiento inevitable y la buena fe del agente. Las primeras, tienen como fundamento un quebranto en el nexo causal habido entre la ilicitud de la prueba obtenida con infracción y las pruebas derivadas. En la fuente independiente, por ejemplo, existe una prueba claramente ilícita, pero, antes o posteriormente a su obtención, en el marco de un curso investigativo paralelo, se ejecutaron diligencias de investigación que recabaron elementos probatorios desconectados de ella. Cuando acontece con posterioridad, el nexo igualmente puede encontrarse roto o, al menos, atenuado, lo que podría ser causado por acciones independientes de parte del imputado. Por su parte, el descubrimiento inevitable, si bien es similar a la fuente independiente y surge en el contexto de dos cursos de acción paralelos, la diferencia subyace en el proceso de obtención del material probatorio a través de un curso de acción simultánea, pero a la vez hipotética, ya que no logra hacerse con los elementos de prueba por medios lícitos antes de ocurrir la ilicitud en el otro cause investigativo. Así, pesará en los argumentos del Ministerio Público y la actividad intelectual de los

jueces determinar si, prosiguiendo con aquella trayectoria lícita habría podido hacerse con esas pruebas sin existir mácula en su actividad. Cabe recalcar que, se exige de ese análisis que su probabilidad posea más bien rasgos de certeza comprobables, esto es, que inevitablemente, de haber seguido la diligencia sus pasos, no habría cabido la ilicitud.

Finalmente, nos encontramos con la buena fe del agente. A diferencia de las anteriores, ella no tiene como fundamento un quebranto del vínculo respecto de la ilicitud, sino que mira al actuar del agente policial en sí. Esto es muy controvertido, toda vez que por intermedio de ella incluso podría aceptarse la incorporación al juicio de prueba ilícita directa. Ahora bien, cabe destacar que no basta con una evaluación subjetiva, sino que ha de estar sujeta a criterios objetivos para su aplicación. Así, podrán considerarse como parámetros para su uso, que la acción ejecutada por el policía fuera de aquellas que, normalmente en similares circunstancias, habría desempeñado igualmente otro agente. También, se tendrá especial consideración en atención a la *expertise* del mentado funcionario, sus años de trayectoria y sus logros; por último, podrán considerarse los errores que pudieren afectar la o las autorizaciones emanadas de los jueces de garantía o, incluso, podríamos enunciar a los fiscales en nuestra latitud, los que, dependiendo de su tenor, podrían excusar el actuar del policía, siempre y cuando no pecase éste de negligencia.

De otra parte, una de las teorías que no es necesariamente foránea a nuestro sistema, versa sobre los hallazgos casuales. Estos, se encuentran consagrados en nuestra legislación, al menos, en lo que respecta a las diligencias de entrada y registro en lugares cerrados y en la de interceptación de comunicaciones telefónicas. Lo interesante y desafiante sobre ellos, radica en la existencia justamente de situaciones que no están regladas, sobre las cuales existen diversas posturas. Así, de un lado, nos encontramos con quienes las tratan

como *notitia criminis*, con lo cual, se obligaría al persecutor a aperturar una causa diversa a la ya llevada, mientras que, la otra, las comprende como casos de restricción imponderada, lo que implica una atenuación de los principios de intervención indiciaria y el de proporcionalidad. Si bien, afectarán posiblemente derechos fundamentales, esto no se provocó porque los agentes deliberadamente buscaran la existencia del delito, sino que son situaciones imprevistas e irreversibles en que se producen descubrimientos de evidencias incriminatorias. Suscribimos a esta última visión, entre otras cosas, porque, igualmente contiene requisitos para su aplicación, aunque en este caso son de carácter negativo. Finalmente, cabe recordar que, en el hallazgo casual, a diferencia de las doctrinas de atenuación a la regla de exclusión, existe un procedimiento investigativo legítimo, en el curso del cual se descubren nuevos hechos delictivos.

Por último, si bien, no fueron desarrolladas en el presente trabajo, decisión tomada en virtud de su ya notable extensión, existen otras excepciones a la exclusión probatoria, como lo son la doctrina del vínculo atenuado. En ella, se genera una situación similar a la de la fuente independiente y el hallazgo inevitable (podría señalarse que es una derivación de la primera), es decir, un quiebre con el nexo causal habido entre la obtención misma de los elementos probatorios y el actuar del policía. Por ello, podrían incidir en disolución de éste, el tiempo transcurrido entre uno y otro, la cantidad y relevancia de la prueba de cargo que no ha sido afectada por la ilicitud o, las acciones propias del imputado durante el proceso de investigación.

En los últimos capítulos, se procuró adoptar una mirada práctica del problema para facilitar su comprensión, por ello, de un lado, se adjuntó jurisprudencia relevante para nuestra materia, tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema y, del otro, la existencia de modificaciones legales que han ido

en la dirección de acotar el ejercicio de la exclusión probatoria. En el caso de la jurisprudencia, es posible constatar la aplicación de algunas de las atenuantes a la exclusión de pruebas por parte de nuestros tribunales superiores de justicia, a fin de revocar la exclusión de la prueba de cargo ejecutada por los jueces de garantías del auto de apertura de juicio oral. Así, las más recurrentes probaron ser la doctrina de la fuente independiente y del descubrimiento inevitable. Mas, igualmente se aprecia la aplicación de la doctrina de la ponderación, el vínculo atenuado y la buena de del agente. Empero, nuestro interés en la adopción de estas doctrinas por parte de nuestra jurisprudencia va mucho más allá que su sola aplicación, sino que, a que ésta sea desarrollada con bases, fundamentos y la aplicación de criterios que tiendan a uniformar las respuesta a las pregunta de ¿cuándo nos encontramos ante una teoría que atenúa el principio consagrado en el art. 276 inc. 3 del C.P.P.? Y, ¿bajo qué criterios se habilita su procedencia? Así, en varios fallos se advierte una falta de fundamentación clara en torno a criterios procesos que habiliten la concurrencia de las atenuantes o, lo que puede ser peor, la existencia de interpretaciones dispares de los tribunales de justicia ante una u otra excepción, como ha sucedido con la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el vínculo atenuado. Esto, a nuestro haber, es fundamental corregirlo; por lo mismo fue que no sólo se trataron las excepciones bajo un marco teórico, sino que también se brindaron criterios prácticos para evaluar su procedencia y justificarla a la hora de dictar el fallo en cuestión. Caso distinto trata sobre resoluciones erróneas en cuanto al cumplimiento de determinados requisitos de las diligencias investigativas y, lo que se ha traducido en la exclusión de material probatorio de cargo, sin considerar las doctrinas aquí enunciadas.

Estos, también podrían ser tenidos en consideración por nuestras Cortes de Apelaciones y por la Excelentísima Corte Suprema, por cuanto a las primeras

les compete velar por el correcto funcionamiento de los tribunales inferiores y, a la segunda, le competen las facultades directivas sobre todos los tribunales de la nación, salvo respecto del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales. Además, no puede obviarse su capacidad de influir en los inferiores, no sólo a causa de lo ya señalado, sino que, se entiende que, en su rol de superiores jerárquicos, su especialización y su propia composición, permiten un estudio más acabado y, en consecuencia, más detallado de las resoluciones que emanan de ellos.

Huelga decir que las palabras previamente vertidas, son aplicables a los jueces de garantía. Ellos, son la primera barrera ante la existencia de la prueba ilícita y el análisis de la procedencia de la supresión de pruebas. Por ello, ideal sería que tuviesen en consideración lo aquí ofrecido, toda vez que son ellos los llamados a actuar como contralores en lo que a las actividades del Ministerio Público y de las policías se refiere, sea en virtud de lo ordenado por el artículo 9 del Código Procesal Penal o, por aquellos que se encargan de reglar las diligencias de investigación, con especial énfasis en aquellas de carácter intrusivo, como la entrada y registro en lugares cerrados, la interceptación de comunicaciones telefónicas o, actuaciones autónomas como la detención en situación de flagrancia.

De esta forma, tal y como otrora fue la jurisprudencia la encargada de incorporar conceptos foráneos vinculados a la prueba ilícita, la exclusión probatoria y las excepciones a ella, partiendo tímidamente con posterioridad a la reforma, para luego hacer propios los criterios y definiciones enarbolados por otros tribunales, en especial, la Corte Suprema norteamericana o, doctrina de otras latitudes que ha influido en la doctrina nacional, como ocurre con el principio de ponderación en Alemania, podría ésta nuevamente definir los criterios correctos para su aplicación y así evitar cometer errores de

interpretación o un abuso al formularlas, para lo cual, apreciamos, este humilde trabajo pudiera ser de utilidad.

Mientras que, en lo que refiere a la ley, han ocurrido diversas modificaciones legales en el Código Procesal Penal que permiten concluir que, en cierta forma, la política criminal de las instituciones que se interrelacionan en el proceso, aunque esta no conste oficialmente, ha sido gatillante de cambios a raíz del surgimiento de situaciones diversas a las que dieron nacimiento a la reforma.. Así, podemos encontrar modificaciones al control de identidad, el cual pasó de requerir dos o más indicios para habilitar al funcionario policial para ejecutarlo a o sólo necesitar uno. Otro tanto ocurrió con la situación de los hallazgos casuales, los que en el caso de la diligencia de entrada y registro en lugares cerrados, antes requerían de la autorización del juez de garantía y, ahora, solo basta con la del fiscal. También contemplamos la incorporación de nuevas hipótesis en la situación de flagrancia y los cambios sufridos para la propia comprensión de ella, que fue ampliada o, la posibilidad de proceder al registro de vestimentas, equipaje y/o vehículos en el marco del control de identidad, que ya no exige la procedencia de nuevos indicios para efectuarlo. De esta forma, el capítulo dedicado a las enmiendas legales procuró evidenciar cambios que afectaron el rango de acción de la exclusión de pruebas, toda vez que se flexibilizaron requisitos o autorizaciones para la realización de diligencias que suelen ser de carácter intrusivo, lo que, según los fundamentos dados en la historia de la leyes analizadas, se debió a la necesidad de mejoras al sistema procesal penal, la facilitación del proceso de investigación y, también a cambios sociales que afectan a nuestra ciudadanía, como lo son la percepción ante la criminalidad y, especialmente, frente a la impunidad.

Ahora bien, quien suscribe ha aseverado en varias oportunidades que por medio del presente no se pretende sostener la supresión de este principio rector

de nuestro ordenamiento frente a la obtención de prueba ilícita, sino se ha buscado evidenciar la necesidad de promover un sano debate sobre ciertos principios y bienes jurídicos en juego, así como la consolidación de criterios jurisprudenciales, sea para fines de su procedencia como, para el uso de las propias excepciones a ella. De esta forma, se ha aspirado humildemente a contribuir con la estandarización de directrices para que la judicatura y/o la doctrina nacionales puedan contar con herramientas para resolver estas situaciones planteadas. Esto, será esencial para la homologar los fundamentos esgrimidos por los magistrados en sus decisiones vinculadas al debate de las pruebas, en particular, la exclusión de las mismas.

No obstante todo lo señalado, bien sabemos que la aplicación de la exclusión probatoria y sus excepciones son inherentemente casuísticas y eso las torna difíciles en cuanto a su ejercicio y comprensión. Ante esta nebulosa, el presente trabajo pretendió dar luces por medio de criterios que permitieran facilitar esta actividad, como la definición de la prueba ilícita, la visión de la regla de exclusión como principio sujeto a modulación y la definición de sus alcances. Además, se propuso una serie de criterios para analizar si es viable, ante la existencia de prueba ilícita, en especial en el caso de la derivada, el uso de algunas de las doctrinas que buscan mitigar el art. 276 inc. 3, respecto de cada una de ellas, junto a sus críticas y contra críticas al momento de adoptarlas en nuestro país.

Dado el orden de ideas aquí desarrollado, se estima este trabajo ha traído a la palestra un análisis relevante para el instituto de la exclusión probatoria y, con ella, aportado con material que permita espacios de debate y la promoción de nuevos planteamientos sobre su atenuación. Su finalidad no ha sido otra que

ilustrar cómo la lógica tras el principio de exclusión de pruebas no es inmutable, sino que, al igual que la mayor parte de nuestra legislación, debe adaptarse a los cambios que manifiesta nuestra sociedad y la comprensión de la propia política criminal que, junto a ellos, se encuentra en constante evolución.

Así, si bien la doctrina y la jurisprudencia han permitido la permeabilidad de estos conceptos, esto sólo sigue siendo un punto de inicio. Las dificultades que ellas aparejan, latamente señaladas, convocan una y otra vez a consolidar la necesidad de una correcta fundamentación y fijación de criterios de aplicación en las sentencias y fallos de nuestras magistraturas, pero también en una prolija y argumentación de los intervinientes a la hora de la formulación del debate en torno a las pruebas, el cual, no podemos obviar, debe ir acompañado de elementos fácticos que la acrediten efectivamente.

Lo anterior, es trascendente si lo que se pretende en nuestro Estado de Derecho es que las decisiones jurisdiccionales cumplan con su rol de brindar seguridad jurídica y no entorpecerla, lo cual, es provocado justamente por aquellas decisiones contradictorias y/o erróneas por no contener una cabal comprensión de las instituciones en ellas escrutadas. Además, permitirá alcanzar el objetivo de la democratización del Derecho, ya que una correcta fundamentación permitirá que las personas alejadas de los estudios jurídicos y legales puedan entender el análisis formulado por el juez, lo que es particularmente vital para quienes actúan en el proceso, como la víctima, el demandante civil y el querellante.

En cuanto a proyecciones de lo aquí desarrollado, podemos decir que existen múltiples desafíos que pueden surgir y ser analizados con posterioridad a este trabajo. Así, es posible abordar qué ocurre con diligencias investigativas como la del agente encubierto, cuál sería su calificación jurídica y su relación con la

prueba ilícita y la exclusión probatoria. O, materias aún más complejas y difíciles de abordar, como acontece con la tortura; si podría justificarse su amenaza de ejercicio o su realización en contra de un individuo en determinadas circunstancias, como podrían ser la trata de personas o el terrorismo.

Igualmente, cabe preguntarse si lo óptimo para la regla de exclusión y las teorías que la atenúan, es una consagración legal más detallada como en otras latitudes o, si es preferible continuar como nos encontramos, toda vez que es patente que la ausencia de normativización exhaustiva no ha impedido el acogimiento por parte de la jurisprudencia y la doctrina de estos tópicos o, que la doctrina haya realizado sus propios aportes al respecto, como se ha podido ilustrar aquí.

La regulación normativa podría surgir como una alternativa a fijar las doctrinas de atenuación como un límite válido a la exclusión, lo que podría fundarse en la necesidad de uniformar criterios, sobre todo cuando no hay directrices para la aplicación de estas excepciones. Es innegable que esta dificultad en parte tenga su origen en la complejidad para internalizarlas, toda vez que son instituciones foráneas, cuya cabal comprensión siempre está a la palestra del debate en las latitudes que le han otorgado mayor dedicación a su estudio.

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, el debate que ha buscado traer este proyecto, debe tener en claro el equilibrio que demanda entre los intereses en juego, vale decir, de un lado, la persecución penal y la aplicación del *ius puniendi* estatal y, de otro, los derechos fundamentales de los involucrados, aunque, dado lo discutido aquí, queda claro que eso es más bien un reduccionismo, ya que existen más intereses en juego, a nombrar por ej: el de la sociedad frente a los ilícitos penales, la protección del Estado de Derecho, el

esclarecimiento de los hechos, los intereses de los intervinientes, el debido proceso, entre otros.

Claro está que este llamado a debatir genera temor y/o preocupación para algunos, por cuanto cabe la posibilidad de que una decisión ceñida a un contexto social determinado, pueda implicar que la sugerencia de limitación a la regla de exclusión se tornase, en cambio, en su desuso o, en el peor de los casos, en un incentivo a las policías para transgredir derechos fundamentales producto de acontecimientos vividos en nuestro país hace ya varias décadas, pero, esto no inhabilita a la doctrina ni a los actores del sistema procesal penal a tomar un momento para evaluar la atenuación a la regla de exclusión, la cual, de formularse, debe realizarse de manera fundada y razonable, siempre teniendo presente la responsabilidad, la proporcionalidad y el respeto a las garantías fundamentales de las persona.

Por lo mismo, si deseamos una discusión democrática y con altura de miras frente a los institutos que hemos aquí estudiado, es menester que los intervinientes y sujetos procesales, en especial, el Ministerio Público y las policías y, brinden no sólo su opinión sobre el particular, sino que, especialmente, sus acciones nos permitan avanzar en estos cambios. Para ello, indispensable será trabajar en los desafíos que ambas instituciones deben superar, todo ello en pro del correcto desarrollo del proceso penal. Tener un ente persecutor y policías que ejecuten correctamente sus labores, contribuirá mucho en la discusión, porque aminorará la postura férrea de no aplicar excepciones a la regla en base a las actuaciones desplegadas por ellos.

Otro punto que inevitablemente quedará fuera del rango de acción de esta memoria, radica en que, no obstante todo lo planteado no redundará en la obligación de su aplicación. Si un magistrado estima, por ejemplo, que el fruto

del árbol envenenado se extiende a otras pruebas o, si establece como ilícita determinada prueba, las atenuantes de la regla probablemente no podrían jugar un rol de armonización. Empero, aquí recaerá sobre las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema la revisión de estas resoluciones y la posibilidad de revocar la exclusión de pruebas realizada por el juez de garantía.

Finalmente, cabe recordar que este trabajo, no pretende dar respuestas absolutas a las materias aquí tratadas, pero sí establecer guías para su comprensión en virtud de la investigación desarrollada. Tampoco es su intención tener la verdad sobre la materia en estudio. Tal y como se dijo desde un principio, con él, lo que se anhela, es convocar a un debate necesario y, junto a él, trazar las bases del mismo, es decir, dar un humilde punto de inicio.

Por ello, a modo de cierre, no podemos sino hacer nuestras las palabras plasmadas en el fallo ROL:2812-2012 de la Excelentísima Corte Suprema, en el entendido de que nuestro Derecho Procesal actual, de corte acusatorio y garantista, exige a los intervinientes y, a algunos de los sujetos procesales, rigurosos requisitos, los que, cumplidos, siquiera les dan garantía de aspirar a una sentencia condenatoria ante la comisión de un hecho punible, como lo son, el material probatorio, que la prueba sea rendida en la instancia que corresponda, ajustarse al debido proceso, que la prueba sea objetivamente incriminatoria y, de parte del juez o jueces, que la prueba sea apreciada conforme a las sana crítica, produzca en ellos convicción y su veredicto sea razonado.

Lo anterior, no es sólo exigible porque es lo correcto o lo justo, sino, porque emana de la propia naturaleza de nuestras instituciones, por ello, según su Considerando Tercero, “[...] *tan elevado estándar ha de conciliarse con la finalidad propia del ius puniendi del Estado que no puede trocarse en total*

ineficacia, lo que deriva en el especial esfuerzo de la prudencia jurisprudencial para equilibrar lo uno con lo otro, por manera que en el juicio se revele perfecta conjunción de la operatividad del superior derecho a castigar de que se ha revestido convencionalmente la comunidad, por una parte, con el de que ello se haga a la luz de paradigmas universalmente garantes, por la otra.”⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ HORVITZ LENON, et al. (2015). El recurso de nulidad en materia penal: Jurisprudencia de la Corte Suprema 2001-2013. Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. P. 775.

Bibliografía:

Doctrina:

- ABUTR CAMPOS, A. (2004). Jurisprudencia de la reforma procesal penal: indizada y sistematizada: diciembre 2000 - abril 2002. Vol. II. (1a. ed.). Santiago Lexis Nexis.
- ALCAIDE GONZÁLEZ, J. M. (2012) La exclusionary rule de E.E.U.U. y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos Tesis doctoral no publicada. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona, España. Disponible en: [<https://ddd.uab.cat/record/127443>]
- ALDUNATE, E. (2008) *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- ALMIRÓN, H. A. (2002) Ministerio Fiscal y policía judicial. Eficiencia y eficacia desde una mirada integradora. En CAFFERATA NORES, José I (compilador). ALMIRÓN, et. Al. *Eficacia del sistema penal y garantías procesales (¿Contradicción o equilibrio?)* (pp. 3- 40). Córdoba: Editorial Mediterránea.
- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. (2011) Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio). *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 2, pp. 1-69.
- ÁLVAREZ FORTTE, H. (2009) Las reglas de exclusión de prueba y su sustento en los fallos del Tribunal Constitucional. Disponible en: [[https://www.academia.edu/15333814/Las reglas de exclusi%C3%B3n de prueba y su sustento en los fallos del tribunal constitucional](https://www.academia.edu/15333814/Las_reglas_de_exclusi%C3%B3n_de_prueba_y_su_sustento_en_los_fallos_del_tribunal_constitucional)]

- AMBOS, K. (2007) *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho Alemán y Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- AMBOS, K., VON BELING, E., & GUERRERO, O. J. (2009) *Las prohibiciones probatorias*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- AMBOS, K. (2009) Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Fundamentación teórica y sistematización. *Revista Política Criminal*, vol. 4, N° 7, pp. 1-51. Disponible en: [\[http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf\]](http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf)
- AMBOS, K. (2010) ¿Puede un Estado torturar sospechosos para salvar la vida de inocentes? En: INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL. *Derecho Penal y Política criminal. Libro en Homenaje a Álvaro Bunster* (pp. 41-79). México D.F: Editorial UBIJUS- IPF Vanguardia en Ciencias Penales.
- AMBOS, K. (2013) *Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo, nuevos ensayos*. Santiago de Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- ARAYA VEGA, A. (s.f) La teoría de los frutos del árbol envenenado. Críticas e interpretación en Costa Rica. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en: [\[http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28061-teoria-frutos-del-arbol-envenenado-criticas-e-interpretacion-costa-rica\]](http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28061-teoria-frutos-del-arbol-envenenado-criticas-e-interpretacion-costa-rica)
- ARMENTA DEU, T. (2007) La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita). *Revista Ius et Praxis*, Año 13, N° 2. pp. 345-377. Disponible en: [\[http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/474\]](http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/474)

- ARMENTA DEU, T. (2009). Exclusionary rule: convergencias y divergencias entre Europa y América. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, pp. 81-110. Disponible en: [\[http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/3660-2.pdf\]](http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/3660-2.pdf)
- ARMENTA DEU, T. (2009) *La prueba ilícita (Un estudio Comparado)*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.
- ARMENTA DEU, T. (2013). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid; Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons.
- ARMENTA DEU, T. (2014) *Estudios de Justicia Penal*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Pablo. Marcial Pons.
- BARROS LEZAETA, L. (2006). *La labor policial e investigación criminal. la visión de los detectives* (1a. ed.). Santiago de Chile: RIL Editores; CESC, Universidad de Chile.
- BAUMEISTER TOLEDO, A. (2015) Observaciones sobre el derecho constitucional a la prueba. En: ABACHE CARVAJAL, S. (2015) *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación, Tomo III*. Pp. 1809- 1816. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- BOFILL, J. (2004) Preparación del Juicio Oral. *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, Vol. 29, N° 2, pp. 273-281. Disponible en: [\[https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14917/000335977.pdf?sequence=1\]](https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14917/000335977.pdf?sequence=1)
- BOFILL GENZSCH, J. (1998) Las prohibiciones de prueba en el proceso penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 12, pp. 225-243. Disponible en: [\[http://www.rderecho.equipu.cl/index.php./rderecho/article/viewArticle/217\]](http://www.rderecho.equipu.cl/index.php./rderecho/article/viewArticle/217)

- BOUZAT, A & CANTARO, A. S. (2003) Verdad y prueba en el proceso acusatorio. *Discusiones: prueba y conocimiento*, N° 3, pp. 67-80. Disponible en: [<http://www.cervantesvirtual.com/obra/verdad-y-prueba-en-el-proceso-acusatorio/>]
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R. (2001) El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. *THEMIS Revista De Derecho*, 43, pp. 137-159. Disponible en: [<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11596>]
- CABEZUDO BAJO, M. J. (2010). La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. *Revista de Derecho Político*, N° 77, Enero-Abril 2010, pp. 143-182.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2002). La eficacia de la investigación penal y el Estado de Derecho. En CAFFERATA NORES, José I (compilador).
- CAROCCA PÉREZ, A. (1998) Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 4, N° 2, pp. 301-323. Disponible en: [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740213>]
- CAROCCA PÉREZ, A., (2005). *Manual el nuevo sistema procesal penal* (3a. ed. Actualizada). Santiago de Chile: LegalPublishing.
- CARRIÓ, A. D. (2000) *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal* (4a. Ed. Actualizada Y Ampliada) Buenos Aires: Hammurabi.
- CASTILLO VERA, F. V. (2008) *Prueba ilícita por violación del derecho de defensa en cuanto garantía del debido proceso*. Recuperado el 10 de 06 de 2019 del sitio Web del Estudio Barahona Castillo Bonacic Abogados: [<http://www.bcbabogados.cl/images/pruebaillicita.pdf>]

- CEA EGAÑA, J. L. (2002) Marco constitucional del nuevo sistema procesal penal. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29(2), pp. 211-229. Disponible en: [<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14914>]
- CEA EGAÑA, J.L. (2008). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II* (2ª Ed. actualizada). Santiago de Chile: Ediciones UC.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. (2006) *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. Santiago de Chile: Equipo Editorial A. Cabezón y S. Araneda.
- CERDA SAN MARTÍN, R. (2003) *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*. Santiago: Librotecnia.
- CERDA SAN MARTÍN, R. (2010) La prueba ilícita y la regla de exclusión. *Revista de la Justicia Penal*, N° 6, pp. 99-176.
- CHAHUÁN SARRÁS, S. I. (2009) *Manual del nuevo procedimiento penal* (6ª. Ed. actualizada y aumentada). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- COCIÑA CHOLAKY, M. (2011) *La averiguación de la verdad como finalidad del proceso penal*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales no publicada, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: [[http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110884.](http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110884)]
- COLOMA CORREA, R. (2004). *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (1a. ed.). Santiago de Chile: LexisNexis.
- COLOMBO CAMPBELL, J. F. (2005) Aspectos constitucionales de la reforma procesal penal. *Revista de Derecho Procesal*, N°20, pp. 9- 38.
- CONGET MORRAL, J.. (2015) *La prueba como garantía mínima dentro del debido proceso. Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

no publicada, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: [<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/134942>]

- CORREA ROBLES, C. (2014) *El Hallazgo casual y sus consecuencias jurídicas*. Revista de Ciencias Penales. Sexta Época, Vol. XLI, N° 4. Chile. Instituto de Ciencias Penales. Thomson Reuters- LegalPublishing. Pp. 169-173.
- CORTÉS-MONROY FERNÁNDEZ, J. (2016). *La "valoración negativa" y la exclusión de la prueba en el proceso penal: Una crítica desde la concepción racionalista de la prueba*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales no publicada, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: [<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/141254>]
- DELGADO DEL RINCÓN, L. (s.f) *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. Recuperado el 07 de 03 de 2019 del sitio Web del *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. Disponible en: [www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf]
- DE JESÚS SANTOS, A. (2015) *La Prueba Ilícita en la Era Digital Enfoque Histórico del Sistema Procesal Penal Dominicano*. Tesis doctoral no publicada. Universidad del País Vasco & Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana. Disponible en: [<https://addi.ehu.es/handle/10810/18479>]
- DÍAZ CABIALE & MARTÍN MORALES. (2001) *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.
- DÍAZ GARCÍA, L. I. (2009) *Derechos fundamentales y decisión judicial: algunos criterios para la mejor aplicación del derecho penal*. Tesis

doctoral no publicada. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España.
Disponibile en: [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/7586#preview>]

- DÍAZ GARCÍA, L. I. (2010) *Destruyendo mitos. Derechos fundamentales y el esclarecimiento de los hechos en el proceso penal. Revista chilena de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Temuco.* (1), 17–32.
Disponibile en: [<http://derechoycienciapolitica.cl/index.php/RDCP/article/view/71>]
- DIAZ GARCIA, L., *Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, en: COLOMA CORREA, Rodrigo (Coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: Lexis Nexis, 2003, pp. 129-160
- DUART ALBIOL, J. J.. (2013) *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito procesal penal.* Tesis doctoral no publicada. Facultat de Dret, Universitat Autònoma de Barcelona, Bellaterra, Barcelona, España.
- DUCE JULIO, M., & RIEGO, C. (2009). *Proceso penal* (1a. ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- DUCE, C. (2010) *Diez años de Reforma Procesal penal en Chile: Apuntes sobre su desarrollo, logros y desafíos.* En: Ministerio de Justicia. *A 10 años de la reforma procesal penal. Los desafíos del nuevo sistema.* (pp. 191-234). Disponible en: [<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4792>]
- FANDIÑO CASTRO, M., RUA, G., MORENO L., FIBLA CERDA, G., & ARELLANO, J. (2017). *Desafíos de la reforma procesal penal en Chile : análisis retrospectivo a más de una década.* CEJA-JSCA. Pp 151. Disponible en: [<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5595>].
- FERNÁNDEZ ACEBO, M. D. (2013) *La Tutela de los derechos fundamentales a la intimidad e integridad física frente a la actuación de*

los poderes públicos sobre el cuerpo humano, una perspectiva constitucional sobre las intervenciones corporales y otras diligencias de investigación. Tesis Doctoral no publicada, Universidad de A Coruña, A Coruña, España.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.A.(2005) La apelación en el nuevo Proceso Penal frente al Derecho Constitucional al Debido Proceso. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, vol. 67, pp. 145-169. Disponible en: [\[https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/41335/42881\]](https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDPU/article/download/41335/42881)
 - FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005) *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid, España: Iustel.
 - FERRAJOLI, L. (2001) *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid, España: Trotta.
 - FERRAJOLI, L. (2001) *Derecho y Razón: Teoría Del Garantismo Penal*. (5a. Ed.). Madrid, España: Editorial Trotta.
- FERRER BELTRÁN, J. (2005) *Prueba Y Verdad En El Derecho* (2a. ed.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales.
- FERRAJOLI, L. & IBÁÑEZ, P. (2013). *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia* (1a. ed. electrónica). Editorial Trotta.
 - FONSECA LUJÁN, R. C. (2016) *Prueba Ilícita: Regla de exclusión y casos de admisibilidad*. Recuperado el 04 de 01 de 2019 del sitio Web de *Revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Disponible en: [\[https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/viewFile/11164/13160\]](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/viewFile/11164/13160)

- FRISCH, W. (2014) Transformaciones del Derecho Penal como consecuencia del cambio social. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21, pp. 15-40. Disponible en: [\[https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36323\]](https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/36323)
- DANNECKER, G. *Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán.* , en: COLOMA CORREA, Rodrigo (Coord.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: Lexis Nexis, 2003, pp. 185-209.
- GILLÉN LÓPEZ, G. (2010) El agente encubierto. En: INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL. *Derecho Penal y Política criminal. Libro en Homenaje a Álvaro Bunster* (pp. 425-458). México D.F.: Editorial UBIJUS- IPF Vanguardia en Ciencias Penales.
- GONZÁLEZ BLEZA, F. (2017) *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, revisión de un debate.* Tesis doctoral no publicada.. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Abad Oliba Ceu, Barcelona, España.
- GONZÁLEZ GARCÍA, H. (2005) *El recurso de Apelación del Código Procesal Penal. Ley, Doctrina, Jurisprudencia.* Santiago de Chile. LexisNexis.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (2005) El Proceso Penal español y la prueba ilícita. *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. 18, N° 2, pp. 187-211. Disponible en: [\[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009\]](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200009)
- GONZÁLEZ JURE, G. A. (2005) Las funciones policiales en la reforma procesal penal. *Revista de Derecho Procesal N°20, Facultad de Derecho Universidad de Chile*, p. 205-221.

- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003) *Hechos y argumentos I (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*. Disponible en: [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=409550>.]
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2003) *Hechos y argumentos II (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*. Disponible en: [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668797>.]
- HAIRABEDIAN, M. (2002) *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad- Hoc.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002) La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. *Colección de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, N° 2*, pp. 2-100.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2007) Prueba ilícita y recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?). *Revista Gaceta Jurídica, N°s 319-330*, pp. 60- 68.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2010) La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba. *Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N° 3*, pp. 25-34. Disponible en: [www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4385-2.pdf]
- HORVITZ LENNON, M. I.; LÓPEZ MASLE, J. (2002a) *Derecho Procesal Penal Chileno Tomos I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ LENNON, M. I.; LÓPEZ MASLE, J. (2002b) *Derecho Procesal Penal Chileno Tomos II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ LENON, et al. (2015). El recurso de nulidad en materia penal: Jurisprudencia de la Corte Suprema 2001-2013. *Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile*.

- IBARRA PALAFOX, F. (2009) *Control de la impunidad: Consideraciones sobre la prueba ilícita a partir del caso Lydia Cacho en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932009000200015]
 - INVESTIGACIONES DE CHILE, ACADEMIA SUPERIOR DE ESTUDIOS POLICIALES (2000) *Curso: Fundamentos de la reforma procesal en Chile*. Santiago de Chile: Policía de Investigaciones de Chile, Academia Superior de Estudios Policiales.
 - IVELIC MANCILLA, A. (2019). *Los hallazgos casuales en las interceptaciones telefónicas*. Tesis de Magister. Disponible en [<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168593>]
 - JÄGER, Christian. (2003) *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Fabián J. Di Placido.
 - JAUCHEN, E. M. (2002) *Tratado de la prueba en materia penal*. Talcahuano-Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- JIMÉNEZ, M. A. et al. (2012) Reorientaciones de la Justicia Penal. *Nova Criminis, Visiones criminológicas de la Justicia Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central de Chile, N° 4*. pp. 161-325.
- KRAUSE, M. S. (2005) Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal. *Revista Procesal Penal, N° 30*, pp. 13-22.
 - LAUDAN, L. (2013) *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid, España: Marcial Pons.
 - LEIGHTON GARCÍA, G. (2005) Revisión de jurisprudencia comparada sobre prueba ilícita por violación de garantías. *Revista Procesal Penal, N° 30*, pp. 23-34.

- LOCKHART, J.F. (2014) La prueba ilícita en el Proceso Penal. *Revista Intercambios, Año XVI, N° 16*, pp. 1-65. Disponible en: http://intercambios.jursoc.unlp.edu.ar/documentos/nro_16/ap/AP_Lockhart_La_prueba_ilicita.pdf
- LÓPEZ MASLE, J. (2007) *Debido Proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas*. En: BORDALÍ SALAMANCA, A. & Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales* Pp. 181-207 Santiago: LexisNexis - Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- LUENGO MONTT, T. D. P. (2008) *Excepciones a La Regla De Exclusión De Prueba Obtenida Con Inobservancia De Garantías Fundamentales*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad De Chile, Santiago, Chile. Disponible en: [www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-luengo_t/pdfAmont/de-luengo_t.pdf]
- MAIER, J. B. J (2003). *Derecho Procesal Penal. Tomo II Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- MATURANA MIQUEL, & MONTERO LÓPEZ. (2012). *Derecho Procesal Penal. Tomos I y II. (2a. ed. actualizada y complementada. ed.)* Santiago de Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing/Thomson Reuters.
- MATURANA MIQUEL. C. (2005) El Ministerio Público. *Revista de Derecho Procesal, N°20*, pp. 99- 136.
- MATURANA MIQUEL, C. (2015). *Aspectos generales de la prueba*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- MATUS, J. P. (2008) El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática. En RODRÍGUEZ COLLAO, L. (coordinador

académico). *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta* (pp. 97-110). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- MATUS ACUÑA, J. P. (Director) (2014) Derecho Penal - Derecho procesal Penal: Jurisprudencia de la Corte Suprema. Revista de Ciencias Penales. Sexta Época, Vol. XLI, N° 1, N°2 y N° 4. Chile. Instituto de Ciencias Penales. Thomson Reuters- LegalPublishing.

MIDÓN, M. S. (2002) *Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

- MINISTERIO DE JUSTICIA DE CHILE. (2019) Informe de la comisión asesora ministerial para el perfeccionamiento del Código Procesal Penal. Disponible en: [\[http://www.minjusticia.gob.cl/media/2019/01/INFORME_DE_LA_COMISION_ASESORA_MINISTERIAL_PARA_EL_CPP.pdf\]](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2019/01/INFORME_DE_LA_COMISION_ASESORA_MINISTERIAL_PARA_EL_CPP.pdf)
- MINISTERIO PÚBLICO. (08 de agosto de 2018) *Glosario*. Fiscalía de Chile. [\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/utilitarios/glosario.jsp\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/utilitarios/glosario.jsp)
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2010) La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. *Revista Catalana de Seguretat Pública*. P.131-151. Disponible en: [\[http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215\]](http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215)
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2015) Regla de exclusión de las pruebas ilícitas. Concepto, fundamento y tratamiento procesal. *Revista Doctrina y jurisprudencia Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes*, N° 2º, pp. 21- 52
- MOLINA PÉREZ, T. (2010) La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, pp. 127-142

- MOLINARIO, A.J. La prueba de la verdad en los procedimientos penales En: Vallefín, C., & Alsina, H. (2016). *Fundamentos del derecho procesal moderno* ([1a. ed. adaptada].). Ediar. PP 323.
- MORGENSTERN, Federico. (2014) *Argumentos a favor de la relativización de la regla de exclusión de prueba ilegal*. Tesis de Licenciatura. Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: [<https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/1974>]
- NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. & DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA (2015). Derechos humanos y juicio penal en Chile. *Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 9*, pp. 1-352.
- NAZZAL MORGUES, R. H. (2017) *Prueba ilícita en materia penal: Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema período 2014-2016*. Tesis de para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- NIEVA FENOLL, J. (2012) *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Madrid, España: Edisofer S.L.- Editorial IB de F.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 2, 15-64. [<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>]
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2013) *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Volúmenes 1 y 2*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- NÚÑEZ OJEDA, R. (2013) *Código Procesal Penal. Códigos Profesionales* (2° Ed. Actualizada). Santiago de Chile. Legal Publishing - Thomson Reuters.
- NÚÑEZ OJEDA, R. & CORREA ZACARÍAS, C. (2017) *La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso*

penal chileno: Algunos problemas. Ius et Praxis, V. 23, N° 1, pp. 195-246.

Disponible en: [\[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122017000100007&script=sci_arttext\]](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122017000100007&script=sci_arttext)

- OSMAN NAOUM, A. I. (2008) *La exclusión de prueba ilícita obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en los Tribunales de Garantía de Valdivia y Puerto Montt*. Tesis de pregrado no publicada, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Disponible en: [\[http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2008/fjo.83e/doc/fjo.83e.pdf\]](http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2008/fjo.83e/doc/fjo.83e.pdf)
- OTERO LATHROP, M. (2008) *La Policía frente al Código Procesal Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PÁSARA, L. (2009). *Claroscuros en la reforma procesal penal chilena : el papel del Ministerio Público*. Catalonia. PP. 1-37. Disponible en: [\[https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5472\]](https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5472)
- PASCUA, F.J. (2002) *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- PAZ PAZ, D. (2018) *Los Hallazgos Casuales En La Interceptación De Las Comunicaciones Telefónicas*. (Tesis) Universidad de La Laguna-España. Disponible en: [\[https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/7119\]](https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/7119)
- RIEGO, C. (2010) *Nuevos desafíos del Sistema de Justicia Penal*. [en línea]. En: Ministerio de Justicia. *A 10 años de la reforma procesal penal. Los desafíos del nuevo sistema* (pp. 123-135). Disponible en: [\[http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4792\]](http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4792)
- RIEUTORD ALVARADO, A. (2007). *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal* (1a. ed.) Santiago. Jurídica de Chile.
- ROSAS CASTAÑEDA, J. A. (2009) *Análisis de la validez y eficacia probatoria de las grabaciones obtenidas a través de "trampas de*

escuchas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 42, N° 124, pp. 253-287. México. Disponible en: [\[http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/15222\]](http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/15222)

- Roxin, Claus. (2000) *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores Del Puerto.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián. (2004) *La entrada y registro en domicilio de particulares. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. En: López Barja de Quiroga, J. y Zugaldía Espinar, J. M. (Coordinadores) *Dogmática y Ley Penal: Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Vol. II*. Pp. 1433-1460. Madrid - Barcelona: Marcial Pons, Eds. Jurídicas y Sociales - Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.
- SIMON, F. (s/f) Informe comparativo de la evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. P. 115- 132.
- SCHÜRMAN OPAZO, M. (2011) El control de la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación. *Revista Gaceta Jurídica, Volumen 376*, pp. 14- 24.
- SCHMIDT, E. (2006) *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Argentina: Lerner Editorial SRL.
- SOLÍS CERDA, B., & PONTIGO RIQUELME, E., (2007) *De la garantía del debido proceso de derecho y la prueba ilícita dentro del marco de la nueva justicia procesal penal*. Tesis de pregrado no publicada. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Central, Santiago, Chile.
- SOTO GONZÁLEZ, P. & ARRIETA LEIVA, E. (2007). *Control sobre el Ministerio Público: modelos comparados y sistema nacional*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en: [\[http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113299\]](http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113299)

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (s.f) *La prueba en el Sistema Acusatorio en México (Prueba ilícita; eficacia y valoración)*. Recuperado el 20 de 12 de 2018 del sitio Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: [\[https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20%28Mag.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf\]](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20%28Mag.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf)
- TARUFFO, M. (2002). *La Prueba De Los Hechos. Colección Estructuras Y Procesos*. Milano: Trotta.
- TARUFFO, M. (2004) Consideraciones sobre prueba y verdad. En: COLOMA C, R. *La prueba en el nuevo proceso penal oral* (pp. 163-184). Santiago: LexisNexis.
- TARUFFO, M.; PINOCHET, F. CANTWELL. (2009) *La Prueba, Artículos Y Conferencias. Monografías Jurídicas Universitarias*. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana.
- TARUFFO, M.; ACCATINO SCAGLIOTTI, D. (2010) *Simply La Verdad: El Juez Y La Construcción De Los Hechos. Filosofía Y Derecho*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales.
- TAVOLARI OLIVEROS, R. (2003). Informe en Derecho del debate sobre la licitud de la prueba y la 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. *Revista Jurídica del Ministerio Público, Boletín N° 14*. pp. 151- 160.
- TAVOLARI, R. (2005). S/T. *Revista de Derecho Procesal, N°20*, P. 373 y ss.
- TAVOLARI OLIVEROS, R. (2005) *Instituciones del nuevo proceso penal, cuestiones y casos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- TORRES CHEDRAUI, A. M. (2013) *Verdad procesal y Derecho Humanos. Un estudio sobre la prueba ilícita en la jurisdicción penal internacional*. Tesis Doctoral no publicada. Departamento de Derecho público especial, Universidad de Coruña. La Coruña, España. Disponible en: [<http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/15937>]
- VALDÉS ALDUNATE, Raúl Patricio. (2005) Nociones básicas sobre la etapa de la investigación y la formalización en el nuevo sistema procesal penal. *Revista de Derecho Procesal*, N°20, pp. 269-282.
- VALERA MILLAS, A. (2004) *Consideraciones generales de la reforma procesal penal y una referencia especial a la figura del juez de garantía y su rol en el nuevo procedimiento penal*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales no publicada. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile
- VERDUGO, M, PFEFFER, E., Y NOGUEIRA, H. (1999) Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VILLA TAPIA, A. (s.f) *La exclusión de prueba obtenida por inobservancia de garantías fundamentales. Algunos criterios en Juzgados de Garantía y en la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago*. Disponible en: [http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2426/observancia_de_garantias_fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y]
- VITAL DE ALMEIDA, R. (2005) Licitud e ilicitud en el ámbito de la prueba y de la imputación penal, desde la constitución federal de Brasil: (atención especial a la inviolabilidad de las comunicaciones). *Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Cuadernos de Política Criminal, Segunda Época, N° 87*, pp. 311-345.
- WEBER ORELLANA, Rodney. (2007) *Actuación de Carabineros de Chile en el nuevo proceso penal en su calidad de auxiliar del Ministerio Público*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Sociales no publicada. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile. Disponible en:

[<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113452>.]

- ZALAUETT DAHER & NASH ROJAS. (2005) Proceso Penal y Derechos Humanos. *Revista de Derecho Procesal*, N° 20, pp. 61- 98.
- ZAMORA- ACEVEDO, M. (2014) La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Recuperado el 04 de 05 de 2018 del sitio Web de la *Biblioteca de la Universidad Autónoma de Centro América*. Disponible en: [<http://files.bibliotecauaca.com/200000351-2271f236c9/011%20-%2054%20La%20B%C3%BAsqueda%20%20de%20la%20verdad%20en.pdf>]

ZAPATA GARCÍA, M.F. (2004) Preguntas- respuestas introductorias para el estudio de la Teoría de la Prueba Ilícita. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sede Coquimbo*, Año 11, N° 1, pp. 161-180. Disponible en: <http://revistaderecho.ucn.cl/index.php/rducn/article/view/374>

- ZAPATA GARCÍA, M. F. (2009) *La prueba ilícita*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.

ZAVALA, J.L. (2007). Jurisprudencia de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad Penal. *Revista Ars Boni et Aequi*, N° 3, pp. 139-155. Disponible en: [www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/2007-5-Zavala.pdf]

Códigos, Leyes e Historia de la Ley

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2000). *Historia de la Ley N° 19.696 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/>]

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2005). *Historia de la Ley N° 20.074 Establece el Código Procesal Penal*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5562/>]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2008). *Historia de la Ley N° 20.523, Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de Seguridad Ciudadana, y refuerza las Atribuciones de las Policías*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6189/>]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. (2016). *Historia de la Ley N° 20.981, Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos*. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*: [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5088/>]
- Código Penal [CP]. Ley N° 2.561 de 1874. 12 de noviembre de 1874 (Chile).
- Código Procesal Penal [CPP]. Ley N° 19.696 de 2000. 12 de octubre de 2000 (Chile).
- Constitución Política de la República [CPR]. 11 de septiembre de 1981 (Chile).

- Código Orgánico de Tribunales [COT]. Ley N° 7.421 de 1943. 9 de julio de 1943 (Chile).
- Ley N° 19.640: Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de octubre de 1999.
- Ley N° 20.074: Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 15 de noviembre de 2005.
- Ley N° 20.253: Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de Seguridad Ciudadana, y refuerza las Atribuciones de las Policías. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de marzo de 2008.
- Ley N° 20.931: Facilita La Aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 6 de julio de 2016.
- Oficio FN N° 176/2008 [Fiscalía Nacional]. Imparte Instrucciones Generales para la Interpretación y aplicación de las modificaciones

contenidas en la Ley 20.253. 26 de marzo de 2008. Disponible en:
<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0>

- Oficio FN N° 224/2008 [Fiscalía Nacional]. Comunica Instrucciones Generales impartidas a las Policías sobre las materias que se indican, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 20.253. 16 de abril de 2008. Disponible en:
[\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0)

- Oficio FN N° 061/2009 [Fiscalía Nacional]. Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley 20.000. 30 de enero de 2009. Disponible en:
[\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0)

- Oficio FN N° 284/2010. [Fiscalía Nacional]. Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación del juicio oral. Fiscalía de Chile. 31 de mayo de 2010. Disponible en:
[\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0)

- Oficio FN N° 060/2014 [Fiscalía Nacional]. Instrucción general que imparte criterios de actuación aplicables a la etapa de investigación en el proceso penal Fiscalía de Chile. 28 de enero de 2014. Disponible en:
[\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0)

- Oficio FN N° 284/2010. [Fiscalía Nacional]. Instrucciones Generales sobre facultades autónomas y primeras diligencias, Art. 83 y 87 del Código Procesal Penal. Fiscalía de Chile. Actualización Septiembre de 2017.

Disponible

en:

[\[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0\]](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/instructivos/index.do?d1=0)

Jurisprudencia

Jurisprudencia Comparada

- Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920). Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *US Supreme Court*: [\[https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/.\]](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/)
- Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963). Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *US Supreme Court*:[\[https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/\]](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/)
- Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984). Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *US Supreme Court*: [\[https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/\]](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/)
- United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984). Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *US Supreme Court*: [\[https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/\]](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/)

- Murray v. United States, 487 U.S. 533 (1988) Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web de la *US Supreme Court*: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>]
- Tribunal Constitucional de España. Amparo Rol 3140/94; 6 de mayo de 1994. Recuperado el 3 de febrero de 2021 del sitio Web del *Tribunal Constitucional de España*: [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3583 tc español+>]

Jurisprudencia Nacional

Cortes de Apelaciones

- C. Santiago. 20 octubre 2010. Rol N° 1970/2010, www.poderjudicial.cl
- C. San Miguel. 2 abril 2013. Rol N° 334/2013, www.poderjudicial.cl
- C. Rancagua. 5 diciembre 2014. Rol N° 593/2014, www.poderjudicial.cl
- C. San Miguel. 6 julio 2015. Rol N° 1059/2015, www.poderjudicial.cl
- C. Concepción. 31 diciembre 2015. Rol N° 987/2015. www.poderjudicial.cl
- C. Concepción. 2 julio 2016. Rol N° 488/2016, www.poderjudicial.cl
- C. Antofagasta. 27 febrero 2018. Rol N° 71/2018, www.poderjudicial.cl
- C. San Miguel. 21 febrero 2018. Rol N° 402/2018, www.poderjudicial.cl

Corte Suprema

- C. Suprema. 29 octubre 2002. Rol N° 3319/2002, www.poderjudicial.cl

- C. Suprema. 11 abril 2005. Rol N° 91/2005, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 11 diciembre 2007. Rol N° 5435/2007, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 25 mayo 2010. Rol N° 1741/2010, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 23 agosto 2010. Rol N° 3657/2010, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 29 junio 2011. Rol N° 3016/2011, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 18 enero 2012. Rol N° 11508/2011, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 20 julio 2011. Rol N° 3973/2011, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 05 septiembre 2012. Rol N° 5338/2012, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 130 mayo 2013. Rol N° 4363/2013, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 25 junio 2015. Rol N° 6315/2015, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 3 noviembre 2015. Rol N° 14781/2015, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 29 diciembre 2016. Rol N° 92.878/2016, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 21 febrero 2017. Rol N° 100.710/2016, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 6 marzo 2017. Rol N° 3029/2017, www.poderjudicial.cl
- C. Suprema. 20 abril 2017. Rol N° 39.475/2016, www.poderjudicial.cl