



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPTO. DE DERECHO PROCESAL

**“Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con  
Inobservancia de Garantías Fundamentales”**

**Trinidad del Pilar Luengo Montt**

**Profesor: don Juan Agustín Figueroa Yávar**

Santiago, Chile  
2008

## INDICE

|   | Página |
|---|--------|
| INTRODUCCION.....   | 1      |
| <br>  |        |
| <b>CAPITULO I</b>   |        |
| LA PRUEBA ILICITA, CONCEPTO Y CLASES.....   | 11     |
| <br>  |        |
| 1) Concepto de Prueba Ilícita.....  | 11     |
| 1.- Criterio amplio.....  | 12     |
| 2.- Criterio restringido.....   | 14     |
| 2) Clases de Prueba Ilícita.....  | 16     |
| 1.- Pruebas ilícitas “en sí mismas” y pruebas ilícitas “por derivación”.....                                  | 16     |
| 2.- Pruebas ilícitas “materiales” y pruebas ilícitas “testimoniales”.....                                     | 17     |
| 3.- Otros posibles criterios de clasificación.....  | 17     |
| a) Según la causa de la ilicitud.....   | 17     |
| a.1) Pruebas expresamente prohibidas por la ley.....  | 17     |
| a.2) Pruebas irregulares, defectuosas o ilegales.....   | 18     |
| a.3) Pruebas inconstitucionales, pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales..... | 19     |
| b) Según el momento en que se produce la ilicitud.....  | 19     |
| b.1) Ilícitud extraprocésal.....  | 19     |
| b.2) Ilícitud intraprocésal.....  | 21     |
| <br>  |        |
| <b>CAPITULO II</b>  |        |
| LA REGLA DE EXCLUSION, ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR.....  | 23     |
| <br>  |        |
| 1) Argumentos en contra de la exclusión.....  | 24     |
| 1.- La búsqueda de la verdad justifica el empleo de cualquier medio.....                                      | 25     |

|   |    |
|---|----|
| 2.- La exclusión entorpece el actuar de la justicia.....  | 25 |
| 3.- El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado.....                                      | 26 |
| 4.- El alto costo social de la exclusión.....   | 26 |
| 5.- El falso efecto persuasivo.....   | 27 |
| 6.- La exclusión es una regla indiscriminada.....   | 27 |
| 2) Argumentos a favor de la exclusión.....  | 29 |
| 1.- El fundamento ético.....  | 29 |
| 2.- El inevitable precio del sistema.....   | 30 |
| 3.- La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada..... | 32 |
| 4.- El derecho a la prueba no es absoluto.....  | 34 |
| 5.- El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares.....                                      | 35 |

### **CAPITULO III**

#### **REGULACION EN CHILE DE LA PRUEBA ILICITA.....39**

|   |    |
|---|----|
| 1) Aspectos generales.....  | 39 |
| 1.- Supuestos de exclusión de prueba contemplados en el artículo 276 del Código Procesal Penal.....   | 39 |
| a) Pruebas que son excluidas porque son manifiestamente impertinentes o que tuvieron por objeto acreditar hechos públicos y notorios (276 inciso 1°)..... | 39 |
| b) Prueba testimonial y documental que el juez de garantía estime que produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral (276 inciso 2°).....      | 40 |
| c) Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas (276 inciso 3°).....                              | 41 |
| d) Pruebas excluidas por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales (276 inciso 3°).....                                       | 42 |
| 2.- Análisis exegético del artículo 276 del Código Procesal Penal.....  | 47 |
| a) “El juez excluirá”.....  | 47 |

|  |    |
|--|----|
| b) “Las pruebas obtenidas”.....  | 48 |
| c) “Con inobservancia”.....  | 50 |
| d) “De garantías fundamentales”.....   | 51 |
| 3.- Fundamentos doctrinarios de la regla de exclusión.....   | 56 |
| a) Fundamentación de la regla de exclusión sobre la base de la supremacía constitucional y vinculación directa de la Constitución..... | 56 |
| b) Fundamentación de la regla de exclusión sobre la base de la garantía del debido proceso.....  | 58 |
| c) Fundamentación de la regla de exclusión sobre la base de un argumento ético referido a la legitimidad de la acción estatal.....     | 60 |
| 2) Aspectos Procesales .....   | 65 |
| 1.- La instrucción o investigación.....  | 65 |
| 2.- Etapa intermedia.....  | 66 |
| 3.- Juicio oral.....   | 73 |

#### **CAPITULO IV**

|   |    |
|---|----|
| TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILICITA EN EL DERECHO COMPARADO, ALCANCES Y LIMITES..... | 77 |
|---|----|

|  |     |
|--|-----|
| 1) Tratamiento de la prueba ilícita en Estados Unidos de América.....                  | 78  |
| a) Doctrina de los frutos del árbol envenenado.....                                    | 86  |
| a.1) Doctrina de la fuente independiente.....  | 89  |
| a.2) Regla del descubrimiento inevitable.....  | 90  |
| a.3) Principio del vínculo atenuado.....   | 93  |
| b) Circunstancias que llevan a la aplicación restrictiva de la regla de exclusión..... | 95  |
| c) Límites y excepciones a la regla de exclusión.....                                  | 97  |
| c.1) Exclusión sólo para el juicio oral.....   | 97  |
| c.2) Impugnación de la credibilidad del acusado.....                                   | 98  |
| c.3) Legitimación para reclamar la exclusión de prueba ( <i>standing</i> ).....        | 99  |
| c.4) Actuaciones de buena fe ( <i>good faith exception</i> ).....                      | 100 |
| c.5) Actuaciones exclusivamente privadas.....  | 106 |

|  |     |
|--|-----|
| 2) Tratamiento de la prueba ilícita en Alemania.....                         | 107 |
| a) Prohibiciones acerca de la práctica de pruebas.....                       | 109 |
| b) Prohibiciones acerca del aprovechamiento de resultados probatorios.....   | 111 |
| b.1) Prohibiciones de valoración dependientes.....                           | 112 |
| b.2) Prohibiciones de valoración independientes.....                         | 119 |
| c) Excepciones a la inadmisibilidad de prueba obtenida en forma ilícita..... | 123 |
| c.1) Actuaciones exclusivamente privadas.....                                | 126 |
| c.2) “Cursos hipotéticos de la investigación”.....                           | 127 |

## **CAPITULO V**

|   |     |
|---|-----|
| TRATAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES A LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO CHILENO..... | 129 |
|---|-----|

|   |     |
|---|-----|
| 1) Prueba ilícita a favor del imputado..... | 130 |
| 2) Hallazgo casual.....                     | 134 |
| 3) Buena fe en el agente.....               | 137 |
| 4) Principio de proporcionalidad.....       | 139 |
| 5) Descubrimiento inevitable.....           | 141 |
| 6) Fuente independiente de prueba.....      | 143 |

## **CAPITULO VI**

|                   |     |
|-------------------|-----|
| CONCLUSIONES..... | 146 |
|-------------------|-----|

|                   |     |
|-------------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA..... | 150 |
|-------------------|-----|

## INTRODUCCIÓN

Antes de entrar de manera pormenorizada en la enunciación de los distintos acápite y objetivos que pretenden desarrollarse en las siguientes páginas, estimamos que, para lograr una mejor comprensión de los temas a tratar, es menester realizar una breve reseña de las razones por las cuales hemos decidido escribir sobre esta materia.

Con una frase más bien breve nuestro Código Procesal Penal ha introducido a la normativa nacional un tema que ha dado origen a una vasta literatura creadora de una arraigada y a su vez sólida construcción jurídica en los sistemas procesal-penales extranjeros.

El Artículo 276 del Código Procesal Penal, que será objeto de nuestro estudio, ordena al juez de garantía proceder a la exclusión de aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

De esta manera ingresa a nuestro sistema esta institución de antigua data en la mayor parte de los sistemas procesal-penales de derecho comparado, circunstancia que nos lleva de manera natural a dirigir nuestra mirada al ámbito del constitucionalismo y jurisprudencia de los tribunales, por ejemplo de Estados Unidos de América.<sup>1</sup> Suele señalarse que es sólo en 1914<sup>2</sup> cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos, por primera vez, resolvió que si no se excluía o proscribía de los juicios la prueba obtenida por la policía, en forma inconstitucional, los términos de la

---

<sup>1</sup> Lo que no impide reconocer que los fallos de Tribunales Supremos latinoamericanos han recogido la misma concepción como acontece con la Corte Suprema Argentina que en fallos de 27 de noviembre de 1984 y de 11 de diciembre de 1990, ha dado cabida al principio de la exclusión de la prueba ilícita, conducta que en el Brasil ya es una constante. ZAPATA, M. La prueba Ilícita, Lexis Nexis, Santiago, 2004, p 7.

<sup>2</sup> DRESSLER, J., citado por, ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. Cit., p 7 y ss.

Cuarta Enmienda de la Carta Fundamental estadounidense<sup>3</sup> constituirían meras palabras sin contenido, declaración apoyada años más tarde, en 1949, cuando la Corte, en palabras del juez Félix Frankfurter, sostendría que la seguridad de la propia privacidad, frente a la intrusión policial arbitraria, es básica en una sociedad libre, dando el sentido que alcanzaría en lo sucesivo la evolución jurisprudencial que conforma las reglas de exclusión: se trata de detener las incursiones policiales que vulneran el derecho a la privacidad, por la vía de no aceptar en juicio, las evidencias obtenidas en infracción a las normas constitucionales que amparan los derechos de las personas.<sup>4</sup>

En consecuencia, cuestionar si corresponde introducir o excluir la prueba obtenida de manera ilegítima supone, en definitiva, plantear un conflicto de supremacía o subordinación entre la pretensión punitiva estatal<sup>5</sup> (representada por el actuar de los órganos encargados de llevar a efecto la investigación penal, a saber: el ministerio público y la policía) y el derecho individual del imputado a que se respeten sus derechos y garantías fundamentales.<sup>6</sup>

Como se puede apreciar de las ideas recién expuestas, la Teoría de la Prueba Ilícita nos anuncia algo sustancial: la verdad a la que aspiramos en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio. En otras palabras y contrariando la afirmación que alguna vez hiciera Maquiavelo, estamos en presencia de un caso en que el fin no justifica los medios.

---

<sup>3</sup> Conforme a esta enmienda se garantiza a los habitantes de ese país el derecho a sentirse, o a estar seguros que no serán objeto de búsquedas o medidas no razonables, con relación a sus persona, hogares, papeles y efectos.-

<sup>4</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 7.

<sup>5</sup> Es menester considerar que la pretensión punitiva estatal se encuentra a su vez sustentada en el interés social en que se descubra la verdad, se sancione la criminalidad y con ello se realice el valor justicia.

<sup>6</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p 13.

La prueba ilícita lleva inmersa en sí y de manera innegable la idea de límite, la cual a su vez va de la mano de la noción de renuncia a parte o incluso, a toda la información, por estimarse de mayor valor ciertas razones que lo exigen<sup>7</sup>.

Ahora bien, esto no quiere decir que el proceso penal tenga que renunciar por principio y desde un inicio, a la búsqueda de la verdad, sino solamente tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y de las demás normas, formalidades e “impurezas” del proceso penal<sup>8</sup>.

Al respecto y para reforzar en cierta medida lo dicho, hemos de tener en cuenta lo que sostiene Ferrajoli: si una justicia penal completamente “con verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad.<sup>9</sup>

En general, muchos autores coinciden en sostener que la renuncia a la verdad<sup>10</sup> es el precio que las sociedades democráticas y el estado de derecho paga por la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Vinculada directamente la ilicitud de la prueba con la inobservancia de garantías o derechos fundamentales, debe reconocerse que no todos estos derechos tienen idéntico estatuto protector, lo que importa afirmar que existen derechos que no pueden ser afectados bajo ninguna circunstancia(derecho a la vida; a la integridad física y síquica) y otros que pueden serlo con sujeción a determinados condicionamientos(derecho a la intimidad; a la inviolabilidad del hogar; al secreto de las comunicaciones, etc.) que en la práctica se traducen en una resolución judicial motivada. ZAPATA, M. La prueba Ilícita, op. cit., p 11.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, F. Búsqueda de la verdad en el proceso penal, Editorial Hammurabi, Sevilla, España, 2000, p 97.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, L. Derecho y Razón, Editorial Trotta S.A, Madrid, 1995, p.45

<sup>10</sup> Varios de ellos utilizan la distinción entre verdad material y verdad formal, sin embargo al respecto sostenemos, siguiendo en este punto al autor italiano TARUFFO, que este criterio de distinción es inaceptable por diversas razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo, tema en el cual no ahondaremos en esta ocasión.

<sup>11</sup> Ver sobre esta idea MUÑOZ CONDE, F. Búsqueda de la verdad en el Proceso Penal, op. cit., p 107; HASSEMER, W. Crítica al Derecho Penal de hoy, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p 87; BINDER, A. Justicia Penal y Estado de Derecho, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p.25

Sin embargo, si bien muchos comparten la idea planteada y estiman que la prevalencia de los derechos fundamentales ha de ser asumida como una especie de costo que debe ser soportado por cualquier sociedad que ostente un estado de derecho que se desarrolla conforme a los ideales y principios democráticos, no podemos negar que, en lo que respecta a este punto y su relación con el tema de la exclusión de pruebas por ilicitud, existen dos posturas antagónicas y enfrentadas entre sí.

Para la primera, debe prevalecer en cualquier caso, el interés de la justicia en el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quite a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponde al infractor.

Por su parte, para la segunda postura, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal; por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.<sup>12</sup>

Como se puede apreciar a simple vista, ambas visiones parecen irreconciliables y con bases absolutamente discrepantes, circunstancia que llama nuestra atención y nos invita a detenernos un momento en este punto.

Como se señaló al comienzo, estas palabras iniciales tienen por objeto relatar el motivo que nos impulsó a escribir sobre la prueba ilícita. Es precisamente el antagonismo existente entre las posturas señaladas el que nos lleva a reflexionar con respecto al por qué de esta situación. Por lo demás, el guiarse por las razones de una u otra corriente puede llevar a conclusiones con respecto al tratamiento de la prueba ilícita diametralmente opuestas.

En el trabajo que nos convoca resultará sumamente relevante el dilucidar si la regla de la exclusión de pruebas por vulneración de garantías fundamentales es de

---

<sup>12</sup> BARBOSA, J., citado por, ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 6 y ss.

carácter absoluto, no admitiéndose excepción de ningún tipo al respecto, o bien, sostener que en casos marginales podrían admitirse excepciones a dicha regla, atendida las circunstancias propias de cada caso y, en especial, tomando en consideración la buena fe que pudo existir en la forma de proceder de los órganos llamados a participar en la fase de recolección de elementos probatorios dentro del proceso penal.

En efecto, la fórmula que utiliza nuestro legislador al regular la institución en comento, no cubre los casos en que podría admitirse la valoración de prueba obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, por ejemplo, frente a un actuar de buena fe, razón por la cual se hace indispensable el estudio de sistemas comparados que, a diferencia de nuestra “joven” reforma procesal penal, ya se han encargado de esbozar y desarrollar principios que se hacen cargo de situaciones que no pueden obviarse.

Desde hace ya algunos años la prueba ilícita se ha erigido como una institución que ostenta un arraigo que, por lo menos en teoría, resulta indiscutido en el mundo occidental, debido a su estrecha relación con el movimiento de Derechos Humanos.

Hasta hace poco tiempo atrás, el discutir acerca de la posibilidad de flexibilizar en alguna medida esta regla de exclusión, habría resultado para algunos, y puede que todavía para muchos, algo tal vez carente de sentido y sobretodo importaría el desconocimiento, en cierta medida, de las garantías y derechos fundamentales por los que tanto se luchó, en especial en el ámbito del proceso penal.

Pues bien, hemos de reconocer algo que para nadie es novedad “el mundo cambia” y con él también se ve alterada la manera de pensar de quienes habitamos y convivimos en él.

Nuestra época ha sido testigo de modalidades delictivas antes no conocidas o llevadas a intensidades no imaginadas, por el desarrollo de la ciencia y la difusión del conocimiento: tráfico de estupefacientes, lavado de dinero, y brutal como sofisticado

terrorismo, han terminado por convencernos que ciertas modalidades procedimentales, que alguna vez parecieron desterradas para siempre, como jueces o testigos sin rostros, reaparecieran amparados por sistemas estatales que se demostraron incapaces de otorgar a sus jueces y funcionarios, fiscales o testigos, las seguridades necesarias.

Deben agregarse aun los efectos corruptores y de todo tipo que en la organización social, judicial y policial genera el manejo de cuantiosas sumas de dinero, por delinquentes de nuestros días. Así, concluimos encontrando una estructura estatal cada vez más indefensa, al tiempo que observamos como interesados sectores ciudadanos, hacen de la seguridad pública y de la lucha contra la delincuencia organizada, verdaderas consignas de convivencia social y se sirven de estas realidades, sin disimulo alguno y ayudados por medios potentes de difusión, para generar subalternos lucros políticos.<sup>13</sup>

Y como si lo anterior no bastara, no podemos olvidar el impacto que a nivel mundial generaron los conocidos sucesos del 11 de septiembre de 2001, en Nueva York y Washington, los cuales concluyeron, al parecer, por marcar el fin de una época caracterizada, entre otras cosas, por la rotunda declaración del Tribunal Supremo Federal Alemán, estableciendo que “la investigación de la verdad no es un valor absoluto del proceso penal”<sup>14</sup>, aun cuando deba reconocerse que, ya de antes, venía

---

<sup>13</sup> En efecto, Chile resulta ser un claro ejemplo de esta situación. Los medios de comunicación, en especial la televisión (medio de difusión particularmente masivo en nuestra sociedad) al poco andar de la reforma procesal penal en Santiago, se ha encargado de dar una cobertura excesiva al tema, lo que se ha visto reflejado en la enorme cantidad de tiempo que al respecto destinan los noticiarios, los cuales se han empeñado, llegando a ser majaderos, en resaltar lo pernicioso que puede llegar a ser tener una legislación que permita a los delinquentes quedar “libres” por no haberse cumplido con los procedimientos de detención correspondientes, por mencionar un ejemplo.

Por otra parte, y al encontrarnos en un período de elecciones, resulta ser un punto central en el discurso de cualquier candidato, que aspire a llegar a tener un número considerable de votos, ser tajante en lo que a la erradicación de la delincuencia respecta y qué mejor forma que aumentando penas y disminuyendo garantías procesales básicas.

Pues bien, todo esto denota que nuestra sociedad aún está “en pañales” en lo que a este tema respecta, pero los medios y las autoridades más que tratar de avanzar en esto sólo están contribuyendo a aumentar esta especie de histeria o psicosis colectiva que entorno al tema, y, particularmente, en torno a la nueva legislación procesal penal se está generando.

<sup>14</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p12.

abriéndose camino, con inspiración alemana, el denominado principio de proporcionalidad, que autoriza la admisión y valoración de la prueba ilícita obtenida, para resolver la cuestión que provoca el enfrentamiento de valores fundamentales en un momento determinado, principio recogido incluso por la Jurisprudencia de una Corte Suprema de Justicia Norteamericana, cada vez más conservadora y afín con los intereses políticos de su poder ejecutivo.

Este principio supone verificar si la violación se explica por una efectiva necesidad, suficiente para hacer excusable el comportamiento infractor, o si, por el contrario, la prueba pudo obtenerse de un modo diverso y no infractor.

La idea de la aceptación de la prueba ilícita, bajo determinadas circunstancias, se hizo evidente cuando se planteó el problema de si podía invocarse, a favor del reo, la prueba que se hubiere obtenido con violación de sus propios derechos constitucionales o los de terceros: aceptada esta admisibilidad y ulterior valoración, quedó superada la negativa sin excepción y de allí a la introducción del principio de proporcionalidad no hubo sino un breve paso.<sup>15</sup>

Como podemos ver, despuntando el siglo, somos testigos de un manifiesto proceso de opinión encaminado a relativizar la dureza del principio de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías y derechos constitucionales, para concluir que, bajo determinados supuestos, el ordenamiento permita su valoración.

En consecuencia, y luego de esta sucinta reflexión en torno a la evolución que ha sufrido la percepción que se tiene del carácter absoluto de la regla de exclusión y la tendencia que está surgiendo en cuanto a la admisión de su flexibilización, no nos queda más que hacer presente que en el desarrollo del presente escrito ha de tenerse siempre en mente la existencia de estas dos posturas, pues en la medida que nos vayamos adentrando más en la materia, tal vez tengamos más argumentos que los señalados para inclinarnos por una u otra o, quizás, para dejar abierta la posibilidad de

---

<sup>15</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 12.

admitir que en ciertos casos puede resultar más factible optar por una, mientras que en otros, la alternativa opuesta puede resultar ser la más indicada.

Luego de esta breve exposición procederemos a enunciar los diversos capítulos que contendrá este trabajo y sus respectivos contenidos.

Muchas serán las interrogantes que se formularán en las siguientes líneas y, a su vez, se tratarán de buscar las respuestas a ellas y, aun así, muchas de las respuestas definitivas (lo que no quiere decir que se trate siempre de soluciones correctas o medianamente cercanas a lo que debería ser) sólo podrán ser brindadas por los actores directamente involucrados en los casos concretos, especialmente los jueces de garantía.

Para comenzar este análisis se partirán esbozando algunos de los conceptos que de la prueba ilícita existen a nivel doctrinario<sup>16</sup>, junto con esbozar ciertas clasificaciones que de dicha institución se han formulado, a modo de entender de manera un poco más pormenorizada, el desarrollo que ciertos autores han elaborado a partir de la prueba ilícita. Luego, trataremos los diversos argumentos que se han esgrimido en torno a la institución que nos convoca; esto es, los argumentos que a favor y en contra de esta se han elaborado, análisis que resulta fundamental para comprender el tema central de este trabajo, a saber, la posibilidad que existe de admitir o no la aplicación absoluta de la regla de exclusión de prueba por haber sido obtenida ilícitamente.

---

<sup>16</sup> Genéricamente y sin abundar en mayores disquisiciones terminológicas, expresiones tales como “prueba prohibida”, “prueba ilegal o ilegalmente obtenida”, “prueba ilícita o ilícitamente adquirida”, “prueba ilegítima”, “prueba irregular, viciada o contaminada”, etcétera, son empleadas por la doctrina y la jurisprudencia como sinonimias o equivalencias. MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op.cit., p 29.

De hecho, y a lo largo de este trabajo, hemos de utilizar todas aquellas voces y otras similares como si se tratasen de nomenclaturas que definen la misma cosa o representan un mismo objeto.

Sin embargo, cabe destacar que, en el presente escrito optaremos preferentemente por utilizar el término “prueba ilícita”, no sólo por ser el de mayor aceptación en la actualidad sino, principalmente, por ser el que mejor sirve para delimitar su concepto.

A continuación, se seguirá con una revisión de la regulación jurídica que al respecto contiene nuestro Código Procesal Penal, centrando nuestra atención de manera especial en el artículo 276 del texto normativo señalado. Esto se hará básicamente para familiarizarnos con el tema en cuestión, pues la solución procesal respecto de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento es clara, al haberse contemplado expresamente como consecuencia la regla de exclusión.<sup>17</sup>

Es menester advertir que este trabajo se centrará de manera especial en el estudio y análisis de los principios y reglas que se han formulado en sistemas procesal penal comparados, en los cuales ya existe un tratamiento más acabado acerca de la cabida que pueden tener ciertas excepciones a la aplicación irrestricta de la exclusión de prueba, en atención a su obtención infringiendo garantías fundamentales.

En este aspecto se pondrá especial atención en el sistema procesal penal Alemán y en el Norteamericano, esto por dos motivos.

En primer término, los referidos sistemas fueron una clara fuente de inspiración para nuestro legislador procesal penal al momento de elaborar la estructura procesal actual en materia criminal. Ello, atendida la vasta historia tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario que ostentan la legislación Alemana y Norteamericana en materia de procedimiento penal.

Y el segundo motivo que hace centrar nuestro estudio en las referidas legislaciones, es el hecho de que se han planteado en ellas una serie de fórmulas y principios que buscan hacerse cargo de situaciones que en estos países ya se han planteado y que han sido motivo de profundas discusiones y , por que no decirlo, de reformulaciones en torno a la valoración que de la prueba ilícita se puede presentar en determinados casos, pese a que en su obtención se hallan infringido garantías que

---

<sup>17</sup> En efecto, el mencionado precepto señala, específicamente en su inciso tercero, que: “el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se **excluyan** de ser rendidas en el juicio oral aquellas pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y **aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.**” (el énfasis es nuestro)

buscan amparar los derechos fundamentales del imputado y que forman parte de un debido proceso penal, en que se respetan los principios democráticos y la libertad de los ciudadanos.

Pues bien, en atención a las ideas precedentemente esbozadas es que destinaremos un capítulo del presente trabajo al estudio, a grandes rasgos, de los sistemas procesal penal Alemán y Norteamericano, para luego enfocar nuestro análisis, de manera pormenorizada, al tratamiento que en dichas legislaciones se le da en la actualidad a la problemática planteada.

Finalmente, analizaremos una serie de casos que nos permitirán apreciar la forma de aplicación de las normas que existen en materia de ilicitud de prueba.

Este análisis de supuestos tiene por objeto permitirnos formular una serie de reglas que, en base a nuestros estudios previos, nos permitan esbozar diversas soluciones para este tipo de hechos en nuestro derecho, todo esto con el objeto de hacer un aporte a nuestro sistema procesal penal.

## CAPÍTULO I: LA PRUEBA ILÍCITA, CONCEPTO Y CLASES

### 1) Concepto de Prueba Ilícita

Desde las primeras formulaciones de la teoría de la prueba ilícita se advierte una diversidad de conceptos doctrinales que apuntan a la misma idea. Se conoce en el derecho continental europeo como prohibiciones de prueba y en el derecho anglosajón como *exclusionary rule* o regla de exclusión. Fue Ernst Beling quien inició el estudio de este tema, bajo el rubro de “prohibiciones probatorias” (*Bewerisverbote*)<sup>18</sup>.

Genéricamente hablando, expresiones tales como “prueba prohibida”, “prueba ilegal o ilegalmente obtenida”, “prueba ilícita o ilícitamente adquirida”, “prueba ilegítima”, “prueba irregular, viciada o contaminada”, etcétera, son empleadas por la doctrina y la jurisprudencia como sinonimias o equivalencias.<sup>19</sup>

Sin embargo, en ciertas ocasiones, estas diferencias terminológicas implican, también, verdaderas divergencias de índole conceptual.

En efecto, y siguiendo en este punto a la doctrina española<sup>20</sup>, el concepto de “prueba ilícita” se enmarcaría dentro de la más amplia categoría de las “pruebas prohibidas”. De tal manera que entre las primeras y las segundas existiría una relación de especie a género.

En consecuencia, “prueba prohibida” sería todo elemento que contribuya a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo.

---

<sup>18</sup> BELING, E., citado por, ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 17.

<sup>19</sup> En el presente trabajo optaremos preferentemente por utilizar el término “prueba ilícita”. No sólo por ser el de mayor aceptación en la actualidad sino, principalmente, por ser el que mejor sirve para delimitar su concepto y poseer una notable fuerza expresiva.

<sup>20</sup> PELLEGRINI, A., citada por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial, op. cit., p 30 y ss.

Por su parte, la llamada “prueba ilícita” importaría una noción más estricta y rigurosa. Su concurrencia quedaría supeditada a que la norma o principio comprometido por la adquisición o puesta en práctica de la prueba, pertenezca a la Constitución o a los instrumentos internacionales a ella igualados en su jerarquía. O, eventualmente, al caso de violación de una norma inferior, siempre que tenga por objeto la protección de las libertades públicas o la tutela de derechos personalísimos.

Esta distinción no deja de ser relevante, pues, mientras la prueba prohibida no ilícita configuraría un supuesto de “ilegitimidad” y, por tanto, entrañaría un “acto nulo”; la prueba ilícita propiamente dicha, implicaría una hipótesis de “ilicitud” y, por consiguiente, implicaría un “acto inexistente”.<sup>21</sup>

Luego de este comentario, cabe hacer presente que en doctrina existe falta de unanimidad al momento de tratar qué es lo que debe entenderse por prueba ilícita.

Por consiguiente, expondremos en lo que sigue, algunos de los conceptos que se han desarrollado en torno a este tema.

Tratando de sistematizar, haremos una distinción entre las acepciones que sustentan un criterio amplio y aquellas que se basan en un criterio restringido.

#### 1.- Criterio amplio

Para un primer sector de pensamiento, representado en España por Silva Melero<sup>22</sup>, prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad humana. Así, la dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita: todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibile.

---

<sup>21</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial, op. cit., p 32.

<sup>22</sup> SILVA MELERO, citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 33.

Desde una perspectiva distinta, MONTÓN REDONDO <sup>23</sup> considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de manera fraudulenta, a través de una conducta ilícita. De esta forma, lo que determina la ilicitud y consecuente ineficacia de la prueba es la aplicación del principio “nadie se puede aprovechar de su propio dolo”.

Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico general, que se identifican con la idea de violación de la norma o contrario a derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales.<sup>24</sup>

Dentro de esta concepción amplia DEVIS ECHANDÍA define las pruebas ilícitas como aquellas “que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución y la ley amparan.”<sup>25</sup>

Según esta postura doctrinal, la ilicitud de la prueba tiene su origen en la violación de cualquier tipo de normas jurídicas e incluso de principios generales. Por otra parte, no siempre el concepto de ilicitud en el ámbito probatorio se vincula con el de hecho punible. En efecto, para que una prueba reciba la calificación de ilícita no se requiere que necesariamente la conducta encaminada a su obtención sea constitutiva

---

<sup>23</sup> MONTÓN REDONDO, citado por, MIRANDA.E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, J.M.Bosch Editor, Barcelona, 1999. p 18.

<sup>24</sup> VÉSCOVI, E., citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., 34 y ss.

<sup>25</sup> DEVIS ECHANDÍA, citado por, MIRANDA.E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 19.

de infracción penal. Como podemos apreciar, aquí se opta claramente por una concepción bastante amplia de prueba ilícita.

Frente a la generalidad del término “infracción del ordenamiento jurídico”, ciertos autores han tratado de introducir una serie de elementos que permitan precisar el concepto genérico de prueba ilícita. Desde esta perspectiva se consideran como pruebas ilícitas aquellas que violan normas de rango legal, especialmente de rango constitucional. En este sentido, DENTI define las pruebas ilícitas como aquellas que se obtuvieron mediante violación de derechos tutelados por normas diversas y, en primer lugar, por normas constitucionales.<sup>26</sup> Se considera que prueba ilícita es aquella obtenida no sólo mediante la infracción de normas constitucionales sino también mediante la vulneración de normas con simple rango de ley.

También desde una visión amplia, algunos autores, partiendo de la tesis mantenida en la doctrina italiana por CONSO<sup>27</sup> según la cual todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiéndose considerar toda su disciplina como un instrumento de defensa para el imputado, sostienen que toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba, debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

## 2.- Criterio restringido

Por oposición a la amplitud conceptual de quienes participan de la visión reseñada, existen autores que han de circunscribir la noción de prueba ilícita a la obtenida o puesta en práctica desde la violación de derechos o garantías fundamentales, entendidos por tales sólo aquellos que deriven expresa o implícitamente de los textos constitucionales.

---

<sup>26</sup> DENTI, V., citado por, MIRANDA. E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 20.

<sup>27</sup> CONSO, G., citado por, MIRANDA .E., M. El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 20.

Así, MINVIELLE<sup>28</sup>, afirma que 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.

También en España, PICÓ JUNOY<sup>29</sup> y GONZÁLEZ MONTES limitan el concepto de prueba ilícita a aquella adquirida o realizada con infracción de derechos fundamentales.

En efecto, para GONZÁLEZ MONTES<sup>30</sup> los límites del derecho a la prueba consagrado constitucionalmente tienen que suponer una infracción del mismo nivel, por lo que, en su opinión, sólo pueden ser tachados de ilícitos y no admisibles en el proceso aquellos medios de prueba en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental del mismo rango al menos o superior que el derecho a la prueba. Desde esta orientación, se parte de la distinción conceptual entre prueba ilícita y prueba irregular, atribuyéndoles efectos jurídico-procesales distintos.

El haber efectuado una breve exposición acerca de los conceptos que de la prueba ilícita se han esbozado a nivel doctrinario y comparado, sólo tiene por objeto introducirnos un poco más en el estudio de la institución que nos convoca, por cuanto en nuestro ordenamiento el legislador es claro al definir dicha institución y , a modo de explicación y para zanjar cualquier duda que en cuanto al alcance que de la prueba ilícita se pueda tener en la praxis, es que el Fiscal Nacional ha emitido un instructivo al respecto, todo lo cual analizaremos en el capítulo dedicado a la regulación Chilena.

---

<sup>28</sup> MINVIELLE, B., citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 35.

<sup>29</sup> PICÓ JUNOY, citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 36.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ MONTES, citado por, MIRANDA.E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 21 y ss.

## 2) Clases

Son innumerables las clasificaciones de prueba ilícita que la doctrina ha venido elaborando, razón por la cual no trataremos todas las existentes, sin embargo, sí evaluaremos aquellas distinciones que consideramos de mayor relevancia para comprender a cabalidad la temática que nos convoca.

### 1.- Pruebas ilícitas “en sí mismas” y pruebas ilícitas “por derivación”

Prueba ilícita “en sí misma” es 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. Es decir, en estos casos existe siempre una relación próxima e inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho personalísimo afectado por su recolección. Así por ejemplo, la confesión que directamente se extrae mediante la tortura a que fue sometido el imputado.

Por su parte, la prueba ilícita “por derivación” 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. Vale decir, de esta noción habrán de participar una prueba adquirida de modo regular, pero a la que se llegó merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal. Por ejemplo, gracias a una escucha telefónica clandestina se conoce la hora, el día y el lugar de la cita para la entrega de droga; por ello son esperados y detenidos in fraganti los autores, e incluso grabado en video la entrega de las sustancias prohibidas a cambio del dinero.<sup>31</sup>

Como podemos apreciar, en el caso de pruebas ilícitas por derivación, nos encontraremos frente a un problema que, en la práctica, tendrá gran relevancia: conocer si la irregularidad inicial repercute o no sobre la formalidad del acto subsiguiente, contagiando su vicio.

---

<sup>31</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 36 y ss.

## 2.- Pruebas ilícitas “materiales” y pruebas ilícitas “testimoniales”

Prueba ilícita “material” sería todo aquel elemento físico o corporal que viene a ser, directa o indirectamente recogido. Así por ejemplo, los estupefacientes hallados en el domicilio del imputado al cabo de un allanamiento ilegítimo.

Prueba ilícita “testimonial”, a su turno, sería aquella que proviene directamente de las personas a través de sus dichos.

Esta distinción reviste importancia en el sentido de que, si se trata de testimonios que se hallen provistos de “voluntad autónoma”, existirán mayores probabilidades de atenuar la rigurosidad de la regla de exclusión probatoria.

## 3.- Otros posibles criterios de clasificación

### a) Según la causa de la ilicitud

Quienes participan de la amplia concepción de la prueba ilícita, esto es, de un criterio que no se ciñe a los supuestos de obtención o práctica de pruebas, con vulneración de derechos o garantías constitucionales, atendiendo la causa que origina la ilicitud, han de distinguir entre pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares o ilegales, y pruebas inconstitucionales.<sup>32</sup>

### a.1) Pruebas expresamente prohibidas por la ley<sup>33</sup>

En puridad, detrás de toda prueba ilegal subyace una prohibición que obliga al juez a su invalidez. Algunas veces esa prohibición no tiene una norma expresa que la consagre pero se desprende rigurosamente, en forma implícita, de las garantías constitucionales. Pero el ordenamiento jurídico tiene previsto preceptos expresamente

---

<sup>32</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 36 y ss.

<sup>33</sup> Esta clasificación es la que desarrolla Miranda Estrampes y que ha sintetizado JAUCHEN, E, Tratado de la Prueba en Materia Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p 621 y ss.

prohibitivos respecto a determinadas pruebas. Un ejemplo concreto de ellas es la norma procesal que impone el deber de abstención de declarar sobre hechos secretos a los sacerdotes, abogados, procuradores, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras, militares y funcionarios públicos sobre secreto de estado.

De manera tal que cualquier sentencia que se funde en pruebas producidas en violación de tal precepto sin que haya existido libre decisión de testimoniar y relevamiento por el interesado del secreto, será nula por basarse en prueba ilegal.<sup>34</sup>

En consecuencia, el concepto de prueba expresamente vedada por la ley queda reservado para aquellos supuestos en que exista una norma legal precisa y concreta de carácter prohibitivo.

#### a.2) Pruebas irregulares, defectuosas o ilegales

Se conceptualiza a la prueba irregular o defectuosa como “aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley”.<sup>35</sup> En otros términos, las pruebas obtenidas o producidas con violación a las formas procesales predispuestas para ello, pues la ley procesal es reglamentaria de la constitución, y toda norma relativa a la forma de obtención o producción de las pruebas tiene como fin el resguardo de las garantías constitucionales.<sup>36</sup>

Cabe tener presente que en una visión un tanto más estrecha, esta categoría de prueba irregular puede, en ocasiones, no compadecerse con la noción de prueba ilícita y simplemente tratarse de una modalidad de prueba prohibida. En efecto, esta es la posición de PELLEGRINI GRINOVER y MARCELO MIDÓN. Señala GRINOVER que si la norma violentada por la prueba ha sido puesta únicamente en función de intereses

---

<sup>34</sup> JAUCHEN, E. Tratado de la Prueba en Materia Penal, op. cit., p 621 y ss.

<sup>35</sup> MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 47.

<sup>36</sup> JAUCHEN, E. Tratado de la Prueba en Materia Penal, op. cit., p 621 y ss.

atinentes a la lógica y la finalidad del proceso, la prueba será simplemente ilegal (también aquí llamada irregular o defectuosa); por el contrario, si aún sirviendo mediatamente también a interés procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso, la prueba será ilícita.<sup>37</sup>

a.3) Pruebas inconstitucionales, pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales

Son todas aquellas pruebas en cuya obtención o producción se ha vulnerado, de cualquier forma, algún derecho fundamental de las personas consagrado en la constitución. La violación puede ser de una norma expresa o implícita.<sup>38</sup>

b) Según el momento en que se produce la ilicitud.

Atendiendo al momento concreto en que se produce la ilicitud, dentro o fuera del proceso, podemos distinguir entre una ilicitud extraprocesal y una ilicitud intraprocesal:

b.1) Ilícitud extraprocesal.

Es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Afecta, por tanto, a la labor de investigación de los hechos; es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo, los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso).<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> PELLEGRINI, A., citada por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 42 y ss.

<sup>38</sup> JAUCHEN, E. Tratado de la Prueba en Materia Penal, op. cit., p 622.

<sup>39</sup> MIRANDA. E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 26 y ss.

Frente a aquellas posiciones doctrinales que sostienen que debe realizarse una diferenciación respecto a las personas que hayan obtenido la prueba de manera ilícita, considerando inadmisibles sólo aquellas conseguidas por autoridades o funcionarios públicos, MIRANDA ESTRAMPES opina que no ha de realizarse un tratamiento diferenciado entre la prueba ilícita obtenida por particulares y aquella obtenida por funcionarios públicos, pues para estos efectos carece de importancia el carácter de la persona que obtiene la fuente de prueba de forma ilícita.

Por otro lado, resulta también intrascendente, en opinión de ESTRAMPES, que el agente o agentes policiales actúen de buena fe al obtener la prueba ilícita, en la creencia de que su actuación se ajustaba a la ley<sup>40</sup>.

Creemos conveniente detenernos en este punto pues no está ajeno a polémica.

Es menester hacer alusión a la denominada excepción de la buena fe (“good-faith exception”) elaborada por la doctrina jurisprudencial norteamericana, la cual se configura como una excepción a la aplicación de la “exclusionary rule” basada en el hecho de que el funcionario policial, al realizar el acto ilícito para obtener la prueba, creía de buena fe que actuaba dentro de la ley. Quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellas actuaciones dolosas o gravemente culposas. Esta doctrina es una consecuencia que deriva de estimar que la razón de la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas consistiría en disuadir a los agentes policiales de emplear métodos ilegales en la obtención de las pruebas. Por tanto, cuando los agentes policiales actúan de buena fe, por ejemplo amparados en una orden judicial ilegal pero que la creen legal, deberán admitirse las pruebas así obtenidas dado que con su inadmisión no se cumpliría esa finalidad disuasoria que actúa como fundamento de la regla de exclusión probatoria.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 28.

<sup>41</sup> HERRMAN, J., citado por, MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 28.

Luego de esta breve explicación, es preciso dejar en claro que discrepamos con respecto a la postura que respecto de esta excepción sustenta Miranda Estrampes, pues creemos que resultaría un tanto excesivo exigir un nivel tan amplio de conocimientos a un funcionario cuya preparación, sobretodo en países como Chile, dista mucho de ser profunda en temas que escapen a lo netamente policial. Vale decir, sería ilusorio pensar que un amplio número de agentes policiales tuviera conocimientos jurídicos a tal punto de poder distinguir entre una orden legal o ilegal. Este sería el caso, por ejemplo, de un funcionario policial que practica una diligencia probatoria emanada de un juez, pero no de garantía sino que un juez de policía local, fuera de la esfera de sus atribuciones. A simple vista, dicha orden habría emanado del órgano competente, un juez, por lo que el policía realiza su labor sin tener conciencia de que dicha actuación no se está desarrollando conforme a lo prescrito en el Código Procesal Penal. En consecuencia, estaríamos frente a un caso de buena fe que no permitiría excluir la prueba obtenida de esta forma.

Si bien hemos dejado constancia de nuestra postura, el tema es sumamente discutible, por lo que trataremos de profundizar más en él en los capítulos siguientes.

#### b.2) Ilícitud intraprocesal

Es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso (por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del inculpado de medios coactivos).<sup>42</sup>

PASTOR BORGONÓN al clasificar las prohibiciones probatorias las agrupa en dos apartados fundamentales, tomando como base la distinción entre fuentes y medios de prueba: i) aquellas derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos- búsqueda y obtención de las fuentes de prueba-, y ii) las que resultan de

---

<sup>42</sup> SILVA MELERO, citado por, MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 29.

restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso- admisión y práctica de medios de prueba-.<sup>43</sup>

También en la doctrina argentina, CAFFERATA NORES<sup>44</sup> distingue entre la obtención ilegal o irregular de la prueba y su incorporación al proceso. De suerte que la ilicitud puede producirse en dos momentos distintos: en oportunidad de recolectar la fuente de prueba y con ocasión de la introducción de dichas fuentes al proceso.

Esta diferenciación entre ilicitud extraprocesal e ilicitud intraprocesal es de interés desde que son los supuestos de ilicitud extraprocesal los que con mayor frecuencia se producen en la práctica.<sup>45</sup> En efecto, los casos que analizaremos en el presente trabajo, en su mayoría, hacen referencia al momento de búsqueda, obtención y recogida de las fuentes de prueba situándose, por tanto, en el marco de la fase de la investigación policial o judicial.

---

<sup>43</sup> PASTOR BORGOÑÓN, citado por, MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 29.

<sup>44</sup> CAFFERATA, J. La Prueba en el Proceso Penal, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1986, p 14.

<sup>45</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 41; MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 28.

## **CAPÍTULO II: LA REGLA DE EXCLUSIÓN, ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR**

En términos más o menos generales, es posible afirmar que toda vez que una prueba que sirva para verificar la comisión de un delito sea obtenida violando, transgrediendo o superando los límites esenciales establecidos por la Constitución, fronteras de garantía dadas en función de valores que el constituyente juzgó supremos e inquebrantables- tales como la dignidad del individuo y los atributos que de ella derivan-, dicha prueba resultará procesalmente inadmisibile y, por consiguiente, deberá ser apartada o excluida como elemento de juicio. Palabras más, palabras menos, lo antes dicho refleja la noción de la llamada máxima o regla de exclusión.<sup>46</sup>

A favor y en contra de la misma se alzaron voces provenientes de todos los sectores del pensamiento jurídico: Cortes y Tribunales inferiores, doctrinarios y académicos han expresado y sustentado móviles y reparos, todos ellos de encomiable interés práctico y científico.

Tradicionalmente la mayoría de la doctrina se pronunciaba a favor de la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente. Éstas, se afirmaba, no estaban afectas a nulidad y podían ser utilizadas por el órgano jurisdiccional para formar su convencimiento sobre los hechos. Al margen de otro tipo de consideraciones, el argumento decisivo que se esgrimía en defensa de su validez residía en la proclamación de la verdad material como fin del proceso penal y, por tanto, también de la prueba procesal, en contraposición con la denominada verdad formal característica del proceso civil.<sup>47</sup> Todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material debía ser valorado por el juez para formar su convicción. Resultaba irrelevante a los efectos de su apreciación el modo de obtención de las pruebas, sin perjuicio de las eventuales sanciones (disciplinarias, civiles o

---

<sup>46</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 49.

<sup>47</sup> Es preciso recordar lo obsoleto que, a nuestro juicio, resulta esta distinción.

penales) que pudieran imponerse a quienes hubieran obtenido dichas pruebas vulnerando normas jurídicas.<sup>48</sup>

La defensa que se hacía de la verdad material como fin del proceso penal justificaba, como corolario, la admisibilidad procesal de las pruebas ilícitas. En definitiva, para los partidarios de esta postura la prueba obtenida ilícitamente debía admitirse en el proceso y podía ser objeto de apreciación por el juez, en aras al descubrimiento de la verdad. El fin justificaba la utilización de cualquier medio probatorio. Una vez que la fuente de prueba hubiera sido incorporada al proceso, resultaba intrascendente su forma de obtención. Lo verdaderamente importante era su disponibilidad por el juez para el mejor esclarecimiento de la verdad de los hechos.<sup>49</sup>

También el principio de libre apreciación o valoración de la prueba, conectado con el de la verdad material, venía siendo utilizado como coartada para justificar la admisión y utilización de las pruebas ilícitas.

Como podemos apreciar de lo expuesto, aquellas posturas que definen al proceso por la necesidad y obligación de investigar la verdad a ultranza y de manera absoluta, han de negar cualquier posibilidad de que existan prohibiciones de prueba, y con ello admitirán la eficacia del medio obtenido ilegalmente. No habrá tema que no pueda ser investigado, ni método de averiguación que no deba ser utilizado.

A continuación veremos los argumentos que en contra de la regla de exclusión se han esbozado. Para estos efectos seguiremos el orden que les ha dado MARCELO S. MIDÓN.<sup>50</sup>

#### 1) Argumentos en contra de la exclusión

---

<sup>48</sup> MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 51.

<sup>49</sup> GUASP, J., PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, citados por, MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 52.

<sup>50</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 72 y ss.

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

El argumento decisivo que se esgrime en defensa de la validez y eficacia de los viciados elementos probatorios reside en la proclamación de la verdad material como fin del proceso penal y, por tanto, también de la prueba procesal, en contraposición con la denominada verdad formal característica del proceso civil.<sup>51</sup> Como bien lo reproduce PELLGRINI GRINOVER<sup>52</sup>-quien no comparte la visión-, el juez penal, a diferencia del juez civil, debería estar dotado de poderes ilimitados a los efectos del ajuste de los hechos, porque el descubrimiento de la verdad, obtenida de cualquier forma, es la premisa indispensable para alcanzar el fin de la defensa social. Todo aquello que pudiera ser utilizado para el descubrimiento de la verdad material debe ser valorado por el juez para formar su convicción, resultando irrelevante a los efectos de su apreciación el modo de obtención de las pruebas, sin perjuicio de las eventuales sanciones que pudieran imponerse a quienes hubieran adquirido dichas pruebas vulnerando normas jurídicas.

Para los partidarios de esta postura<sup>53</sup> la prueba obtenida ilícitamente debe admitirse en el proceso y puede ser objeto de apreciación por el juez, en aras al descubrimiento de la verdad. El fin ennoblece la utilización de cualquier medio probatorio.

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

Esta objeción a la regla de supresión aduce que el principio no hace sino entorpecer la acción de la justicia, dificultando la investigación y represión del crimen, al declarar inadmisibles pruebas- en ocasiones categóricas y concluyentes- de la comisión de un delito. Por ende, lo que corresponde es admitir la prueba,

---

<sup>51</sup> PICÓ JUNOY, J., citado por, ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 25.

<sup>52</sup> PELLEGRINI, A., citada por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 73.

<sup>53</sup> GUASP, J.; PRIETO CASTRO; FERRÁNDIZ, L., y ORTEGA, L. También en la doctrina alemana, SCHONKE, A., citados por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 74.

preconizándose la sanción (penal, civil o administrativa) del responsable del hecho ilícito.<sup>54</sup>

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

Por aplicación de esta idea, se ha sostenido que si, por ejemplo, un domicilio es allanado ilegalmente, o si las grabaciones contenidas en una cinta magnetofónica o de video se han logrado a través de interceptación ilícita de comunicaciones telefónicas o mediante la violación a la intimidad del inculpado, ante tales circunstancias debe investigarse la conducta de los responsables del allanamiento ilegítimo o de las interceptaciones espurias, pero los abusos de unos no vuelven lícitos los delitos de los otros ni dejan de lado una realidad tangible, como la existencia de material demostrativo de la responsabilidad criminal del imputado.

De otra manera al decir de FLEMING<sup>55</sup>, bajo las reglas de supresión, el castigo a la policía por mal comportamiento, recibe prioridad sobre el imputado por su crimen. Continuando con esta línea, para WIGMORE<sup>56</sup> la regla de preterición considera al oficial de la ley demasiado celoso, como un peligro mayor para la comunidad que el asesino sin castigo.

4.- El alto costo social de la exclusión.

Se menciona que la sociedad, amén de quedar aventurada a la merced de peligrosos asesinos y delincuentes, paga un altísimo costo por el drástico remedio.

Que mediante su empleo, se privaría de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, ya que no sólo el delincuente no recibirá castigo, sino que además, la pena perdería la finalidad

---

<sup>54</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 76.

<sup>55</sup> FLEMING, citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 77.

<sup>56</sup> WIGMORE, citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 77.

preventiva, porque no es concebible que pueda existir una motivación conforme a derecho, cuando no se lleva a cabo el mal amenazado por las conductas contrarias al orden jurídico.<sup>57</sup>

#### 5.- El falso efecto persuasivo.

Otra observación aduce a que no es dable suponer que el precepto de postergación de la prueba de génesis ilícita ejerza real efecto de persuasión respecto de futuros procedimientos irregulares. Ello así por cuanto el verdadero destinatario de la regla no es el agente que condujo el allanamiento anómalo o propinó torturas. Antes bien, el genuino perjudicado por la exclusión es la administración de justicia al frustrarse una importante prueba en contra de quien ha cometido el delito.

Si de lo que se trata es de lograr un efecto disuasivo de la ilegalidad policial, el método elegido debería ser uno que tenga a los agentes del orden como reales destinatarios. Así, ante la comprobación de procedimientos ilegales cumplidos por la policía, simplemente debería optarse por denunciar a sus responsables criminalmente, demandarlos por daños y perjuicios, obtener su corrección por vía disciplinaria o cualquier otro mecanismo que pudiese crearse a esos fines.<sup>58</sup>

#### 6.- La exclusión es una regla indiscriminada.

Por último, los detractores refuerzan la crítica esforzándose en demostrar cómo la pauta peca por exceso al propiciarse una aplicación indiscriminada de ella. Que no se distingue entre aquellos procedimientos “putativos” (como lo serían , por ejemplo, los casos en que la policía actúa de buena fe y con la razonable creencia de realizar un allanamiento o un arresto legítimo, sin perjuicio de carecer de la orden

---

<sup>57</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 78.

<sup>58</sup> CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p 156 y 157.

correspondiente) y los que han sido deliberadamente practicados en contravención al orden jurídico vigente.<sup>59</sup>

Frente a los planteamientos mantenidos por la doctrina tradicional, en la actualidad está consolidada la opinión que propugna la “inutilizabilidad” de las pruebas obtenidas o producidas con violación de los derechos y libertades fundamentales.<sup>60</sup> En efecto, VIVES ANTÓN<sup>61</sup> razona que sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas, constituidas por los derechos fundamentales, puede estimarse como jurídicamente válida. Los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su “verdad” resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración.<sup>62</sup>

Antes de analizar los distintos argumentos que se esbozan a favor de la regla de exclusión, es preciso señalar que, en este punto, la doctrina aparece dividida en dos posturas diametralmente opuestas.

Así, mientras unos autores, partiendo de una concepción amplia de ilicitud probatoria, sostienen la “inutilizabilidad” procesal de toda prueba obtenida ilícitamente<sup>63</sup>, otro sector de la doctrina, mayoritario en la actualidad, restringe esta inefectividad a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales. Por último, no faltan autores que optan por una posición intermedia entre los que circunscriben la ineficacia de la prueba ilícita a aquella obtenida con violación de derechos fundamentales y los que, desde una posición más amplia,

---

<sup>59</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 79.

<sup>60</sup> MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 54.

<sup>61</sup> VIVES ANTÓN, citado por, MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 54.

<sup>62</sup> VIVES ANTÓN, citado por, MIRANDA .E., M. El concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 54.

<sup>63</sup> Así, VESCOVI, E. CAFFERATA NORES, SILVA MELERO, MONTÓN REDONDO, citados por, MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 55.

defienden la ineficacia de toda prueba en cuya obtención y/o práctica se han infringido normas procesales.<sup>64</sup>

Luego de esta breve precisión, comenzaremos a analizar los argumentos a favor de la regla de exclusión.

## 2) Argumentos a favor de la exclusión

### 1.- El fundamento ético.

La especulación que gira en torno de este primer argumento parte de la siguiente premisa: que al Estado y por ende a la administración de justicia, como función estatal que es, le es exigible un comportamiento adecuado a determinados principios éticos. En otras palabras, que en el proceso penal subyace un imperativo moral que restringe la actuación del órgano jurisdiccional a la hora de investigar y reprimir el delito. Con ello no se pretende significar que el Estado no pueda cumplir sus fines de justicia y seguridad, sino simplemente que esos objetivos no justifican el empleo de cualquier medio.<sup>65</sup>

Desde un primer punto de vista, el aprovechamiento por el Estado de un medio de prueba ilegal comportaría una actitud inmoral. La justicia no puede aprovecharse de nada contrario a la ley sin incurrir en contradicción fundamental, desde que el valor "justicia" se vería seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas, son los primeros en violarlas. Así ocurre si quienes tienen por función aplicar e interpretar la ley basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito.<sup>66</sup>

Desde otro enfoque que se incorpora a la misma línea argumental, la no aplicación de medios ilícitos en la investigación criminal implicaría un adecuado

---

<sup>64</sup> MIRANDA .E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p 55.

<sup>65</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 50 y ss.

<sup>66</sup> CAFFERATA, J. La Prueba en el Proceso Penal, op. cit., p 14 y 15.

comportamiento ético de parte del Estado. En primer lugar, porque denotaría plausiblemente que la prosecución de un fin (en este caso, confirmar la comisión de un delito y sancionar a su autor) no justifica el empleo de cualquier medio, como lo sería el aprovecharse de una ilicitud.<sup>67</sup> En segundo orden, porque desde una perspectiva institucional, el proceder del Estado debe ajustarse a la ley como un imperativo del estado de derecho y admitir las viciadas probanzas significaría desconocer la función ejemplar que los actos estatales deben predicar de cara a la comunidad.<sup>68</sup>

En síntesis, podemos afirmar que el fundamento ético dice relación con el valor “justicia”, el cual se ve seriamente resentido si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas- los policías- son los primeros en violarlas, y quienes tienen como función aplicar e interpretar la ley- los jueces- basan un juicio de reproche penal en la prueba obtenida mediante la comisión de otro delito.<sup>69</sup>

## 2.- El inevitable precio del sistema.

Ahora bien, el discurso según el cual no puede emplearse artificios ilegales en la investigación penal, y únicamente puede procederse al descubrimiento de la verdad conforme lo permite la ley porque, de lo contrario, se vulnera un principio ético, tiene otras implicancias valorativas no menos significativas.

Aún cuando el descarte del medio de prueba oriundo de la ilegalidad conduzca a la impunidad de algún delito, éste sería el precio que, fatalmente, se debe pagar para tutelar intereses más valiosos que el castigo del ilícito (léase la dignidad del individuo, los atributos que de ella derivan y las normas que los garantizan)<sup>70</sup>.

En el marco del proceso penal la averiguación de la verdad debe efectuarse dentro de los cánones legales, respetando las garantías que la Constitución consagra a

---

<sup>67</sup> PELLEGRINI, A., citada por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 50 y ss.

<sup>68</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 57.

<sup>69</sup> CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, op. cit., p 234.

<sup>70</sup> EDWARDS, C., citado por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 58.

favor del imputado y con abstención de recopilar elementos ilícitos que la contaminen. Y no sólo porque subyace un imperativo moral a la hora de reprimir el delito, sino porque la tutela de los derechos del individuo es un valor más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito. El respeto a la dignidad del hombre y a los derechos esenciales que derivan de esa calidad, constituyen el vértice fundamental sobre el que reposa la existencia misma de todo estado de derecho.<sup>71</sup>

Es preciso señalar que, para rebatir este argumento pro regla de exclusión, suele utilizarse de manera común aquel argumento que sostiene que la regla de exclusión de prueba obtenida ilegalmente, deja a la sociedad a merced de peligrosos homicidas, lo cual no deja de ser más que una herramienta bastante efectista y exagerada, por llamarla de algún modo.

En efecto, un análisis de los casos iniciales de exclusión de pruebas registrados en Argentina, al igual que en los Estados Unidos, donde la regla de exclusión ha sido observada desde hace más tiempo, muestra que la gran mayoría se refieren a delitos menores, tales como tenencia de estupefacientes.

Es cierto que la adopción de la regla de exclusión, teóricamente, nos expone al riesgo de que en algún caso un individuo peligroso resulte impune. Pero de allí no se sigue que eso ocurra a diario, o que debamos adoptar frente a esa posibilidad actitudes alarmistas.<sup>72</sup>

En consecuencia, ni aún frente a la posibilidad, aunque remota, de que algún delincuente peligroso quede en libertad producto de la aplicación de la regla de exclusión, se puede dejar de lado su aplicación, pues ella tutela intereses que en cualquier estado de derecho son impostergables e innegables, a saber, la dignidad de toda persona que pueda verse involucrada en un proceso de índole penal.

---

<sup>71</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 61.

<sup>72</sup> CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, op. cit., p 234.

3.- La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada.

Tenemos claro hasta aquí que la cuestión referida a la admisión o inadmisión de la prueba obtenida por medios ilegítimos, supone un conflicto de supremacía o subordinación entre valores: la impostergable necesidad de preservar los derechos y garantías fundamentales del imputado y el imperioso interés social en la investigación y represión de los delitos. Y que el concurso de disputas axiológicas se resuelve privilegiando el axioma de mayor valor, sacrificándose con la selección al postulado de inferior graduación.

En un sistema de Constitución escrita, rígida y suprema (como la chilena, por ejemplo), los principios, derechos y garantías declamados y contenidos en dichos cuerpos normativos representan la cúspide del ordenamiento jurídico. Ninguna norma, acto o hecho, sea que provenga del Estado, de sus autoridades o de particulares, es susceptible de contradecir lo que la Constitución o los mencionados instrumentos internacionales establecen como obligatorio o reconocen como potestativo. Y cuando de facto ese avance acontece, la norma, acto o hecho habrá de reputarse inconstitucional y, por consiguiente, inválida como fuente de efectos jurídicos.

Siendo así, y partiendo de una premisa: que los derechos fundamentales del individuo (vida, dignidad, integridad física y psíquica, libertad, honra, igualdad, intimidad, etcétera) y las garantías destinadas a protegerlos (prohibición de azotes y torturas, de arrancar confesiones compulsivas, inviolabilidad del domicilio y papeles privados; un debido proceso legal, etcétera), se hallan reconocidos y tutelados por la Constitución y por Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos de igual jerarquía; y que tales derechos y garantías se ven vulnerados o gravemente resentidos en caso de admitirse en un proceso y como prueba de cargo contra el imputado elementos obtenidos al margen de la Constitución, la preservación de los mismos se

convierte en un imperativo insoslayable para la salud y el buen funcionamiento del sistema.<sup>73</sup>

En suma, para esta visión “garantista”<sup>74</sup>, la regla de exclusión no es sino el producto de interpretar la Constitución y los tratados a ella equiparados en su justa medida. Son ellos los que impiden obligar a la autoincriminación, los que vedan los tormentos, los que limitan el allanamiento sin orden judicial, o detener individuos sin pruebas.

De lo anterior podemos colegir que, si personas culpables de la comisión de un delito no reciben sanción, en realidad ello no es imputable a la regla de exclusión, sino a las garantías que la Constitución enuncia. Son éstas las que, por ejemplo, impiden a la policía extraer declaraciones compulsivas o allanar domicilios sin orden judicial, etcétera. Por supuesto que si eliminamos tales garantías habrá más delincuentes sancionados. Pero entonces la cuestión pasará a ser si deseamos vivir en una sociedad regida por tales principios.

Por lo tanto, no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la Constitución misma. Por aplicación de aquella regla, lo único que cambia es que en algún caso en particular sabremos los nombres de esos culpables. Pero si la policía hubiese observado la ley y la Constitución, la situación no habría cambiado en lo sustancial. Tales culpables, ahora anónimos, quedarían igualmente sin sanción, sin provocar la alarma de nadie.<sup>75</sup>

Otro argumento a favor de la regla de exclusión, que por su vínculo con lo recientemente expuesto lo trataremos aquí, es aquel que dice relación con que la existencia de la mencionada regla brinda la posibilidad de determinar la validez constitucional de ciertas prácticas. Es gracias a esta regla de exclusión que los tribunales pueden analizar cuestiones de suma importancia para la vigencia de los

---

<sup>73</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 62, 63 y 64.

<sup>74</sup> Ver EDWARDS, C., KIELMANOVICH, J., y SUPERTI, citados por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 65.

<sup>75</sup> CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, op. cit., p 236.

derechos individuales. Por ejemplo, en qué casos procede un allanamiento o arresto sin orden judicial, qué valor tiene el consentimiento del titular del domicilio allanado sin orden o el consentimiento de un tercero, cuándo es posible considerar renunciada una garantía constitucional, qué valor tiene una confesión prestada por una persona arbitrariamente detenida o por aquél a quien no se le ha comunicado su derecho a designar abogado defensor, etcétera.<sup>76</sup>

Es claro, y un examen de la jurisprudencia Argentina así lo demuestra, que la inexistencia de esta regla en el pasado trajo como consecuencia que los habitantes de dicha nación ignoraran a ciencia cierta el alcance de sus derechos. Paralelamente, los agentes del orden parecen haber ignorado durante mucho tiempo el alcance de sus obligaciones.<sup>77</sup>

#### 4.- El derecho a la prueba no es absoluto.

El derecho a la prueba no se encuentra definido en términos absolutos, sino que más bien ha de reconocerse la existencia de límites con respecto a él. Son ejemplos de estas restricciones los impedimentos para deponer a las personas que, en razón de su función, ministerio, oficio o profesión, deben guardar secreto; o la negativa a declarar consentida a los parientes y afines del acusado, etcétera.

Es que los derechos humanos, según la moderna doctrina constitucional, no pueden ser entendidos en sentido absoluto, a la luz de la natural barrera resultante del principio de convivencia de las libertades, por lo que no se permite que cualquiera de ellas sea ejercida de modo dañoso al orden público o a las libertades ajenas. De tal modo que no es más en relación exclusivamente con el individuo, sino en el enfoque de su inserción en la sociedad que se justifican, en el Estado social de derecho, tanto los derechos como sus limitaciones.

---

<sup>76</sup> No todas estas cuestiones están hoy resueltas, dado que la regla de exclusión ha tenido aplicación mayoritariamente en casos de allanamientos sin orden judicial, y de confesiones compulsivas. CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, op. cit., p 237.

<sup>77</sup> CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, op. cit., p 238.

En este sentido ROXIN<sup>78</sup>, afirma que una clarificación exhaustiva, ilimitada, de los hechos penales podría suponer peligro de muchos valores sociales y personales. Por ello, la investigación de la verdad no es en el proceso penal un valor absoluto; antes bien, el proceso penal se halla inmerso en la jerarquía de valores éticos y jurídicos del Estado. También PETERS, va a considerar que en el proceso penal no rige en forma absoluta el principio de la verdad. Igualmente WALTER, al exponer que cuando la pugna es entre el individuo y la comunidad (como ocurre en el proceso penal), cabría argumentar que la verdad no hay que determinarla a cualquier precio, sino que para tutelar otros bienes y valores importantes habría que renunciar también alguna vez a alguien que posiblemente sea culpable. También JESCHEK, defiende que en primer lugar se encuentra la dignidad humana y después la búsqueda de la verdad para la administración de justicia.<sup>79</sup>

##### 5.- El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares.

Los argumentos a favor de la regla de exclusión que hasta aquí han sido mencionados tienen un elemento común, cual es que todos sirven para justificar por qué, dada una situación donde se introduzca a un proceso un elemento de prueba obtenido con violación a las garantías constitucionales del imputado, esa probanza debe ser desechada o apartada como elemento de juicio. Pero ninguno de los razonamientos anteriores sirve para proyectarse más allá del caso concreto.

Existe, sin embargo, un argumento que se diferencia de aquellos por tener un objetivo más trascendente: sobresalir de la causa en que se excluye la prueba, para convertirse en un modelo a imitar.

---

<sup>78</sup> ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*, München, 1983, citado por, MIDÓN, M. *Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, op. cit., p 67.

<sup>79</sup> PETERS, WALTER, JESCHEK, citados por, MIDÓN, M. *Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, op. cit., p 68.

Este razonamiento se ha denominado en doctrina “efecto persuasivo o correctivo” y consiste en excluir de un proceso la prueba ilegalmente conseguida, de manera tal que con ello se ejerce un notable efecto disuasivo respecto de futuros procedimientos irregulares.<sup>80</sup>

No debemos olvidar que la policía está permanentemente sometida a directrices y presiones gubernamentales dirigidas a una mejor estadística de casos resueltos.<sup>81</sup> Y en este sentido la regla de exclusión vendría a operar como una especie de estímulo para desalentar el empleo de medios ilícitos durante la investigación de un delito, desde que las pruebas logradas en esas ilegales circunstancias carecerán de todo valor probatorio.

Así, para MINVIELLE,<sup>82</sup> una efectiva forma de garantía contra los abusos cometidos en la actividad de búsqueda de la prueba, está representada por la valoración procesal negativa, ya que el saber que la prueba obtenida mediante un acto ilegítimo no podrá ser usada para probar la culpabilidad del indagado, hace perder al sujeto ejecutor todo incentivo en separarse de la disciplina dictada por la ley para su actividad.

Siguiendo esta perspectiva, el rechazo de la prueba ilícitamente obtenida desanima a quienes puedan recurrir a esos medios, lo que ya supondría un

---

<sup>80</sup> El Supremo Tribunal Norteamericano ha considerado a la regla de exclusión como el mejor de los remedios disuasorios frente a los abusos de autoridad y a partir de su generalizada aplicación en la década de los sesenta, los tribunales inferiores de ese país comenzaron a echar mano de ella con el fin de reafirmar los fundamentos éticos y persuasivos de la ilegalidad estatal. NÚÑEZ, A., citada por MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 70.

<sup>81</sup> Incluso es más, en nuestro sistema procesal penal-Chile- el ministerio público, órgano encargado de manera exclusiva de la dirección de una investigación penal, está sujeto a constantes evaluaciones que apuntan también a la cantidad de casos resueltos de manera “exitosa”, lo cual se asemeja al móvil que a su vez tiene la policía para actuar. Por otra parte, existen organismos como, seguridad ciudadana, encargados también de ejercer cierta influencia en este aspecto. Como se puede apreciar la disuasión no le viene nada de mal a estos organismos sujetos a tantas presiones externas.

<sup>82</sup> MINVIELLE, B., citada por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 71.

importantísimo paso para la consecución de un Estado de Derecho.<sup>83</sup> Además, la admisibilidad de la prueba ilegítimamente adquirida, produce una ausencia de control sobre las fuerzas de seguridad internas, lo que no redundará en beneficios sociales.

Como se puede apreciar de las ideas recientemente expuestas, aquellas posturas que definen al proceso por la necesidad y obligación de investigar la verdad a ultranza y de manera absoluta, niegan cualquier posibilidad de que existan prohibiciones de prueba y, de esta manera, admiten la eficacia de aquellos elementos que hayan sido obtenidos ilegalmente.

Por el contrario, quienes sustentan una concepción menos fundamentalista, reconocen que junto al interés social en la averiguación de la verdad, coexisten otras incumbencias, compromisos, motivaciones y responsabilidades en función de superior valor y jerarquía que llevarán a impedir o, al menos, restringir, una búsqueda frenética a través de métodos ilimitados. Para esta segunda corriente resulta ser un pilar fundamental la dignidad de la persona y las consecuencias que de este valioso principio se derivan, sobre todo, para quienes se puedan ver involucrados en un proceso de índole penal, que por su peculiar forma de desarrollo, en ocasiones, y porque no decirlo, la mayoría de las veces, resulta ser una experiencia sumamente invasiva para sus participantes, por lo que establecer limitaciones en lo que respecta al aspecto probatorio, resulta ser una forma necesaria de resguardo de las garantías que a todos nos reconoce la Carta Fundamental, así como los Tratados Internacionales sobre estas materias.

---

<sup>83</sup> La teoría de la prueba ilícita no agota su eficacia en el efecto negativo. Tiene un doble efecto: positivo uno y negativo el otro. El efecto negativo es el que da lugar a la falta de efectos de la prueba ilícitamente obtenida, a su imposibilidad de apreciarla e incluso de aportación del proceso. El efecto positivo se concreta en la obligación que a todos produce de respetar la normativa procesal garantista. Esta teoría conduce a que se cumplan las prescripciones legales, obligando a que el proceso se someta al derecho, cumpliéndose entonces uno de los pilares del Estado de Derecho. JACOBO, LÓPEZ BARJA de QUIROGA, citados por, MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 72.

Después de analizar los conceptos que, en doctrina, se manejan respecto de la prueba ilícita, las clasificaciones en relación a ella y los argumentos a favor y en contra de la regla de exclusión, estamos ya en condiciones de hacer un análisis más exhaustivo del tema central que nos ocupa: las excepciones que pueden establecerse en torno a la regla de exclusión por prueba obtenida ilícitamente.

Para ello, en lo que sigue estudiaremos la regulación vigente en Chile, luego de lo cual, veremos el tratamiento que en Alemania y Estados Unidos se ha efectuado en torno a la temática que nos convoca, para luego analizar una serie de casos en que se plantea la problemática que pretendemos desarrollar en estas líneas.

### **CAPITULO III: REGULACIÓN EN CHILE DE LA PRUEBA ILÍCITA**

#### 1) Aspectos Generales

El nuevo sistema procesal penal contempla en el artículo 276 del Código Procesal Penal una serie de hipótesis que dicen relación con la exclusión de pruebas para el juicio oral.

1.- Supuestos de exclusión de prueba contemplados en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

En nuestro concepto, esta norma legal distingue las siguientes situaciones:

a) Pruebas que son excluidas porque son manifiestamente impertinentes o que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios (276 inciso 1°).

En cuanto a la pertinencia de las pruebas, el juez de garantía debe rechazar toda prueba que no esté relacionada con los hechos contenidos en la acusación o en la defensa del acusado, como por ejemplo, si el fiscal pretendiera rendir prueba sobre un hecho delictuoso respecto del cual no formalizó la investigación y comprendió en la acusación; o si el defensor instara por probar hechos ajenos a la acusación del fiscal o del querellante.

En cuanto a los hechos públicos y notorios, el nuevo sistema sigue las tendencias doctrinarias comparadas que estiman que este tipo de hechos no requieren ser probados. En efecto, ya nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 89, permite al tribunal fundar su resolución en hechos que sean de pública notoriedad. En este punto, en el Oficio N°56 sobre la audiencia de preparación del juicio oral de 29 de marzo de 2001, el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público Don Guillermo Piedrabuena señala: “los fiscales deberán estudiar las fuentes doctrinarias del nuevo Código

Procesal Penal y lo que en doctrina se estima que constituye un hecho público y notorio, pero no debe olvidarse que la notoriedad no es suficiente sino que tiene que estar acompañada de la circunstancia de ser pública.”

b) Prueba testimonial y documental que el juez de garantía estime que produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral (276 inciso 2°).

La norma legal se pone en el caso de que los testimonios y documentos ofrecidos acrediten unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

En cuanto a la falta de pertinencia sustancial con la materia debatida, la norma repite nuevamente un concepto que ya estaba expresado en el inciso anterior del artículo 276, de modo que no hay comentario especial al respecto.

En cambio, si hay que destacar que también pueden rechazarse las pruebas testimoniales y documentales que son repetitivas en cuanto acreditan o pretenden acreditar el mismo hecho. Por ejemplo, si un mismo testigo es invocado tanto en la acusación como en la defensa, no es necesario considerarlo dos veces y lo mismo sucederá si ésta quiere rendir la misma prueba documental, o si un hecho que está suficientemente probado mediante documentos se quiere acreditar también con testigos. Al respecto, el ex Fiscal Nacional en el Instructivo N°56 ha señalado lo siguiente: “resulta particularmente difícil indicar en abstracto, cuales serían otros casos en que el tribunal puede rechazar una prueba que pretenda acreditar un mismo hecho y hay que ser extremadamente cuidadoso con esta exclusión, porque las partes pueden darle una distinta interpretación y alcance al medio de prueba que se objeta y todo indica que si se produce una indefensión de una de las partes por negativa a una

prueba fundamental, se podría llegar a la nulidad del juicio oral en caso de que afecte al acusado<sup>84</sup> o permite el recurso de apelación al fiscal<sup>85</sup>.”

c) Exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas (276 inciso 3°).

Esta materia hay que relacionarla con las reglas sobre nulidades procesales mencionadas en el Título VII del Libro I, artículos 159 y siguientes del Código Procesal Penal.

Del estudio de dichas normas aparece claramente que la nulidad procesal debe ser declarada judicialmente por el tribunal competente y que no hay nulidades de pleno derecho por cuanto, en ciertos casos, las nulidades se sanean porque no se reclaman oportunamente o porque el perjudicado acepta expresa o tácitamente los efectos del acto o también cuando a pesar de los vicios el acto cumple con todas las finalidades previstas en la ley (Artículo 164).

Preciso es señalar que si la nulidad no ha sido declarada judicialmente por el órgano judicial competente, no puede el juez de garantía excluir una prueba ofrecida por los intervinientes a pretexto de un vicio procesal que no fue reclamado oportunamente. Es decir, la nulidad tendría que haber sido declarada anteriormente siempre que hubiere sido reclamada oportunamente, y en todo caso no se puede declarar la nulidad de ninguna actuación verificada durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral (Artículo 161).

La otra observación que debe hacerse es que la nulidad procesal sólo se refiere a “las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que

---

<sup>84</sup> Artículo 374 letra c) Código Procesal Penal: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga.”

<sup>85</sup> Artículo 277, inciso segundo, Código Procesal Penal: “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.”

ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad”.

Por consiguiente, la nulidad procesal no se refiere y no afecta a las actuaciones no jurisdiccionales del fiscal sino que únicamente a las actuaciones o diligencias del órgano judicial. Esto significa que no puede impetrarse la nulidad de una actuación en la investigación del fiscal, cuya dirección lleva exclusivamente, y siempre la nulidad procesal tiene que referirse necesariamente a una actuación judicial.

d) Pruebas excluidas por haber sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales (276 inciso 3°).

El nuevo sistema procesal penal contempla expresamente y como principio general la exclusión de la prueba ilícita que pretende ser rendida en el juicio oral<sup>86</sup>, lo que debe verificarse por el juez de garantía dentro de la audiencia de preparación del juicio oral.

Preciso es tener presente que el Ministerio Público se encuentra limitado en la etapa de investigación en la recopilación de pruebas, dado que toda actuación del procedimiento que importe una privación, restricción o perturbación de los derechos fundamentales debe ser realizada previa autorización del juez de garantía, según lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Penal, y que su infracción conduce a la declaración de nulidad del acto realizado sin dicha autorización conforme a lo previsto en el artículo 160, del mismo cuerpo legal.

Sin perjuicio de dicho principio general, se han previsto específicamente en el Código Procesal Penal ineficacias de determinados medios de prueba por la violación

---

<sup>86</sup> MATURANA.C. Aspectos Generales de la Prueba. Apuntes de clases, Universidad de Chile, Santiago, julio 2003, p.157.

de derechos fundamentales. Así encontramos como ejemplos los artículos 225<sup>87</sup> y 195<sup>88</sup>.

Otras limitaciones que se han señalado para los efectos de obtención de las pruebas consisten en el Secreto Profesional. Podemos señalar que el secreto profesional es considerado por el legislador como una excusa legítima para que una persona se niegue a prestar declaración como testigo o como imputado<sup>89</sup> (Artículos 201 N°2, 303 Y 360 N°1 del Código Procesal Penal).

Después de esta breve reseña con respecto a la exclusión de pruebas en nuestro sistema procesal penal, llegamos a la siguiente conclusión: el derecho a valerse de pruebas en el proceso penal no es absoluto.

La idea de límites está presente tanto en el curso de la investigación como en el desarrollo del juicio oral, pues existen numerosos aspectos rigurosamente regulados, tanto en lo concerniente a las formas en que se puede válidamente acceder a los medios de prueba, como la manera en que éstos han de ser incorporados al juicio.

En el primer rubro de límites encontramos, por ejemplo, toda la construcción protectora de los derechos constitucionalmente asegurados, la que obliga a contar con

---

<sup>87</sup> Artículo 225 Código Procesal Penal. "Prohibición de utilización. Los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma."

<sup>88</sup> Artículo 195 Código Procesal Penal. "Métodos Prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar.

En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal.

Se prohíbe, en consecuencia, 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.

Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados."

<sup>89</sup> MATURANA.C. Aspectos Generales de la Prueba. Op.cit., p.158.

autorización judicial previa, si se trata de prueba para cuya obtención ha de ser necesario afectar o perturbar dichos derechos.

En el segundo campo encontramos, por ejemplo, las exigencias de juramentar a los testigos y peritos en el juicio oral, el derecho a contraexaminarlos por quienes se verán afectados por su declaración, el régimen de objeción a las preguntas que podrán formularse, etc. Todos estos aspectos aparecen como límites a la información que van a recibir los jueces orales y que es la que sostendrá, en definitiva, su decisión.

La idea de límite va de la mano con la idea de renuncia a parte o incluso, a toda la información, por estimar de mayor valor ciertas razones que lo exigen. Es lo que está presente cuando no se exige el juramento al inculpado que presta declaración, o en el derecho de ciertas personas de abstenerse a declarar en razón de parentesco o en atención al desempeño de una función o cargo especial, vg. sacerdote, médico, etc.<sup>90</sup>

Esta idea de verdad limitada, cuyo principal impacto lo apreciamos en las normas que regulan la actividad probatoria<sup>91</sup>, se explica como consecuencia del sistema de enjuiciamiento penal proveniente de la reforma procesal penal del siglo XIX en Europa Continental, que mantuvo las bases de la inquisición consistentes en la persecución penal estatal y averiguación de la verdad histórica como meta del procedimiento, pero modificadas por una serie de limitaciones que se explican en atención a la dignidad del ser humano.

“Para la inquisición, todo medio era admisible a fin de descubrir la verdad histórica y tornar eficaz la persecución penal (por ejemplo, la tortura), mientras que el nuevo sistema prefería renunciar a esas metas si, para alcanzarlas, era necesario apelar a ciertos métodos reñidos con la dignidad y seguridad de la persona individual (por ejemplo, prohibición de la coacción para lograr una declaración contra sí misma de una persona, libertad de defensa, etc.). En definitiva, se intentaba, en la persecución

---

<sup>90</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 19.

<sup>91</sup> BINDER, A. El incumplimiento de las formas procesales. Editorial Ad Hoc , Buenos Aires, 1993, p.77

penal, dismantelar los efectos odiosos del Estado absoluto, reconociendo, sin embargo, la necesidad de perseguir aquellos atentados graves contra el orden y la paz social.”<sup>92</sup>

Como pudiera pensarse en un comienzo, lo dicho no se contradice con las disposiciones contempladas en los artículos 295<sup>93</sup> y 297<sup>94</sup> de nuestro Código Procesal Penal, que consagran la libertad de los medios de prueba y la libertad de valoración de la misma, pues ambas disposiciones operan sobre los marcos propios de la legalidad. Así, si bien todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio, la norma agrega “producido e incorporado en conformidad a la ley”.<sup>95</sup>

Ahora bien, si hablamos de límites impuestos a la persecución penal en la obtención de los medios probatorios con los que sostener y fundar su hipótesis del caso, la pregunta obligada dice relación con las consecuencias que el ordenamiento jurídico atribuye a la inobservancia de dichos límites. Evidentemente la única forma de “tomar en serio” los límites impuestos es establecer un sistema de sanciones para su transgresión.

Cuando pensamos en las consecuencias negativas que se adjudican a un comportamiento irrespetuoso de los límites preestablecidos, es que nos ubicamos en el

---

<sup>92</sup> MAIER, J. Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p.137.

<sup>93</sup> Artículo 295 Código Procesal Penal. “Libertad de Prueba. Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

<sup>94</sup> Artículo 297 Código Procesal Penal. “Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.”

<sup>95</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 21.

marco de la discusión de la Teoría de la Prueba Ilícita y su consecuente Regla de Exclusión, pues ésta proclama la inadmisibilidad de la prueba obtenida en virtud del acto transgresor.

Esta sanción consistente en la exclusión del medio probatorio significa en el fondo una privación de los efectos del acto vulnerador, ya que lo obtenido a sus resultas no podrá ser considerado por los jueces en el proceso de razonamiento que los conduce a la decisión definitiva, sencillamente porque no será sometido a su conocimiento, no se alzarán materialmente frente a sus ojos, ni nadie hará mención de su existencia, pues la exclusión material es previa al desarrollo del juicio oral.<sup>96</sup>

Maier sostiene que “la razón de ser de esta regla de exclusión es evidente: desde que se reformó el procedimiento inquisitivo y se aceptó, políticamente, que, a pesar de que el procedimiento penal sirve, principalmente, a la meta de averiguar la verdad objetiva, él constituye un método reglado-no libre- para arribar a ese fin, con lo que se excluyeron, absoluta o relativamente, algunas formas de investigar la verdad, debido a principios superiores que protegen la dignidad esencial del hombre; el fin de arribar a la verdad histórica para lograr la correcta actuación de la ley penal, en perjuicio del imputado punible, no justifica los medios de investigación.”<sup>97</sup>

Debemos precisar que nuestro Código Procesal Penal no bautizó con nombre alguno la prueba “obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”, pero claramente es aquella que la doctrina denomina “prueba ilícita”.<sup>98</sup>

A diferencia de lo que ha ocurrido en los Estados Unidos o en Alemania, donde la exclusión de prueba es fundamentalmente una creación jurisprudencial, en Chile ha debido ser la ley la que establezca imperativamente este principio hasta ahora extraño a nuestras prácticas judiciales. Por añadidura, el nuevo código no se ha limitado a

---

<sup>96</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 22.

<sup>97</sup> MAIER, J. Derecho Procesal Penal Argentino, op.cit, p.470.

<sup>98</sup> Para no extendernos en este punto, nos remitimos a lo señalado en el capítulo I del presente trabajo, en relación a lo que doctrinariamente se entiende por “prueba ilícita”

establecer disposiciones particulares, sino que ha consagrado una norma general que sorprende por la amplitud de sus términos.<sup>99</sup>

El artículo 276 del Código Procesal Penal establece explícitamente la regla de exclusión de la que hemos venido hablando. Esta norma contiene un mandato dirigido al juez de garantía de excluir la prueba que ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Lo hará a través de resolución fundada en la audiencia de preparación del juicio oral, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido.

## 2.- Análisis exegético del artículo 276 del Código Procesal Penal.

A fin de familiarizarnos con el contenido, extensión y límites de esta regla de exclusión, analizaremos exegéticamente el artículo 276 del Código Procesal Penal, siguiendo en este punto el esquema utilizado por la Jueza de Garantía MARÍA FRANCISCA ZAPATA<sup>100</sup>.

### a) “El juez excluirá”

El cumplimiento de este mandato imperativo se traduce en descartar la prueba ofrecida y, en lo inmediato, dejarla fuera del auto de apertura del juicio oral. La exclusión dice relación materialmente y en un primer momento con el auto de apertura, lo que conlleva, a la postre, a la imposibilidad de que la prueba cuestionada sea rendida en el juicio oral.

El artículo 277 del Código Procesal Penal señala el contenido del auto de apertura indicando en su letra e): “las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior”, es decir, de acuerdo a las reglas de admisibilidad que el artículo 276 indica.

---

<sup>99</sup> HERNÁNDEZ B., H. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.

<sup>100</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 35 y ss. Hacemos presente que utilizaremos este esquema dado que a nuestro juicio resulta muy didáctico para entender la norma en análisis.

Por su parte, el artículo 275 del Código Procesal Penal señala que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

Un medio probatorio es incorporado al juicio en conformidad a la ley, en la medida que-entre otras exigencias posteriores- esté incluido en el auto de apertura, constituyendo únicas excepciones las situaciones previstas en el artículo 336<sup>101</sup> del Código Procesal Penal respecto a prueba que no se hubiere ofrecido oportunamente, cuando se justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y aquella destinada a establecer la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba cuestionada, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

b) “Las pruebas obtenidas”

Lo excluido o aquello que no ha de ser introducido en el juicio oral es, materialmente, el medio apto para producir fe que está en poder de la parte que lo ha ofrecido y que ha sido declarado ilícito por resolución del juez de garantía, por haber sido obtenido en un procedimiento, diligencia o actuación con inobservancia de garantías constitucionales. Cabe acá todo tipo de prueba, tanto los objetos materiales como las declaraciones de testigos, peritos y documentos.

Al respecto, el ex Fiscal Nacional Don Guillermo Piedrabuena, en el instructivo N° 56, sobre audiencia de preparación del juicio oral, formuló las siguientes

---

<sup>101</sup> Artículo 336 Código Procesal Penal. “Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.”

observaciones: “No se trata de una prueba cuyo contenido pudiera afectar una garantía constitucional, sino que de una prueba **obtenida**<sup>102</sup> con inobservancia de esta garantía.

El Código Procesal Penal establece en muchas disposiciones tendientes a garantizar los derechos del imputado, restricciones a las actuaciones de los fiscales y de las policías, quienes deben actuar previa autorización judicial del juez de garantía. Así por ejemplo, hay ciertos allanamientos e incautaciones que deben ser previamente autorizados por el juez y lo mismo sucede con las interceptaciones telefónicas o de las comunicaciones. Si el resultado de estas actuaciones, cuando no han sido autorizadas por el juez, allega pruebas a la investigación, el fiscal no podría utilizarlas durante el juicio oral y en la preparación del mismo pueden ser excluidas a petición del imputado o de su defensa. Esto está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 80 A de la Constitución Política del Estado.

Una materia relacionada con lo anterior, es si es lícita una prueba derivada de aquellas que fueron obtenidas en forma ilícita. Es decir, si del resultado de una interceptación telefónica no autorizada judicialmente, se deducen otras pruebas que si se obtienen en forma lícita y legal. La doctrina y los sistemas comparados tienen opiniones divididas al respecto, ya que unos sostienen que la prueba ilícita original contamina todas las pruebas restantes, aunque sean lícitas. Otros sostienen que ello dependerá de cada caso concreto y de la proporcionalidad entre la prueba lícita y la ilícita.

Mientras no se aclare suficientemente el tema en la doctrina y jurisprudencia chilena, la Fiscalía se inclina por la tesis restrictiva de la prueba ilícita y, por lo tanto, si en la prueba derivada se han observado las garantías constitucionales, ella debe ser considerada en el juicio oral.

Otro punto de reflexión es si se considera que la prueba ilícita se ha obtenido en la investigación y por lo tanto no sirve para el juicio oral, no se divisa con claridad cual sería el inconveniente de aportarla al juicio oral para que los jueces percibieran por si

---

<sup>102</sup> Énfasis contemplado en el instructivo N° 56 , de 29 de marzo de 2001.

mismos el sentido y alcance de la prueba ofrecida. Sin embargo, el sistema excluye la prueba obtenida ilícitamente y el resultado de ésta no puede ser aprovechado directa o indirectamente en el juicio oral.

El único ejemplo que se da en la Comisión de Legislación del Senado por los asesores del proyecto, es la declaración del imputado obtenida mediante tortura ante la policía o sin que esté presente el abogado del imputado, debiendo estarlo. La duda que presenta este ejemplo consiste en que nunca una declaración ante la policía va a constituir un medio de prueba válido para el juicio oral, mal puede el acusador prevalerse de esta declaración en el juicio oral y ni siquiera está permitido refrescar la memoria del acusado o del testigo ante declaraciones anteriores prestadas ante la policía, ya que la lectura de éstas sólo es permitida cuando hayan sido prestadas ante el fiscal o el juez de garantía.”<sup>103</sup>

c) “Con inobservancia”

El núcleo central y presupuesto fáctico que da pie a la sanción procesal consistente en la exclusión de la prueba, está constituido por la “inobservancia” de las garantías fundamentales que rodearon el proceso de su obtención.

“Observancia” es “cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar”<sup>104</sup>, por lo que hay “inobservancia” cuando falta un cumplimiento exacto y puntual de las garantías fundamentales.

---

<sup>103</sup> Preciso es señalar que doctrinariamente se discute acerca del efecto vinculante de los instructivos emitidos por el Fiscal Nacional, tema que no ahondaremos en esta oportunidad. Sin perjuicio de ello, dichos instructivos tienen por objeto delinear ciertas directrices a seguir por los Fiscales Regionales y Adjuntos, de manera tal de hacer más operativo el sistema y así lograr la unificación de criterios en ciertos aspectos que se prestan a mayor discusión. Por esto, nos parece importante tener en consideración la opinión que respecto de la prueba ilícita y sus matices tenga el Ministerio Público, a través de los instructivos pronunciados por el Fiscal Nacional.

<sup>104</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición, 2001.

Cabe hacer presente que, desde un punto de vista formal, la inobservancia de garantías fundamentales es predicable por igual y sin ningún tipo de restricciones tanto de actuaciones jurisdiccionales como de actos administrativos de los órganos del Estado y aun de cualquier actividad material de los mismos o de particulares. Desde un punto de vista material, sin embargo, y cualquiera que sea la amplitud que se le acuerde a los términos, resulta forzoso concluir que la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma.<sup>105</sup>

d) “De garantías fundamentales”

Decíamos que la falta de cumplimiento exacto y puntual debe decir relación con las garantías fundamentales de una persona.

En este punto es importante hacer un breve análisis de los conceptos involucrados, esto es “derechos fundamentales” y “garantías” de los mismos.

Se sostiene por parte importante de la doctrina que ambos conceptos difieren sustancialmente, en términos que el derecho está tutelado por la garantía.

Para FERRAJOLI los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva,

---

<sup>105</sup> HERNÁNDEZ B., H. La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.51.

como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”<sup>106</sup>

Dentro de los derechos fundamentales, el mismo autor distingue “los derechos humanos”, como por ejemplo el derecho a la vida y a la libertad; “los derechos públicos”, como por ejemplo el derecho de residencia en el territorio nacional; “los derechos civiles”, como por ejemplo la libertad contractual; y los “derechos políticos”, como por ejemplo el derecho a voto.

El mismo autor sostiene, distinguiendo conceptualmente entre derechos subjetivos y garantías, que los primeros son las “expectativas positiva (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica” y las garantías son “los deberes correspondientes, dictadas por normas jurídicas”. Las garantías, a su vez, pueden ser las que denomina “garantías primarias”: obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos; o “garantías secundarias”: obligaciones de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones.

Así las cosas, podemos arribar a la siguiente conclusión: aun cuando derechos fundamentales y garantías son conceptos distintos, tienen una relación intrínseca: de tutela del derecho por parte de estas últimas.

Analizada la norma contenida en el artículo 276 del Código Procesal Penal a la luz de la distinción propuesta por FERRAJOLI, podemos concluir que la regla de exclusión constituye una “garantía secundaria”, en tanto establece una sanción a la violación de las obligaciones o prohibiciones correlativas de los derechos subjetivos, atribuida a un sujeto por la norma jurídica.

Ahora bien, cabe preguntarnos si el legislador tuvo en mente la referida distinción, para lo cual revisaremos la historia de la ley.

---

<sup>106</sup> FERRAJOLI, L. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p.19.

El proyecto de ley del ejecutivo en el artículo 341 inciso segundo disponía que para los efectos de la prueba que deberá rendirse en el juicio oral, el juez admitirá las pruebas ofrecidas por las partes, salvo-entre otras- aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que “hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”<sup>107</sup>. Si bien en revisiones sucesivas varió su ubicación y, de alguna manera, la forma de presentar la norma, no varió en lo absoluto su formulación literal, según podemos constatar de la sola lectura del actual artículo 276 del Código Procesal Penal. Tampoco encontramos discusión alguna sobre la terminología empleada.

Podemos pensar que el artículo 276 del Código Procesal Penal concibe indistintamente los conceptos de derechos y garantías, o, de lo contrario, se pone en la posición de que el aseguramiento del derecho en la Constitución es en sí mismo una garantía. Esto último pareciera estar en armonía con la idea de que la existencia de estos derechos es anterior e independiente de su consagración legislativa<sup>108</sup>. Esto explica la voz “asegura” usada en el artículo 19 de la Constitución, pues en la discusión del mismo el constituyente “llegó a la conclusión de que el término “asegura” expresaba mejor el espíritu de la comisión, que ha querido destacar especialmente que estos derechos son innatos y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico.”<sup>109</sup>

Sostienen los autores VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA que “postulándose la existencia de derechos anteriores al Estado, se considera, sin embargo, su consagración en la Carta Fundamental por diversas razones: para darles mayor divulgación, garantizar debidamente su ejercicio y para reglamentarlos adecuadamente”.

Así las cosas, podemos sostener que el artículo 276 del Código Procesal Penal al referirse a “garantías fundamentales” nos está hablando de aquellos derechos fundamentales asegurados-o garantizados- por la Constitución.

---

<sup>107</sup> Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Historia de la Ley N° 1. Nuevo Código Procesal Penal (Boletín 1630-07). Primer trámite Constitucional, tomo II, Public, oficial, Redacc, de sesiones, p 330.

<sup>108</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 39.

<sup>109</sup> VERDUGO, M; PFEFFER, E.; NOGUEIRA, H. Derecho Constitucional Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p.192.

Sin embargo, debemos precisar que no sólo la Constitución asegura derechos fundamentales, pues también lo hacen ciertos Tratados Internacionales y el artículo 5° de la Constitución señala que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

De este modo podemos concluir<sup>110</sup> que el artículo 276 del Código Procesal Penal contiene una regla de exclusión respecto de la prueba obtenida con inobservancia de derechos fundamentales-garantías fundamentales- asegurados por la Constitución y los Tratados Internacionales.<sup>111</sup>

Ahora bien, luego de este análisis en torno a la norma contenida en el artículo 276 del Código Procesal Penal, surge el siguiente cuestionamiento: ¿ Por qué debemos excluir de ser rendida en el juicio oral la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales?.

Es probable que el camino legislativo haya sido la única forma de introducir un concepto tan fundamental como es la exclusión de la prueba ilícita en el contexto de una jurisprudencia poco dada al desarrollo de principios y de un ambiente jurídico que

---

<sup>110</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p. 40.

<sup>111</sup> Sobre este punto, HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO señala que: “por garantías fundamentales debe entenderse entre nosotros al menos las garantías consagradas en la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile. No parece posible, no obstante la distinta redacción, atribuirle a los términos un alcance distinto al de los presupuestos de la obligada autorización judicial previa en el artículo 9°, de la cautela de garantías conforme el artículo 10°, de la presunción de perjuicio para los efectos de la nulidad procesal en el artículo 160 o de la procedencia del recurso de Nulidad de acuerdo con el artículo 373 letra a). En otras palabras, nada autoriza entre nosotros, como ocurre en cambio en el ordenamiento constitucional español, a atribuirle sólo a algunas garantías constitucionales el rango de garantía fundamental. Visto así, la determinación de las garantías fundamentales puede realizarse sin grandes dificultades de la mano del catálogo de derechos del artículo 19 de la Constitución Política, muchos de los cuales, efectivamente, pueden verse conculcados mediante actuaciones propias de los órganos de la persecución penal, actuaciones de las cuales puede derivarse material probatorio que debe ser excluido.” HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.52.

simplemente ignoró la existencia del tema.<sup>112</sup> Por lo mismo, la decisión del legislador tiene al mismo tiempo el efecto de despejar cualquier discusión sobre la procedencia de la exclusión de la prueba ilícita en el derecho chileno, aun antes que dicha discusión hubiere alcanzado a producirse. La solución puede parecer más o menos feliz, pero no puede ser puesta en duda: el derecho chileno no permite emplear como prueba en juicio aquella proveniente de diligencias que hayan sido declaradas nulas ni aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

Sin embargo, si bien la concreta formulación de la ley es evidentemente un factor decisivo para la definición de los alcances de la exclusión de la prueba ilícita, no es el único, pues, como es natural, la ley no ha podido resolver de modo expreso todas y cada una de las cuestiones interpretativas que necesariamente habrán de suscitarse también en Chile. En efecto, la ley no ofrece puntos de apoyo unívocos para resolver cuestiones como las del posible efecto remoto de la exclusión, la legitimación activa para reclamarla o el tratamiento de las actuaciones de buena fe, de modo que necesariamente las respuestas a esas cuestiones deberá basarse en un esfuerzo de construcción dogmática que si bien tiene el texto legal como punto de partida, se ve obligado a integrar también otros elementos que lo trascienden.

Por lo mismo y aunque a primera vista podría haber parecido ocioso reflexionar sobre el fundamento de una norma que ha sido impuesta de una manera inequívoca, tal reflexión resulta indispensable desde un doble punto de vista. Por una parte, porque la vigencia plena de la norma de exclusión supone adhesión a la misma por parte de los operadores del sistema, adhesión que sólo puede fundarse en la cabal comprensión de sus razones y propósitos. Por la otra, porque del fundamento que se le asigne a la norma dependerá la solución que haya de darse en situaciones dudosas, tal como lo ha mostrado la revisión del derecho comparado.

### 3.- Fundamentos doctrinarios de la regla de exclusión

---

<sup>112</sup> Hasta donde se puede ver, antes del inicio del proceso reformista en los años noventa sólo se trata el tema en BOFILL, J. Las prohibiciones de prueba en el proceso penal, Revista de derecho Universidad Católica de Valparaíso, XII, 1988, p.225.

Ahora, con el objeto de encontrar respuestas a la interrogante planteada en los párrafos anteriores, desarrollaremos diversas fundamentaciones que en doctrina se han dado al respecto.

a) Fundamentación de la regla de exclusión sobre la base de la supremacía constitucional y vinculación directa de la Constitución<sup>113</sup>.

Según el análisis que hemos venido haciendo, se puede apreciar que la transgresión a la que nos hemos referido se produce fuera del proceso y, sin embargo, se asocia a dicha transgresión una sanción dentro de aquél.

Además de que “el ámbito en que se produce la lesión escapa al proceso, se coloca fuera del mismo”<sup>114</sup>, la transgresión de la que hablamos no implica la vulneración de derechos procesales constitucionalmente asegurados, sino de verdaderos derechos sustanciales o materiales, pues hablamos del derecho a la inviolabilidad del hogar, de las comunicaciones, de la vida, etc.

Intentaremos buscar una respuesta a nuestra interrogante en la Constitución Política de la República, concretamente en sus artículos 5°<sup>115</sup> y 6°<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 46.

<sup>114</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, Editora Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1987, p.33.

<sup>115</sup> Artículo 5° Constitución Política de la República de Chile: “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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

<sup>116</sup> Artículo 6° Constitución Política de la República de Chile: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

De la sola lectura de las normas contenidas en los referidos preceptos constitucionales y, particularmente del artículo 6° que afirma el principio de supremacía constitucional y de vinculación directa de la Constitución, es fácil advertir que se impone a los Tribunales de Justicia un límite y un deber en relación con los derechos fundamentales.

Un límite, porque la jurisdicción de los Tribunales de Justicia reconoce como limitación a su ejercicio, el respeto a los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana.

Un deber, porque al ejercicio de la jurisdicción de los Tribunales de Justicia se impone explícitamente como deber el “respetar y promover” los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

En consecuencia, los jueces reciben un mandato directo de la Constitución: respetar y promover los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana, deber que se alza como límite al ejercicio de la jurisdicción.

Así las cosas, es indiferente que los derechos sustantivos o materiales garantizados por la Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile, sean violentados fuera del proceso, pues, al reconocer como limitación al ejercicio de la jurisdicción el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y al existir el explícito deber de respetar y promover dichos derechos, deberán los jueces, por una parte, abstenerse de servirse de los frutos del acto transgresor en el acto de conocer, resolver y ejecutar lo juzgado y, por otra, acicateados por el verbo “promover”, deberán reafirmar la vigencia del derecho amagado, tomar la iniciativa para su realización, inadmitiendo, desestimando, excluyendo en definitiva, la prueba contaminada de la ilicitud y todo ello será, dentro del proceso, que es el continente propio del ejercicio de la jurisdicción.

Entonces, podemos afirmar que aun sin la norma contenida en el artículo 276 del Código Procesal Penal, los jueces están obligados a inadmitir la prueba obtenida en violación de derechos fundamentales, pues otra cosa significa desconocer el límite y el deber impuesto a su ejercicio jurisdiccional consistente en respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por Chile, para convertirlos, en el hecho, en letra muerta.<sup>117</sup>

b) Fundamentación de la regla de exclusión sobre la base de la garantía del debido proceso<sup>118</sup>.

Al análisis que ya expusimos, agregaremos que dentro de los derechos garantizados por la Constitución se encuentra en el artículo 19 N°3 el debido proceso, conforme al cual toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

El concepto de “debido proceso” proviene del derecho anglosajón (*due process of law*) y tiene una larga tradición jurídica desde los tiempos de la Carta Magna, figurando en todas las declaraciones internacionales formuladas en materia de derechos fundamentales<sup>119</sup>. En nuestro país se establece por vez primera en el artículo 18 del Reglamento Provisorio de 1812 y, según DONOSO “tiene su último origen en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos”<sup>120</sup>.

Esta garantía destaca los mínimos requisitos de validez de una decisión jurisdiccional.

Ahora bien, este vocablo “no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, en el sentido técnico-procesal, sino a cualquier “resolución”, de cualquier autoridad que

---

<sup>117</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 49.

<sup>118</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 50

<sup>119</sup> VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, Derecho Constitucional Tomo I, op.cit., p 222.

<sup>120</sup> DONOSO,S, Los derechos y garantías individuales en la Evolución Constitucional Chilena, Editorial Conosur, Santiago, Chile, 2001, p.56.

le corresponde conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado con relación a un asunto civil o criminal, es decir, que ejerza jurisdicción”.<sup>121</sup>

Para que esta decisión jurisdiccional sea válida, deberá reunir los siguientes requisitos:

- Que exista un proceso previo legalmente tramitado, y
- Que se llegue a la decisión a través de un procedimiento y una investigación racionales y justas.

En general, se considera por los autores que la expresión “debido proceso”, al no contar con una definición precisa, ha favorecido la fijación de ciertos estándares por la jurisprudencia cuya ausencia se analiza en los fallos para concluir, desde una definición negativa, qué no es debido proceso. Pero por sobre esta crítica se reconoce que este tipo de fórmulas vagas fueron elegidas por los redactores porque permiten su evolución, de modo que aspectos no comprendidos originalmente y que posteriormente son reconocidos como imprescindibles para la vigencia de la garantía de que se trate, puedan ser incorporados a su contenido.<sup>122</sup>

El contenido de lo que la Constitución asegura a todas las personas en este numeral es un procedimiento y una investigación racionales y justas como único fundamento de toda sentencia y, para ello, ordena al legislador establecer las garantías que tutelen y hagan efectivo este derecho.

Concretamente y de acuerdo al objeto de nuestro estudio, el legislador cumple el mandato impuesto por la Constitución al dictar el Código Procesal Penal e imponer al procedimiento y a la investigación una serie de normas que, en el lenguaje de FERRAJOLI, aparecen como garantías primarias y garantías secundarias.

---

<sup>121</sup> VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, Derecho Constitucional Tomo I, op.cit., p 222.

<sup>122</sup> DWORKIN, R, Los Derechos en Serio. Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1997, p.209 y ss.

Así, al garantizar la Constitución que toda sentencia se funde en un procedimiento y una investigación racionales y justas, está obligando a los jueces a velar porque la decisión jurisdiccional se sostenga exclusivamente en actuaciones procesales y diligencias de investigación arregladas a la razón y, desde luego, aparece contrario a la razón el admitir una prueba como fundamento de una sentencia condenatoria, si ésta se ha obtenido vulnerando las garantías fundamentales de la persona sometida a juicio.

Así las cosas, concluimos que dentro de la exigencia del debido proceso se incluye el derecho para quien es juzgado, a que toda sentencia condenatoria se funde en prueba lícita -garantía primaria- y que, de presentarse prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sea excluida de ser rendida en el juicio oral -garantía secundaria-.<sup>123</sup>

c) Fundamentación de la regla de exclusión sobre la base de un argumento ético referido a la legitimidad de la acción estatal<sup>124</sup>.

El ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesal-penales de los ciudadanos; en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación. A nadie escapa que no es posible un proceso penal sin afectación de los derechos del imputado: el derecho procesal penal no es más que un permanente ejercicio de equilibrio entre el legítimo e ineludible interés social en la represión de los delitos y los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida que su saldo sea siempre un compromiso en que tales derechos fundamentales pueden todavía afectarse legítimamente. Ese compromiso se expresa en el alcance concreto de las garantías procesales, lo que a su vez define los requisitos de legitimidad del proceso y, consecuentemente, de la posible imposición de una pena. En esta perspectiva, el efecto que en principio debe producirse para evitar la

---

<sup>123</sup> ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 55.

<sup>124</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.59.

degradación de la acción punitiva estatal cuando se comprueba la producción de material probatorio vulnerando las garantías fundamentales, es la supresión de dicho material, pues de esa forma se asegura que el acto ilegítimo no pueda contribuir a la eventual imposición de una pena que cargaría con la misma nota de ilegitimidad. Cualquier otro tipo de remedios, como los muchos sugeridos en la discusión comparada, esto es, sanciones de todo tipo a los agentes infractores, indemnizaciones por parte del Estado, etc., pueden servir de complemento adecuado, pero por sí mismos no preservan la legitimidad de la acción estatal.<sup>125</sup>

En este contexto vale la pena enfatizar algo obvio pero a menudo olvidado, como es que los reproches contra la norma de exclusión como obstáculo de la acción policial y de la persecución penal en general, disparan contra el blanco equivocado, pues el obstáculo no lo pone la norma de exclusión sino las propias garantías fundamentales, de las cuales la norma no es más que corolario. Es indudable que las garantías fundamentales entran de modo más o menos significativo la persecución penal, pero no es menos indudable que éstas son las condiciones elementales del Estado de Derecho y que por debajo de eso no hay debate jurídico posible. La aceptación de este planteamiento supone, entre otras cosas, admitir que las garantías fundamentales no son garantías de los “delincuentes” sino que de cada uno de los ciudadanos y que la seguridad de su verdadera vigencia pasa por reafirmarlas aun y en especial en los casos puntuales en que resultan particularmente odiosas. En otras palabras, se trata de decidir si los catálogos de derechos de la Constitución Política y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos incorporados en Chile son algo más que declaraciones retóricas, pues no serían más que eso si se tratara de mandatos que se respetan sólo a veces, incluso generalmente, pero no cuando realmente importa, esto es, cuando ceñirse a ellos implica un verdadero sacrificio para el Estado. También supone no confundirse con un peculiar concepto de “justicia” que no advierte que dicho valor sólo puede alcanzarse en el respeto de las garantías fundamentales: no es justo el castigo a cualquier precio; más bien al contrario, “si la realización de la justicia material sólo es posible lograrla dejando de lado los

---

<sup>125</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.61.

fundamentos básicos del proceso, ello bien puede importar, precisamente, la pérdida del sentido de justicia.”<sup>126</sup>

Preciso es señalar que un fundamento ético o axiológico no supone, como es evidente, que lo así fundado tenga un carácter absoluto y no susceptible de modulaciones, sino que al contrario, sugiere la necesidad de ponderar los valores en juego. Más aún, todo indica que el mandato de exclusión siguiendo a ALEXY, que se trata de un mandato de optimización, es decir, de una norma que manda que algo, en este caso la exclusión de la prueba ilícita, se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pudiendo consecuentemente ser cumplido en distintos grados<sup>127</sup>, de suerte que aun con indiferencia de cuál sea el fundamento que se le asigne-aun tratándose de uno ético-la ponderación de intereses resulta ineludible. La única relevancia del carácter ético de la fundamentación de la exclusión de prueba ilícita en este contexto, viene dada porque, para usar ahora la terminología de DWORKIN, permite afirmar que ésta se trata de un principio genuino y no de una simple directriz política; esto es, que se trata de 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.”<sup>128</sup>

Luego de analizar las fundamentaciones que a nivel doctrinario se han dado en torno a la razón de ser de la regla de exclusión, haremos referencia a lo que ha señalado al respecto el Fiscal Nacional Del Ministerio Público Don Guillermo Piedrabuena Richard, en el Oficio N° 167, que orienta a los fiscales en el tema, de fecha 16 de abril de 2002. Sobre el particular el Fiscal Nacional expresó: “Dado que la finalidad del proceso penal es verificar la comisión de un delito y aplicar la pena que éste lleva aparejada, su realización supone una fuerte intromisión por parte del Estado en la esfera de los Derechos Fundamentales de aquellos contra quienes se dirige. Particularmente afectados pueden resultar la libertad personal, la integridad corporal, la

---

<sup>126</sup> BOFILL, J. Las prohibiciones de prueba en el proceso penal, op.cit, p.240.

<sup>127</sup> ALEXY, R, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 75 y ss.(versión castellana)

<sup>128</sup> DWORKIN, R, Los Derechos en Serio, op.cit., p.72.

inviolabilidad de morada y de correspondencia. De ahí que en una concepción liberal del derecho sea necesario reconocerle al imputado una serie de derechos que le aseguren la posibilidad real de defenderse de los cargos que se le formulan, de manera que sólo pueda ser condenado si su responsabilidad se comprueba fehacientemente en base a la prueba rendida en el juicio<sup>129</sup>, pero siempre y cuando esa prueba esté rodeada de las garantías propias de un Estado de Derecho. En otras palabras, si bien el Estado tiene interés en castigar los delitos, la investigación de los mismos no puede realizarse a cualquier precio, porque el fin no puede justificar el empleo de medios que suponen la negación del Estado de Derecho mismo. La injusticia de la conducta delictiva que se atribuye al imputado no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad<sup>130</sup>.

La exclusión de la prueba ilícita- conocida también más escuetamente como “reglas de exclusión”- consiste, entonces, en la prohibición de que la sentencia pueda basarse en medios de prueba obtenidos con infracción de garantías procesales, sean éstas de rango constitucional o legal. Las reglas de exclusión se perfilan, entonces, como un mecanismo para restablecer el equilibrio entre las dispares posibilidades de acción con que cuentan el Estado, por una parte, y el imputado, por la otra.

Una cuestión muy discutible es si la exclusión de pruebas ilícitas favorece únicamente al imputado como un medio de defensa contra la omnipotencia del Estado; es decir, si la prueba ilícita debe excluirse solamente cuando se presenta como prueba de cargo, pero no cuando es el propio acusado el que la presenta para desvirtuar los cargos que se le imputan.<sup>131</sup> Entendemos que si bien la exclusión de pruebas ilícitas

---

<sup>129</sup> A esto se le conoce como “presunción de inocencia”, expresión un tanto equívoca, pues si se parte realmente de la base de que el imputado es inocente ni siquiera debería seguirse un juicio, ya que no se somete a juicio a un inocente. En estricto rigor, el imputado es una persona de quien se sospecha que ha cometido un delito, por lo que no cabe presumir ni su inocencia ni su culpabilidad. Por tal razón, este principio debería expresarse más bien como prohibición de presumir la culpabilidad. Por lo demás, así lo dice el artículo 4° del Código de Procedimiento Penal, por lo que la rúbrica “presunción de inocencia del imputado” no refleja exactamente el contenido de la disposición.

<sup>130</sup> Según el profesor alemán Karl Heinz Gössel, este principio constituye un verdadero axioma del proceso penal moderno.

<sup>131</sup> Esta opinión la sustenta principalmente la jurisprudencia norteamericana, aunque por otras razones: el fundamento de la regla de exclusión norteamericana es evitar que sean los propios

está establecida a favor del imputado para evitar condenas injustas, tal derecho no puede llegar al extremo de permitirle que, a su vez, presente pruebas mal habidas para probar su inocencia, especialmente cuando se trata del crimen organizado, caso en el que pueden llegar a invertirse los papeles, siendo el Estado (en cuanto ejecutor de la Ley) y la sociedad (en cuanto víctima) los que queden inermes frente al poder de verdaderas multinacionales delictivas. Además, si la finalidad que se persigue es garantizar la juridicidad y legitimidad de la administración de justicia, éstas se verían igualmente afectadas en el caso de sentencias absolutorias pronunciadas en base a pruebas irregulares.

También se considera ilícita en términos generales la prueba que, siendo en sí lícita, deriva directa o indirectamente de otra obtenida con infracción de garantías procesales, como ocurre, por ejemplo, si a consecuencia de una detención ilegal se logra la declaración voluntaria del imputado, o si con ocasión de un allanamiento practicado sin orden judicial se obtiene la identidad de un testigo que luego declara en el proceso con plena observancia de las garantías procesales. La exclusión de una prueba en sí lícita a consecuencia de una ilicitud anterior es el resultado de una construcción jurisprudencial norteamericana conocida como “teoría de los frutos del árbol envenenado”, a la que con mayor propiedad y concisión se puede designar también como prueba ilícita derivada, aunque en muchos casos sea bastante difícil probar la existencia del nexo causal entre la ilicitud original y la prueba que se trate de excluir.

Pero los mayores problemas a que da lugar la prueba ilícita tienen que ver fundamentalmente con determinar en el caso concreto cuál de los dos intereses en conflicto debe considerarse preponderante: el interés de la sociedad en la averiguación y castigo de los delitos( o sea, conductas que atentan contra los bienes jurídicos que el propio Estado ha reconocido como más valiosos) o el interés del imputado en que se le someta a un procedimiento justo que le permita defenderse con éxito de los cargos de que se le acusa. En términos generales puede decirse que ninguno de estos dos

---

funcionarios del Estado, especialmente la policía, los que infrinjan los derechos fundamentales, considerándose menos grave si lo hace un simple particular.

intereses puede pretender un reconocimiento absoluto e irrestricto, dependiendo de la situación concreta que se presente cuál de los dos debe prevalecer, con lo cual cobra gran importancia la elaboración jurisprudencial de ciertas pautas generales.”<sup>132</sup>

Luego de analizar los aspectos generales que en torno a la prueba ilícita existen, en especial a su regulación legal y al alcance que ha de dársele a la regla de exclusión, nos abocaremos al estudio de los aspectos procesales de la exclusión de prueba ilícita.

## 2) Aspectos Procesales

Nuestro nuevo Procedimiento Penal, tomando como principales prototipos al Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica y- por su intermedio- a la Ordenanza Procesal Penal (St. P.O.) alemana, consagra las tres conocidas etapas: instrucción o investigación, procedimiento intermedio y el juicio oral.

### 1.- La instrucción o investigación

Durante la investigación, reiteradamente definida como la actividad encaminada a determinar si corresponde o no acusar, el Ministerio Público se ha de conducir conforme a principios de legalidad y objetividad, velando porque a través de una eficiente administración de los recursos de la persecución penal pública, se determine la existencia del hecho incriminado y la participación de sus responsables, lo que, al propio tiempo, importa la desestimación de las imputaciones equivocadamente deducidas en contra de quienes son inocentes de los hechos<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> La elaboración de criterios generales para la exclusión de la prueba obtenida por medios ilícitos es un gran mérito de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, si bien debe precaverse contra la aplicación mecánica de tales directrices a nuestro derecho por responder a un sistema jurídico y a un enfoque distinto a los nuestros. Así, las reglas de exclusión norteamericanas tienen por finalidad primordial limitar el campo de acción de la policía, pero no están destinadas a ser obedecidas por los jueces.

<sup>133</sup> Artículo 3° Código Procesal Penal: “El Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible

En este proceder, cada cual debe ejercer oportuna y adecuadamente sus derechos, los que, en el caso del imputado, son, básicamente los de ser objeto de una investigación que satisfaga los estándares de “justa y racional”, en la que efectivamente se le permita realizar, “en plena igualdad”, como exigen los pactos y tratados internacionales ratificados por el país y que se encuentran vigentes, las conductas y ejercer las facultades que el ordenamiento determina, y que, en evento de infracción o desconocimiento, se le reconozca el ejercicio de recursos y medios de impugnación adecuados.

## 2.- Etapa intermedia

El procedimiento a través del cual se unen la investigación con el acto principal del enjuiciamiento-el juicio oral- encuentra, entre nosotros, su máxima aplicación en la audiencia de preparación del juicio oral. De entre las diversas cuestiones vinculadas con la prueba que en ella se proponen, debe destacarse, en lo que interesa a los efectos de este trabajo, que en ella se produce el debate acerca de la prueba que habrá de rendirse en el juicio oral, razón por la cual es que, precisamente, entre las disposiciones legales que regulan esta audiencia , el legislador procesal penal nacional ha establecido, por vez primera, un conjunto de disposiciones referidas al tema de la exclusión de pruebas.

En el sistema del Código Procesal Penal la proposición de la prueba que se desea rendir en el juicio oral debe verificarse por los intervinientes en los actos de postulación, vale decir; el fiscal del Ministerio Público en su acusación<sup>134</sup>; el querellante

---

y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley.” También se refieren al principio de objetividad que ha de regir el actuar de los fiscales del Ministerio Público el Artículo 80 A de la Constitución Política de la República y el artículo 3° de la ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

<sup>134</sup> Artículo 259 Código Procesal Penal: “Contenido de la acusación. La acusación deberá contener en forma clara y precisa: f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio.”

en su adhesión a la acusación del anterior o en la propia<sup>135</sup> y, por último el acusado, por escrito, hasta la víspera, o, verbalmente, al inicio de la audiencia de preparación<sup>136</sup>.

Por esta vía se abre camino una de las principales finalidades de la audiencia de preparación del juicio oral, a saber, la probatoria, que conlleva el debate acerca de la procedencia de la prueba (Artículo 272<sup>137</sup> “Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes” y artículo 276<sup>138</sup> “Exclusión de pruebas para el juicio oral”), la opción de celebrar acuerdos encaminados a restar a determinados hechos su carácter controvertido (Artículo 275<sup>139</sup> “Convenciones Probatorias”) y la excepcional posibilidad de la producción de la denominada “Prueba anticipada” (Artículo 280<sup>140</sup>).

Lo cierto es que si conforme a lo señalado por el artículo 272, durante la audiencia de preparación del juicio oral, cada parte puede formular “ las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas

---

<sup>135</sup> Artículo 261 Código Procesal Penal: “Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá: c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259”.

<sup>136</sup> Artículo 263 Código Procesal Penal: “Facultades del acusado. Hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, en forma verbal, el acusado podrá: c) Exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259.”

<sup>137</sup> Artículo 272 Código Procesal Penal: “Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276.”

<sup>138</sup> En esta oportunidad no reproduciremos la referida norma, remitiéndonos al análisis efectuado al inicio de este capítulo.

<sup>139</sup> Artículo 275 Código Procesal Penal: “Convenciones Probatorias. Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia.

Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.”

<sup>140</sup> Artículo 280 Código Procesal Penal: “Prueba Anticipada. Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.

Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 3° del Título VIII del Libro Primero, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrara en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.”

ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276”. Esta norma faculta al juez de garantía para excluir, esto es, para resolver que no se rendirán en el juicio oral: las pruebas manifiestamente impertinentes; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios; las que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas, y las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Todavía, el juez de garantía podrá disponer que el interviniente que corresponda reduzca el número de testigos y documentos ofrecidos, si estimare que su aceptación, en los términos propuestos, producirá efectos puramente dilatorios en el proceso.

En consecuencia, conforme a lo que dispone la ley, compete al juez de garantía determinar en el auto de apertura del juicio oral la prueba que los intervinientes podrán producir o rendir en el juicio oral; aquella que, a pesar de haberla ofrecido oportunamente, no podrán rendir en el juicio y, por último, aquella que, por excesiva o perseguir fines dilatorios, se limitará en su producción.

Ahora bien, la decisión del juez de garantía se contendrá en una resolución que según se conoce, toma el nombre legal de “auto de apertura del juicio oral”<sup>141</sup>, que dictará al término de la audiencia y en el que - entre otras menciones- consignará “las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior” (Artículo 277 letra e).

---

<sup>141</sup> Artículo 277 Código Procesal Penal. Auto de apertura del juicio oral. Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral.

Esta resolución deberá indicar:

- a) El tribunal competente para conocer el juicio oral;
- b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas;
- c) La demanda civil;
- d) Los hechos que se dieren por acreditados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275;
- e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior, y
- f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos.”

Preciso es poner énfasis en que la decisión del juez se contiene en una resolución judicial. Dicha resolución, en cuanto resuelve acerca de la procedencia de las pruebas presentadas, constituye, conforme a la clasificación del Artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia interlocutoria de segunda clase. En consecuencia, produce los efectos propios de estas resoluciones y, en particular, como lo prescribe el artículo 175 del mismo Código, el efecto de la cosa juzgada.

Corresponderá, entonces, atribuir a la decisión de apertura las características de irrevocabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada, para destacar que lo resuelto en el auto, salva la excepción de la apelación del fiscal (que trataremos a continuación), y la ulterior consideración para un recurso de nulidad, es irrevocable e inimpugnable.

Preciso es destacar que estos atributos llevan aparejada la siguiente consecuencia: la imposibilidad de que por decisión posterior del Tribunal de Juicio Oral se pueda modificar lo decidido en el auto.<sup>142</sup>

Continuando con el análisis del auto de apertura del juicio oral, preciso es analizar el tema de la posibilidad de impugnación de dicha resolución judicial. Al respecto, el mismo artículo 277 concluye señalando “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. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.”

Nos detendremos a revisar la Historia fidedigna de esta norma.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005, p. 191.

En el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo se sostenía, en el entonces artículo 358, que el auto de apertura del juicio oral indicaría “las pruebas que deberán rendirse en la audiencia oral” (letra d) y luego se agregaba:

“Para los efectos de lo dispuesto en la letra d), el juez de control de la instrucción admitirá las pruebas ofrecidas por las partes, salvo aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, las manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios y todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.”

El artículo concluía con la siguiente oración final: “El auto de apertura del juicio oral no será susceptible de recurso alguno”.

Informando lo que en su texto resultó ser el artículo 341, y que se aprobó con la misma redacción del Proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados expone que “... el artículo 341 indica el contenido del auto de apertura del juicio oral, que el juez de control debe dictar al término de la audiencia, el que no es susceptible de recurso alguno...”.

En el Senado, en cambio, la materia se trató con mayor profundidad y se resolvió innovar, porque, como afirmó la Comisión correspondiente de esa rama del Parlamento:

“Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que pueden

---

<sup>143</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 181 y ss.

estimarse dilatorias, porque van a quedar entregadas a criterio del juez de garantía sin revisión posterior...”.

“... Entendió la Comisión que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral y, precisamente, se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima...”.

“...Por ello, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. De esta forma se evita que el Tribunal Oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales...”<sup>144</sup>

Luego de esta precisión, volvemos a analizar la posibilidad de impugnación del auto de apertura. Como vimos, la respuesta en relación a la impugnación de la referida resolución la brinda el mismo texto legal, circunscribiendo la posibilidad de impugnación a dos alternativas temporales (en este punto seguimos la distinción del profesor TAVOLARI<sup>145</sup>):

- Una inmediata, y
- Otra tardía.

---

<sup>144</sup> Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Historia de la Ley N° 1. Nuevo Código Procesal Penal (Boletín 1630-07). Primer trámite Constitucional, tomo II, Public, oficial, Redacc, de sesiones, p.338.

<sup>145</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 189.

Lo que se denomina por el profesor TAVOLARI la posibilidad de impugnación “inmediata”, está representada por la expresa posibilidad que se confiere, en el Código Procesal Penal, al Ministerio Público, para apelar de la decisión del juez de garantía que haya rechazado una prueba que pretendía producir en el juicio oral, bajo el fundamento de provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, esto es, de tratarse de una prueba ilícita.

Al respecto es destacable esta formulación, en cuanto representa una modalidad poco común en el ordenamiento procedimental nacional. Sólo un interviniente-en los términos del Código- un litigante, tiene reconocida la aptitud legal para alzarse en contra de la decisión del juez de garantía, que, en consecuencia, deviene en firme o ejecutoriada a falta de tal impugnación.

Materia distinta es que el legislador, teniendo presente la posibilidad de error o, simplemente, de criterios jurídicos diferentes, permita una modalidad impugnadora posterior (la que TAVOLARI denomina “tardía”), no del auto de apertura del juicio oral mismo, sino de los efectos que, del criterio contenido en dicho auto, se hayan producido en la sentencia dictada en el juicio oral.

Este es el sentido del inciso final del artículo 277, conforme al cual “... lo dispuesto en este inciso (que el auto sólo es apelable por el Fiscal) se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales...”, de donde resulta que los restantes intervinientes podrán impetrar la nulidad de la sentencia que en el juicio se dicte cuando, conforme a lo ocurrido en el auto de apertura del juicio oral, estimen que la sentencia agravante que se haya pronunciado es fruto de un vicio del auto, que constituye alguna de las causales de procedencia de la nulidad, consagradas en los artículos 373 y 374 del Código.

En síntesis: si no hay oportuna apelación del fiscal en contra del auto de apertura del juicio oral, basada, exclusivamente, en el rechazo que, a pretexto de ser

ilícita una prueba, hubiere efectuado el juez de garantía, esta sentencia interlocutoria de segunda clase (“resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de la sentencia definitiva”) que es, inequívocamente, el auto, ya no podrá ser impugnada, porque el transcurso del plazo ya habrá hecho precluir tal posibilidad.<sup>146</sup>

### 3.- Juicio oral

Conforme a lo señalado en las páginas precedentes, luego de la fase intermedia, corresponde abocarnos al estudio del juicio oral, todo ello dentro del contexto que motiva el presente trabajo, cual es la prueba ilícita.

Preciso es tener presente que el Tribunal de Juicio Oral carece de iniciativa probatoria. Es decir, no puede disponer que se practiquen actuaciones probatorias no propuesta por los intervinientes, antes, durante ni después del juicio. Queda desvirtuada, de este modo, la posibilidad de decretarse por el Tribunal las llamadas “medidas para mejor resolver”.

Excepcionalmente, permite la ley al Tribunal un atisbo de activismo probatorio: el artículo 337 N°1 autoriza, cuando lo considere necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, a “constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias...”.

En los restantes casos, sus atribuciones se reducen a disponer que se cumplan las formalidades procedimentales previstas para la producción de la prueba y se observen las prohibiciones establecidas (arts. 328, 329 inc.2°, 334 inc. 1°, etc) y a resolver acerca de reducidas solicitudes de producción de prueba, como son las de prueba no ofrecida oportunamente, por desconocimiento de su existencia, y la de la llamada “prueba sobre prueba”, vale decir, aquella que el interviniente propusiere para

---

<sup>146</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 190.

acreditar la veracidad, autenticidad o integridad de otras pruebas y cuya necesidad no se hubiere previsto.

Enfocada la cuestión desde una perspectiva diferente, puede afirmarse que el Tribunal de Juicio Oral no tiene atribuciones para emitir pronunciamientos-positivos o negativos- en relación a las cuestiones probatorias dilucidadas precedentemente por el juez de garantía.

Como resultado de la imposibilidad de modificar lo resuelto -es decir, la imposibilidad de volver atrás-, por impedirlo la condición de “res iudicata” del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión. Pero ,en el fondo lo que ocurre es que por sobre este instituto, que es más que todo una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie es la cosa juzgada que proviene del auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, deviene en inimpugnable. De esta manera, teniendo en cuenta todas las consideraciones señaladas, no nos queda más que concluir lo siguiente: es jurídicamente imposible que el Tribunal de Juicio Oral adopte una decisión que cambie lo ya decidido en materia de aceptación y licitud de la prueba y, al mismo tiempo, es imposible, jurídica y lógicamente, revivir el debate sobre dichos tópicos.<sup>147</sup>

Por último, si el juez de garantía no excluyó la prueba ilícita del juicio y el Tribunal de Juicio Oral no omitió valorarla, de suerte que ésta ha servido finalmente de fundamento a la sentencia definitiva, la respuesta normativa es bastante clara: contra el auto de apertura del juicio oral no procede recurso alguno- como no sea la apelación por parte del Ministerio Público, que ya hemos comentado- todo lo cual se entiende “sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”, conforme se dispone de manera expresa en el inciso final del artículo 277.

Concretamente, esto sitúa el asunto en el contexto de la causal de nulidad del artículo 373 letra a), según la cual procede la declaración de nulidad del juicio oral y de

---

<sup>147</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 195.

la sentencia “cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes<sup>148</sup>. Formalmente se podría objetar que el vicio propio de la prueba ilícita se produjo en el momento del allanamiento, de la detención o del interrogatorio ilícitos de los que procede, con mucha anterioridad a la “tramitación del juicio”, pero lo cierto es que el vicio que permite fundar la nulidad del juicio y de la sentencia no es ese vicio previo sino uno distinto, evidentemente vinculado a él pero específico del juicio oral, cual es la incorporación en éste de una prueba que debía ser excluida por respeto a las garantías fundamentales.

Si bien se mira, la sentencia de nulidad que acoge el recurso opera como una verdadera decisión de exclusión de prueba ilícita, en cuanto anula no sólo la sentencia sino que también el juicio mismo, obligando a repetir éste<sup>149</sup> y, como es obvio aunque no se diga expresamente, en términos conciliables con lo resuelto, es decir, con exclusión de la prueba declarada inadmisibles.

Ahora bien, el éxito del recurso parece evidente cuando la sentencia se funda relevantemente en la prueba ilícita. Más dudoso puede parecer el caso en el cual dicha prueba no parece haber influido decisivamente en la sentencia, pero de todas formas ésta resuelve en un sentido concordante con lo que de la prueba ilícita se desprende.

---

<sup>148</sup> No se hace referencia a la causa de la letra b) del mismo artículo, esto es, “a la errónea aplicación del derecho”, por dos razones: la primera, probablemente más pacífica, porque esta hipótesis se refiere a vicios producidos en el “pronunciamiento” mismo de la sentencia, en circunstancias que el vicio en cuestión consiste en la previa incorporación de la prueba en el juicio (si bien es dable fundar el recurso no ya en la incorporación sino en la “valoración” que de la prueba ilícita se hace en la sentencia misma, lo que permitiría salvar esa objeción, pero sólo en la medida que la sentencia hubiese valorado explícitamente dicha prueba, en circunstancias que, como se dirá la nulidad debería proceder en todo caso); la segunda, más dudosa, tiene que ver con una personal comprensión-no del todo desarrollada- del sistema del recurso de nulidad, en la cual se tiende a limitar la hipótesis de errónea aplicación del derecho a las infracciones de la ley penal sustantiva, al modo de una nulidad “en el fondo”. HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.94.

<sup>149</sup> En cuanto en este caso la causal de nulidad afecta la prueba, se refiere con ello necesariamente a “los hechos o circunstancias que se han dado por probados”, de suerte que no se dan los requisitos para una sentencia de reemplazo según el artículo 485 y debe repetirse el juicio, tal como dispone el artículo 486.

No obstante las dudas que en estos casos pudiera plantear la aparente falta de influencia en lo dispositivo del fallo de la incorporación de la prueba ilícita en juicio, la anulación de la sentencia y del juicio se presenta como el único mecanismo seguro para disipar, más allá de toda duda razonable, los efectos psicológicos de la prueba ilícita. Incluso cuando el Tribunal se ha negado a valorar la prueba ilícita, subsiste la sospecha por la forma en que su conocimiento ha influido en la valoración del resto de la prueba rendida. Esta sospecha y su innegable - y tan caro para la reforma procesal penal<sup>150</sup> - fundamento es lo que se quiso evitar con la norma de exclusión del inciso tercero del artículo 276, y lo que debe evitarse mediante la anulación del juicio cuando ese filtro previo ha fracasado.

Luego de haber analizado lo de la prueba ilícita en el derecho chileno, nos centraremos en el tratamiento que de este tema se ha dado en derecho comparado, abocándonos a los sistemas jurídicos de Estados Unidos y Alemania.

---

<sup>150</sup> Como se ha dicho insistentemente, es probable que el propósito estructural más nítido de la reforma sea evitar la contaminación previa del tribunal llamado a fallar el fondo, lo que se logra con la tajante exclusión de funciones investigativas o de otro tipo de contactos previos con el asunto y con una preparación del juicio encargada a otro órgano, el que especialmente debe velar por el filtro del material probatorio. ". HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.95.

## **CAPITULO IV: TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILICITA EN EL DERECHO COMPARADO, ALCANCES Y LÍMITES**

La exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso penal es un principio que ha ido imponiéndose lenta pero decididamente en el derecho comparado, logrando con el tiempo constituirse en una de las piedras angulares de un debido proceso penal, también desde una perspectiva internacional. Por lo mismo, a la hora de enfrentarse a la interpretación y aplicación de esta institución desconocida hasta ahora entre nosotros<sup>151</sup>, resulta de la mayor utilidad aprender de la experiencia extranjera, que ya se ha enfrentado con mayor o menor acierto a situaciones dudosas que con seguridad se plantearán también en Chile.

Superaría, sin embargo, los propósitos y posibilidades de este trabajo ofrecer un panorama exhaustivo del derecho comparado. Más razonable y a la vez más provechoso parece presentar el estado de la cuestión en algunos países representativos. Naturalmente debe atenderse a la situación en los Estados Unidos, donde se asiste al más significativo desarrollo en la materia. Como contrapunto se presenta el estado de la cuestión en Alemania, ejemplo temprano del desarrollo del tema en el ámbito jurídico europeo continental. La pertenencia de estos modelos a distintas culturas jurídicas permite, además, apreciar con cierta nitidez la amplia gama de posibles distintos desarrollos que puede experimentar el tratamiento de la prueba ilícita<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Esto, sin perjuicio del desarrollo que en doctrina ha comenzado a darse en torno al tema, el que resulta incipiente en comparación a la jurisprudencia y doctrina de los países que en esta oportunidad analizaremos, cuales son, Estados Unidos y Alemania.

<sup>152</sup> En particular, nos detendremos en el tratamiento que de las "excepciones al principio de inadmisibilidad de la prueba ilícita" se ha efectuado en estos sistemas, punto central del presente trabajo. Además, preciso es tener presente que, tanto en la realidad jurídica alemana como en la norteamericana ha habido un desarrollo más extenso que en otros sistemas, en torno al cuestionamiento acerca de las referidas excepciones.

Asimismo, las diferencias que pueden apreciarse deben servir como advertencia contra la tentación de “importar” acríticamente y en bloque sistemas interpretativos que se desarrollan en contextos normativos diferentes y responden a convicciones y necesidades sociales específicas, que no necesariamente tienen un correlato en Chile.

De ahí que en lo que sigue se haya optado por una presentación general y bastante neutral de la que parece ser la opinión dominante y del estado de la práctica judicial relativas a la prueba ilícita en los países escogidos, extrayendo una y otra preferentemente de obras generales (manuales y comentarios) a los que se ha tenido acceso y que a la suscrita han parecido razonablemente representativas del estado de la cuestión en cada país.

#### 1) Tratamiento de la prueba ilícita en Estados Unidos de América

Probablemente sea el ordenamiento jurídico estadounidense aquél en el cual el principio de la prescindencia de la prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales, ha alcanzado un reconocimiento más amplio - aunque no exento de polémicas y retrocesos- y un desarrollo jurisprudencial más fino.

Sin perjuicio de la existencia de regulaciones legislativas sobre la materia, tanto a nivel estadual como federal, el tema se discute fundamentalmente en el plano constitucional, siendo decisiva al respecto la jurisprudencia de la Suprema Corte. En ese contexto, sin embargo, no se conoce una única regla general de exclusión de prueba, sino que varias, generadas a partir de la interpretación de distintas garantías constitucionales.

En ese contexto, pueden por ejemplo mencionarse las reglas de exclusión de prueba derivadas de la vulneración de las Enmiendas Quinta y Sexta de la Constitución Federal<sup>153</sup>. La primera en cuanto al derecho de no autoincriminarse, la segunda en

---

<sup>153</sup> De la llamada Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), las diez primeras enmiendas, que fueron propuestas el 25 de septiembre de 1789 y ratificadas el 15 de diciembre de 1791.

cuanto al derecho a la asistencia jurídica. Tales enmiendas rezan, en la parte pertinente:

- Quinta Enmienda: "... tampoco podrá obligársele(a la persona) a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial."

- Sexta Enmienda: "En todas las causas penales, el acusado... contará con la asistencia jurídica apropiada para su defensa".

Así, por ejemplo, la interpretación del privilegio de no autoincriminación y del derecho a la asistencia jurídica ha dado lugar, entre otros aspectos relevantes, a una formidable protección de los ciudadanos frente a interrogatorios por parte de los agentes del Estado, particularmente a través de las célebres reglas de "Miranda" (Miranda v. Arizona, 384 U.S.436-1965-)<sup>154</sup>, cuya infracción acarrea la exclusión de la evidencia así obtenida.

Pero la más importante de todas las reglas de exclusión de prueba parece ser aquella derivada de infracciones a la Cuarta Enmienda<sup>155</sup>, según la cual:

"No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos contra registros y detenciones e incautaciones arbitrarios, y no se expedirán órdenes en ese sentido sino en virtud de causa probable<sup>156</sup>, apoyada en

---

<sup>154</sup> BAYTELMAN, A. La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial, Informe de investigación N°13, Centro de investigaciones jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago 2002, p.7 y ss.

<sup>155</sup> En los manuales, la regla de exclusión emanada de la Cuarta Enmienda suele ser tratada en forma separada y con especial detalle, casi como si fuera "la" regla de exclusión, mientras que aquellas derivadas de otras garantías representan un aspecto más bien puntual de las consecuencias de la respectiva garantía para el proceso penal. HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.11.

<sup>156</sup> Con la expresión "causa probable" (*probable cause*) se designa el estándar de razonabilidad requerido para legitimar detenciones y entradas en lugares cerrados. . HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.11.

juramento o promesa, describiendo particularmente el lugar a ser registrado y las personas o cosas a ser detenidas o incautadas.”

Esta garantía contra detenciones, allanamientos e incautaciones arbitrarias no sólo ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre su contenido obvio e inmediato, esto es, sobre los presupuestos de legitimidad de tal tipo de intervenciones en la esfera de derechos de los ciudadanos, sino que también sobre los efectos que ha de tener la inobservancia de tales presupuestos con miras a hacer realmente efectiva la protección constitucional, concretamente, ordenando que sea excluida como prueba toda aquélla que se ha obtenido con infracción de la garantía. La exposición siguiente se concentra precisamente en los aspectos más relevantes de esta regla.

La aplicación de la regla se retrotrae al año 1914. El primer caso en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo la inadmisibilidad de la prueba obtenida en violación de la Cuarta Enmienda fue *Weeks v. United States*(232 U.S. 383-1914), en el cual se negó eficacia a la evidencia obtenida a través de allanamientos y registros arbitrarios realizados por agentes federales<sup>157</sup>. *Weeks*, sin embargo, sólo estaba

---

<sup>157</sup> Los hechos de esta causa son descritos en la sentencia de la manera siguiente: “ el acusado fue arrestado por un oficial de policía, sin autorización en la Estación Unión, en la ciudad de Kansas, Missouri, donde era empleado por una Compañía de correo. Otros oficiales de policía habían ido a la casa del acusado, donde un vecino les había contado dónde estaba guardada la llave; la encontraron e ingresaron a la casa. Buscaron la habitación del acusado y tomaron posesión de varios papeles y artículos encontrados allí, los que fueron posteriormente enviados al alguacil de Estados Unidos. Más tarde, el mismo día, oficiales de policía regresaron con el alguacil, quien pensó que podría encontrar evidencia adicional, y, siendo admitido por alguien en la casa, en respuesta a los golpes en la puerta, probablemente un pensionista, el alguacil buscó la habitación del acusado y sacó ciertas cartas y sobres encontrados en el cajón de una cómoda. Ni el alguacil ni el oficial de policía tenían una autorización de búsqueda”.

El acusado sostuvo que tal apropiación de su correspondencia privada fue efectuada en violación de los derechos que le garantizan la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Al respecto, la Corte señaló lo siguiente: “La historia de esta Enmienda-la Cuarta- es entregada con particularidad en la opinión de *Justice Bradley*, dirigiéndose a la Corte en *Boyd* contra Estados Unidos. Según allí se demostró, tuvo su origen en la determinación de los forjadores de las Enmiendas a la Constitución Federal de proveer, a través de dicho instrumento, de un listado de derechos, garantizando al pueblo americano, entre otras cosas, aquellos resguardos que han crecido en Inglaterra para proteger a la población de exorbitantes registros y decomisos, tales como eran permitidos bajo las órdenes generales emitidas por autoridad del gobierno, a través de las cuales habían existido invasiones a los hogares y la privacidad de los ciudadanos, y decomisos de sus papeles privados para sustentar cargos, reales o imaginarios,

referido a la jurisdicción federal, no así a la jurisdicción de los distintos estados de la Unión. El paso definitivo en este proceso inserto en la polémica por la extensión de las Enmiendas a los Estados se da con *Mapp v. Ohio*<sup>158</sup> (367 U.S. 643-1961), cuando se

---

presentados en su contra. Tales prácticas han recibido también sanción bajo órdenes y embargos con los así llamados mandamientos de asistencia, expedidos en las colonias Americanas. En resistencia a estas prácticas se había establecido el principio aprobado y sancionado en la Ley Fundamental en la Cuarta Enmienda, que la casa de un hombre era un castillo y no para ser invadido por ninguna autoridad general para registrar y confiscar sus bienes o papeles...”

Afirma a continuación:”... el efecto de la Cuarta Enmienda es poner a los tribunales de los Estados Unidos y a los funcionarios federales, en el ejercicio de su poder y autoridad bajo limitaciones y restricciones, y para asegurar siempre a la Nación, sus personas, casa, papeles y efectos, contra todo registro y decomiso exorbitantes, bajo el amparo de la ley. Esta protección alcanza a todos, se trate de una causa de crimen o no, y el deber de darle fuerza y efecto es obligatorio para todos en nuestro sistema federal. La tendencia de aquellos que ejecutan las leyes criminales del país para obtener convicción por medio de embargos ilegítimos y confesiones obtenidas por la fuerza, a menudo después de someter a las personas acusadas a prácticas no autorizadas y atentatorias de los derechos garantizados por la Constitución Federal, no debería encontrar ninguna sanción en los fallos de los tribunales, que están encargados todo el tiempo de sostener la Constitución, y a los cuales la gente de toda condición tiene el derecho a recurrir para el mantenimiento de tales derechos fundamentales”.

Concluye a continuación categóricamente: “ Si las cartas y los documentos privados pueden ser de este modo confiscados y retenidos y usados en evidencia contra un ciudadano acusado de una ofensa, la protección de la Cuarta Enmienda, que declara su derecho a la seguridad contra tales registros y confiscaciones, no tiene valor”.

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

Así las cosas, define “resulta que la sentencia del tribunal inferior debe ser revocada, y el caso reenviado para ulteriores procedimientos en concordancia con esta opinión.” ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 102 y ss.

<sup>158</sup> En esta causa la apelante fue condenada por haber tenido a sabiendas en su posesión y bajo su control ciertos lujuriosos y lascivos libros, imágenes y fotografías en violación del artículo 2905.34 del Código Corregido de Ohio. El Estatuto estipula en la parte pertinente que: “Ninguna persona tendrá a sabiendas en su posesión o bajo su control un libro o imagen obscena, depravada o lasciva.”

Como fue oficialmente declarado en el extracto de su decisión, la Suprema Corte de Ohio estimó que su condena era válida no obstante estar basada “principalmente sobre la introducción de evidencia de lujuriosos y lascivos libros e imágenes ilegalmente confiscadas durante un registro ilegítimo del hogar de la acusada.”

Los hechos de esta causa se inician el día 23 de mayo de 1957, cuando tres agentes de policía de Cleveland llegaron a la residencia de la acusada, persiguiendo información de “una persona

declara que la regla de exclusión derivada de la Cuarta Enmienda obliga también a las

---

que estaría ocultándose en la casa, quien era requerida para ser interrogada en relación con un reciente atentado. La srta. Mapp y su hija vivían en el último piso del inmueble habitado por dos familias. A su llegada a la casa, los agentes golpearon la puerta y solicitaron entrar pero la apelante, luego de telefonar a su abogado, se negó a admitirlos sin una orden de registro. Ellos informaron a su cuartel general sobre la situación y emprendieron la vigilancia de la casa. En las dos horas y media siguientes, la policía mantuvo sitiada la casa. A las cuatro en punto, su número había aumentado al menos a siete. El abogado de la apelante apareció en escena y uno de los policías le señaló que ahora tenían una orden de registro, pero el agente se rehusó a exhibirla. En vez de ello, se dirigió a la puerta de atrás, primero trató de patearla y, al resultar dicha acción infructuosa, rompió el vidrio de la puerta y la abrió desde dentro.

La apelante, quien estaba en la escalera, ascendiendo a su departamento, requirió ver la orden de registro, pero el agente rehusó dejársela ver, aunque agitó un papel delante de su cara. Ella se lo arrebató y lo metió dentro de su vestido. Los policías la cogieron, le quitaron el papel y la llevaron esposada ante otro agente. Fue llevada escaleras arriba, así atada, hasta el mayor de los dos dormitorios del apartamento; allí fue forzada a sentarse sobre la cama. Mientras tanto, los oficiales entraron a la casa e hicieron un completo registro de las cuatro habitaciones de su apartamento y de la parte baja.

Para entender el significado de ese conflicto, se debe comprender que este caso se basa en la posesión de cuatro pequeños panfletos, un par de fotografías y un pequeño lápiz garabateado todo lo cual se afirma es pornográfico.

Conforme a los agentes de policía que participaron en el registro, estos artículos fueron encontrados, algunos en el tocador de la apelante y otros en una maleta hallada bajo su cama. Conforme a la apelante, la mayoría de los artículos fueron encontrados en una caja de cartón en la parte baja de la casa. Todo este material, sostiene la apelante eran cosas abandonadas que habían pertenecido a un pensionista reciente, un hombre que había partido repentinamente a Nueva York y había sido detenido allí.

La Corte Suprema de Ohio mantuvo la condena a pesar de que fue basada en los documentos obtenidos en el registro ilegal. Para Ohio la evidencia obtenida por un registro y captura ilegales es admisible en un procedimiento criminal al menos cuando no fue tomada desde “la persona del acusado por medio del uso de la fuerza brutal y ofensiva en su contra”. La Corte encontró determinante el hecho de que la evidencia no había sido tomada “desde la persona por el uso de fuerza física brutal u ofensiva en contra de la acusada”.

Advierte el fallo que esta evidencia hubiera sido inadmisibles en un proceso federal.

Y agrega “la cooperación federal-estado en la solución del crimen bajo estándares constitucionales será fomentada, por reconocimiento de sus ahora mutuas obligaciones a respetar los mismos criterios fundamentales en sus enfoques.”

Sostiene al fin: “habiendo reconocido una vez que el derecho a la privacidad plasmado en la Cuarta Enmienda es exigible en contra de los Estados, y que el derecho a estar protegido contra brutales invasiones de la privacidad por parte de agentes estatales es, por consiguiente, constitucional en su origen, no podemos seguir permitiendo que ese derecho permanezca como una promesa vacía. Porque es exigible en la misma manera y efectos de otros derechos básicos resguardados por la Cláusula del Debido Proceso, no podemos seguir permitiendo que sea revocable al antojo de cualquier agente de policía, quien, en el nombre de la propia ejecución de la ley, elige suspender su gozo. Nuestra decisión, fundada en la razón y la verdad, le otorga al individuo no más que lo que la Constitución le garantiza, al agente de policía no menos que aquello a lo cual el honesto cumplimiento de la ley autoriza, y, a las cortes, esa integridad judicial tan necesaria en la verdadera administración de justicia”.

El fallo de la Suprema Corte de Ohio es revocado y la causa reenviada a su tribunal de origen para posteriores procedimientos no incompatibles con esta opinión. ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 119 y ss.

jurisdicciones estatales. Desde ese entonces, la regla tiene aplicación general en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos y constituye una de las principales fuentes de litigación del derecho norteamericano. Por su parte, en virtud de *Silverman v. United States* (365 U.S. 505-1961), debe también excluirse todo testimonio sobre informaciones adquiridas durante la actuación ilegítima<sup>159</sup>.

Con todo, la regla de exclusión no ha estado exenta de polémica en los Estados Unidos. Aun en el seno de la Corte Suprema norteamericana las voces disidentes se han hecho sentir, poniendo en duda principalmente que la exclusión de prueba tenga en realidad efecto disuasivo, ya que por regla general el funcionario que ha vulnerado la Constitución no recibe castigo ninguno, en tanto que el criminal queda en la impunidad, con lo cual la sociedad sufre doblemente. También se ha argüido con el derecho comparado, haciendo notar que se trata de una institución sin parangón aun en el ámbito del *common law*, y que serían preferibles otras medidas más efectivas para cautelar el respeto de las garantías constitucionales y menos gravosas para los intereses sociales, como indemnizaciones por parte del Estado, entre otras.

Para entender debidamente los alcances de esta polémica y sus repercusiones en la aplicación concreta de la regla, debe tenerse presente su inserción en una larga y profunda pugna política en el seno de la sociedad norteamericana, entre corrientes de opinión que – más allá de su caracterización un tanto simplista como “conservadores” y “liberales”- se identifican con dos modelos distintos y antagónicos de configuración del sistema de justicia criminal estadounidense: “el modelo de “control del delito” (*Crime Control Model*), y el modelo del “Debido Proceso” (*Due Process Model*); el primero, administrativo y gerencial, el segundo, contradictorio y judicial. Más específicamente, la polémica sobre la regla de exclusión es una más entre las muchas que caracterizan la reacción que ha seguido a la llamada “revolución de la justicia criminal”, esto es, al apogeo de la expansión de las garantías procesales por parte de la Suprema Corte en

---

<sup>159</sup> Con todo, debe considerarse que la regla de exclusión obligatoria para los estados es sólo aquella fundada en infracciones a la Cuarta Enmienda, no así en infracciones a derecho estadual, materia en la cual la exclusión de prueba es una facultad de cada estado. HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.13.

la década del sesenta, bajo la presidencia de *Earl Warren* (la llamada Corte *Warren*)-1953-1969-<sup>160</sup>. En efecto, los años posteriores se han caracterizado por un giro conservador en la Suprema Corte- coincidente en su inicio con las promesas de “ley y orden” de la administración *Nixon* – a través de las llamadas “Corte *Burger*”(por su presidente *Warren Burger*, 1969-1986) y “Corte *Rehnquist*” (por *William Rehnquist*, desde 1986), con una consistente reducción de lo que se consideraron excesos de la era *Warren*.

Si bien prácticamente todas las grandes innovaciones de esa época se han mantenido en el tiempo y a pesar de todo se han convertido en ejes fundamentales de la Justicia Criminal Norteamericana, la reacción conservadora ciertamente ha tenido influencia en la interpretación de sus contornos más finos, en términos consistentemente restrictivos. Es lo que se puede apreciar especialmente a propósito de la regla de exclusión de prueba ilícita amén de muy claros desarrollos restrictivos a través de nuevas y numerosas excepciones<sup>161</sup>, las cuales trataremos con mayor profundidad antes de finalizar este acápite.

Además, los Tribunales de Estados Unidos son firmes en cuanto a la no aplicación de la regla de exclusión probatoria en hipótesis en las cuales la violación de los derechos constitucionales provenga de sujetos particulares (caso *Sackler v. Sackler*, 1964); existiendo asimismo, dudas e incertidumbres en cuanto a su aplicación al proceso civil<sup>162</sup>, cuestión que excede nuestra temática.

En cuanto a los fundamentos de la regla, se mencionan básicamente dos: por una parte, la disuasión de los funcionarios públicos para que no vulneren la protección constitucional (la llamada *deterrence*), y, por otra, la preservación de la integridad

---

<sup>160</sup> De esta época provienen, precisamente, decisiones tan fundamentales como *Miranda*, *Katz*, *Gideon* y el citado *Mapp*.

<sup>161</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.14.

<sup>162</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.58.

judicial, pues los tribunales no deben, al admitir la prueba ilícita en juicio, hacerse cómplices de los atentados contra la Constitución<sup>163</sup>.

Para MINVIELLE<sup>164</sup>, las reglas de exclusión encuentran en la Suprema Corte dos diferentes “políticas” de justificación:

i) Desde un punto de vista práctico, las reglas de exclusión constituyen la única forma posible de desterrar la brutalidad policíaca, sea federal o estadual. El principio de inadmisibilidad de la prueba obtenida mediante actividad que viola los derechos fundamentales del ciudadano, tutela sólo indirectamente al sujeto lesionado, pero desalienta directamente a los poderes públicos de recurrir a irrazonables interferencias en la privacidad individual.

ii) Desde el punto de vista jurídico, el acto de admisión procesal de una prueba inconstitucional, representa de por sí una renovada y definida violación de las garantías individuales, en cuanto el aval del juez potencia el acto ilegítimo de los órganos de policía, consintiéndole alcanzar el fin perseguido por sus autores. Ello es contrario, no solamente a los principios de corrección y de lealtad consagrados en las Enmiendas Quinta y Décimo cuarta, sino aun de la “*judicial integrity*” del Magistrado, por lo cual sería cómplice del ilícito extrajudicial perpetrado, sellando con su propia autoridad las consecuencias procesales.

Por otra parte, en lo que concierne a la oportunidad procesal para solicitar la exclusión de la prueba ilícita, la situación difiere de estado en estado. Algunos estados siguen el sistema de la “objeción simultánea” (*contemporaneous objection rule*), en el cual la objeción puede hacerse en el juicio mismo, en el momento en el cual la acusación pretende introducir la evidencia obtenida ilícitamente. Sin embargo, la gran mayoría de las jurisdicciones ha abandonado ese sistema en beneficio de otro de

---

<sup>163</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.15.

<sup>164</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.59.

“moción previa” de supresión de prueba. Las ventajas de este último sistema serían básicamente las siguientes: se elimina para el juicio una serie de disputas sobre la conducta policial que son irrelevantes para el fondo, se evitan interrupciones innecesarias de un juicio en curso, se previene la posible anulación del juicio con mérito en la exposición del jurado a evidencia inconstitucional y se permite a las partes conocer de antemano qué evidencia no será admitida, permitiendo abandonar una acción o modificar convenientemente la propia “teoría del caso”<sup>165</sup>

Ahora, luego de estas precisiones relativas a la oportunidad procesal para la exclusión en el sistema norteamericano, nos detendremos un momento a analizar los alcances de la exclusión, centrándonos principalmente en la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”.

a) Doctrina de los frutos del árbol envenenado.

Uno de los aspectos más relevantes de la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda es que ésta 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, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la protección constitucional. Éste es un principio general que rige para todas las reglas de exclusión de prueba en el derecho norteamericano, cuyo origen más claro sería el fallo *Silverthorne Lumbre Co. v. United States*<sup>166</sup> (251 U.S. 385-1920)- caso en el cual se

---

<sup>165</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.26 y ss.

<sup>166</sup> Este caso versa sobre una petición ingresada para revertir el fallo de la Corte de Distrito que multó a la Compañía *Silverthorne Lumbre* en doscientos cincuenta dólares por desacato y ordenó el presidio de don *Frederick W. Silverthorne* hasta que purgara un desacato similar de su parte. El desacato en cuestión consistió en una negación a obedecer citaciones bajo apercibimiento y una orden de la Corte para que exhibiera libros y documentos de la Compañía ante el Gran Jurado, los que serían tenidos a la vista para conocer de la violación de los estatutos de los Estados Unidos por el citado *Silverthorne* y su padre. Uno de los fundamentos de su negación fue que la orden de la Corte infringió los derechos de las partes bajo la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Los hechos son simples y los relata el fallo de la siguiente manera: una acusación sobre un único y específico cargo había sido presentada en contra de los *Silverthorne* mencionados;

impidió forzar el interrogatorio “legal” de un testigo cuya existencia había sido descubierta gracias a documentación que con anterioridad había sido ilegalmente incautada-, y que se ha hecho célebre bajo el nombre de “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*). El fundamento de esta doctrina no puede ser otro que la efectiva vigencia práctica de los propósitos de la regla de exclusión, los que se eludirían fácilmente si su efecto no se extendiera a los resultados mediatos de la vulneración constitucional<sup>167</sup> (así, expresamente, la Suprema Corte en *Nardote v. United States*, 308 U.S. 338-1939)<sup>168</sup>.

---

ambos fueron arrestados en sus casas en la mañana del 25 de febrero, y fueron mantenidos en custodia por unas horas.

Mientras estaban así detenidos, representantes del Departamento de Justicia y el alguacil de los Estados Unidos, sin ningún tipo de autorización, fueron a la oficina de su compañía e hicieron un barrido de todos los libros, papeles y documentos que encontraron allí. Todos los empleados fueron retenidos o mandados dirigirse a la oficina del Abogado de Distrito donde también fueron llevados los libros y documentos, de una vez.

Una solicitud fue presentada ante la Corte de Distrito para la devolución de lo que había sido confiscado ilegalmente. El abogado de Distrito se opuso puesto que había encontrado evidencia en contra de los investigados.

Se hicieron fotografías y copias de los papeles materiales y una nueva acusación fue forjada basándose en el conocimiento así adquirido. La Corte de Distrito ordenó la devolución de los originales pero depositó en la custodia del tribunal las fotografías y copias.

Posteriormente fueron emitidos emplazamientos para exhibir los originales y, frente a la negación de exhibirlos, la Corte emitió una orden de que los emplazamientos debían ser cumplidos, aunque había encontrado que todos los papeles habían sido confiscados en violación de los derechos constitucionales de las partes. La negativa a obedecer la orden constituye el desacato alegado.

En este fallo se señala que “ahora el Gobierno, mientras repudia y condena formalmente la confiscación ilegal, busca mantener su derecho a valerse del conocimiento obtenido por esos medios, el que de otro modo no tendría” y agrega: “aunque, por supuesto la confiscación fue un ultraje que ahora el Gobierno lamenta, pudo estudiar los papeles antes de devolverlos, copiarlos y luego usar el conocimiento que obtuvo para exhortar a sus propietarios, de un modo más regular, para que los exhibieran”.

Concluye este fallo: “se reduciría la Cuarta Enmienda a una fórmula de palabras. La esencia de una disposición que prohíbe la adquisición de evidencia de una determinada manera no significa meramente que esa evidencia así obtenida no pueda ser usada ante la Corte sino que ésta no podrá ser usada de ninguna manera.”

Por supuesto, aclara, “esto no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e inaccesibles. Si el conocimiento de ellos se obtiene desde una fuente independiente, podrán ser probados como cualquiera otros, pero el conocimiento obtenido por el agravio del propio Gobierno no puede ser usado por él en la forma propuesta.” . ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 150 y ss.

<sup>167</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.21 y ss.

<sup>168</sup> Este fallo no se remite a los “hechos” como los hemos venido describiendo para entender el curso del razonamiento, pues se trata acá de una decisión que dice directa relación con otro fallo anterior también denominado Nardote contra E.U., conocido por la propia Suprema. Por

---

eso este segundo fallo comienza señalando que es la segunda vez que son llamados a revisar la confirmación de la Corte del Circuito de Apelaciones del Segundo Circuito.

En el primer juicio hubo sentencia condenatoria que fue revocada por la Corte Suprema por estimar que estaba fundada en evidencia obtenida en violación del 605 del Acta de Comunicaciones de 1934.

En un segundo tratamiento del tema lo que se discutió como controversia principal, es si el juez estuvo o no en lo correcto al no aceptar la revisión de la prueba por parte del acusado. Es decir, el acusado interpuso recurso para cuestionar la ilicitud de prueba, lo que le fue denegado.

Ahora bien, el punto que se discute, en cuanto a la aplicación de la norma es el de si el 605 sólo prohíbe como evidencia las conversaciones telefónicas interceptadas propiamente tales, o sea, transcritas textualmente y deja, en consecuencia, abierta la posibilidad de usar la información obtenida a través de ellas por evidencia derivada y lícita, o no.

Es en razón de ello que la Suprema entra a revisar, pues lo estima de relevancia para la administración de justicia. Respecto de este punto, hay un párrafo importante: “Estamos aquí tratando con la prohibición específica de métodos particulares de obtención de evidencia. El resultado de lo sostenido en la instancia inferior es reducir el alcance del 605 a la exclusión de las palabras exactas escuchadas a través de interceptaciones prohibidas, permitiendo cualquier uso derivado de esas interceptaciones que pueda servir. Tal lectura del 605 aniquilaría ampliamente la política que forzó nuestro fallo en *Nardone* contra Estados Unidos, *supra*”.

En *Nardone* contra Estados Unidos, 58 S.Ct. 27- el primer juicio- la Corte revocó las condenas porque ellas fueron fundadas en evidencia procurada en violación del 605 del Acta de Comunicaciones de 1934, c.652, 48 Stat. 1064, 1103; 47 E.U.C., 605, 47 E.U.C.A 605. Basta decir aquí que esa evidencia, consistente en la interceptación de mensajes telefónicos, constituyó una parte vital de la prueba del juicio.

La condena en el juicio y que dio lugar al primer caso *Nardone* contra Estados Unidos siguió a un nuevo juicio. La cuestión de la Apelación es si en este segundo juicio se rechazó impropriamente permitir al acusado revisar el proceso respecto de los usos que se había dado a la información que el primer *Nardone* contra Estados Unidos, se estimó había viciado la condena original.

Se sostiene por este fallo que “en un problema como el que tenemos ante nosotros ahora, dos intereses opuestos deben ser armonizados: por una parte, la severa compulsión de la ley criminal; por la otra, la protección de ese reino de privacidad dejado en libertad por la Constitución y las Leyes, pero capaz de contravención, ya sea a través del fervor o de la intención. Acomodando ambos intereses, debe dársele significado a aquello que el Congreso ha escrito, aún en lenguaje no explícito, en lo que toca a ejecutar la política que ha sido formulada”. Señala el fallo en análisis que se está tratando con la prohibición específica de métodos particulares de obtención de evidencia y que el resultado de lo sostenido en la instancia inferior es reducir el alcance del 605 a la exclusión de las palabras exactas escuchadas a través de interceptaciones prohibidas, permitiendo cualquier uso derivado de esas interceptaciones que pueda servir.

Afirma que tal lectura del 605 aniquilaría ampliamente la política que forzó el fallo en *Nardone* contra Estados Unidos, *supra*, pues “dicho fallo no fue el producto de una lectura meramente meticulosa del lenguaje técnico. Fue la traducción a la practicidad de amplias consideraciones de moralidad y bien público. Esta Corte encontró que la prueba que el Congreso había proscrito, fue proscrita por incompatible con los estándares éticos y destructiva de la libertad personal. Prohibir el uso directo de métodos así caracterizados pero no ponerle freno en su pleno uso indirecto sólo invitaría a utilizarlos. Lo que se dijo en un contexto diferente en *Silverthorne Lumber Co.* contra Estados Unidos: la esencia de una disposición que prohíbe la adquisición de evidencia de una determinada manera no significa meramente que esa evidencia así obtenida no pueda ser usada ante la Corte, sino que ésta no podrá ser usada de ninguna manera.”

Sin embargo, la jurisprudencia ha ido reconociendo ciertos límites al 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, vínculo causal que en algunos casos en rigor puede considerarse inexistente, en tanto que en otros, aunque sea innegable, puede parecer tan atenuado que el vicio puede ya considerarse “purgado”. Las excepciones suelen presentarse en tres grandes grupos: la doctrina de la fuente independiente (*independent source doctrine*), la regla del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery rule*) y el principio de la conexión atenuada (*attenuated connection principle*)

a.1) Doctrina de la fuente independiente.

No se aplica la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando la evidencia se obtiene a través de una vía diversa a aquella que adolece de la ilegalidad contaminante. Es la idea que da nombre a la limitación, porque se ha conseguido la prueba por medio de una fuente independiente- por ende, diversa- de la actividad que, por contrariar el ordenamiento, envenena todo lo que es su necesaria consecuencia. La falta de vinculación excusa el reproche. Se trata, como bien se advierte, de una situación de tal claridad que difícilmente pueda rigurosamente encasillarse entre los criterios limitantes de la doctrina de los frutos del árbol venenoso, toda vez que, lo que ocurre es que el fruto de que se trata-la prueba- no proviene del árbol, como lo anticipa su origen independiente<sup>169</sup>.

a.2) Regla del descubrimiento inevitable.

---

Y agrega que “la carga recae, por supuesto, en el acusado en primera instancia, de probar, a satisfacción de la Corte, que las intervenciones telefónicas fueron ilegalmente empleadas. Una vez que es establecido- como lo fue plenamente aquí- el juez competente debe dar oportunidad al acusado, aunque sea ésta muy estrechamente reducida, para probar que una porción substancial del caso seguido en su contra fue un fruto del árbol envenenado. Esto deja amplia oportunidad al Gobierno para convencer a la Corte de que su prueba tuvo un origen independiente.” ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 151y ss.

<sup>169</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 141.

Bajo esta denominación, la jurisprudencia norteamericana entiende que no cabe la exclusión de la prueba si, a pesar de haberse encontrado la evidencia por obra de un proceder ilegal, la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión.

Se pone como ejemplo clásico el caso *Nix v. Williams*<sup>170</sup>, 467 U.S. 431-1984; en él, la policía, vulnerando los términos de la Sexta Enmienda de la Constitución que

---

<sup>170</sup> *Nix v. Williams*, 467 E.U. 431(1984). Los hechos de esta causa son los siguientes: el 24 de diciembre de 1968, Pamela Powers, de 10 años de edad, desapareció desde el edificio de la YMCA en Des Moines, Iowa, donde ella había estado acompañando a sus padres para ver una competencia atlética. Poco después que ella desapareció, Williams fue visto abandonando la YMCA, llevando un gran bulto envuelto en una manta; un niño de 14 años de edad que había ayudado a Williams a abrir la puerta de su auto informó que él había visto “dos piernas en él y que ellas eran delgadas y blancas”.

El auto de Williams fue encontrado al día siguiente a 160 millas al este de Des Moines en Davenport, Iowa. Posteriormente, varios ítemes de ropa pertenecientes a la niña, algunos de ropa de Williams, y una manta militar como aquélla usada para envolver el bulto que Williams sacó de la YMCA, fueron encontrados en una parada de descanso en la Interestatal 80, cerca de Grinnell, entre Des Moines y Davenport. Una orden fue expedida para arrestar a Williams.

La policía supuso que Williams había dejado a Pamela Powers o a su cuerpo en alguna parte entre Des Moines y la parada de descanso de Grinnell, donde algo de la ropa de la niña había sido encontrada.

El 26 de diciembre, el Departamento de investigación Criminal de Iowa inició una búsqueda a gran escala.

Doscientos voluntarios divididos en equipos comenzaron la búsqueda 21 millas al este de Grinnell, cubriendo un área de varias millas hacia el norte y hacia el sur de la Interestatal 80. Ellos se movieron hacia el oeste desde el condado de Poweshiek, en el que Grinnell estaba ubicado, hacia el condado de Jasper. Los buscadores fueron instruidos de chequear todos los caminos, granjas agrícolas abandonadas, fosos, cauces, y cualquier otro lugar en el que el cuerpo de un pequeño niño pudiera ser escondido.

En el intertanto, Williams se entregó a la policía local en Davenport, donde fue prontamente acusado. Se contactó al abogado de Des Moines, quien arregló que un abogado de Davenport se encontrara con Williams en la estación de policía de Davenport. La policía de Des Moines informó al asesor que ellos recogerían a Williams en Davenport y lo devolverían a Des Moines sin interrogarlo. Dos detectives de Des Moines lo llevaron entonces en auto a Davenport, tomaron a Williams en custodia y procedieron a llevarlo en auto de vuelta a Des Moines.

Durante el viaje de regreso, uno de los policías, el detective Leaming, comenzó a conversar con Williams, diciendo: “quiero darte algo sobre lo que pensar mientras viajamos por la ruta... se pronostican varias pulgadas de nieve para esta noche, y yo siento que tú eres la única persona que sabe dónde está el cuerpo de la niña... y si la nieve lo cubre ni tú mismo serás capaz de encontrarlo. Y ya que vamos pasando justo por el área en el camino hacia Des Moines, siento que podríamos detenernos y localizar el cuerpo, y así los padres de esta pequeña niña estarían posibilitados de dar cristiana sepultura a la hijita que les fue arrebatada de su lado en víspera de navidad y asesinada... después de una tormenta de nieve no podríamos encontrarla de ninguna manera.”

Más tarde, cuando el auto de la policía se acercaba a Grinnell, Williams le preguntó a Leaming si la policía había encontrado los zapatos de la niña. Después de que Leaming contestó que no

---

estaba seguro, Williams dirigió al policía a un punto cerca de una estación de servicio donde dijo que él había dejado los zapatos, pero no fueron encontrados.

A medida que continuaron viajando a Des Moines, Williams preguntó si la manta había sido encontrada y entonces dirigió a los agentes al área de descanso en Grinnell donde dijo que él se había deshecho de la manta, pero sin resultado. A este punto, Leaming y su equipo se reunieron con los agentes a cargo de la búsqueda. A medida que se aproximaban a Mitchellville, Williams, sin ninguna conversación ulterior, aceptó dirigir a los agentes hasta el cuerpo de la niña.

Los agentes que dirigían la búsqueda la habían suspendido a las 3 p.m., cuando dejaron el Departamento de Policía de Grinnell para encontrarse con Leaming en el área de descanso. En ese momento, un equipo de búsqueda cerca de la frontera entre el condado de Jasper y el condado de Polk, estaba a sólo dos y media millas desde donde Williams guió a Leaming y a su equipo hasta el cuerpo. El cuerpo de la niña fue encontrado cerca de una zanja al lado de un camino de grava en el Condado de Polk, cerca de dos millas al sur de la Interestatal 80, y esencialmente en el área a ser registrada.

En el primer juicio, en febrero de 1969, Williams fue condenado por asesinato en primer grado. Ante el juicio en la Corte de Iowa, su asesor pidió suprimir la evidencia del cuerpo y toda la evidencia relacionada incluyendo la condición del cuerpo según fue mostrada por la autopsia. La base para la moción era que tal evidencia fue el “fruto” o producto de las declaraciones que Williams hizo durante el viaje en automóvil desde Davenport a Des Moines incitadas por las afirmaciones de Leaming. La moción de supresión fue denegada.

El jurado encontró a Williams culpable de asesinato en primer grado; el fallo de condena fue confirmado por la Suprema Corte de Iowa.

Williams entonces procuró su liberación en un habeas corpus en la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito sur de Iowa. Esa Corte concluyó que la evidencia en cuestión había sido erróneamente admitida en el juicio de Williams.

En el segundo juicio de Williams, en 1977, en la Corte de Iowa, la evidencia cuestionada fue admitida y el jurado halló nuevamente a Williams culpable de asesinato en primer grado; fue sentenciado a prisión perpetua.

Tras continuas reclamaciones de la parte de Williams, la causa fue en definitiva fallada por la Suprema Corte, la que advierte que la “vasta mayoría” de las cortes, tanto estatales como federales, reconocen una excepción de descubrimiento fatal o inevitable a la regla de exclusión. Advierte que la parte de Williams pretende que la evidencia de la ubicación y condición del cuerpo es “fruto del árbol envenenado”, el “fruto” o producto de la súplica del detective Leaming de ayuda a los padres de la niña para darle “una cristiana sepultura”, que la Corte ya ha considerado equiparable a un interrogatorio, y sostiene que admitiendo la evidencia cuestionada se violó la Sexta Enmienda, aun si hubiera sido inevitablemente descubierta o no.

Williams también pretende que, si la doctrina del inevitable hallazgo es constitucionalmente permisible, debe incluir un punto de partida que muestre la buena fe policial.

Al respecto, la Corte señaló que “la exclusión de evidencia física que habría sido inevitablemente descubierta no añade nada ni a la integridad ni a la equidad de un juicio criminal. El derecho de la Sexta Enmienda a tener asesor protege contra la falta de equidad, por medio de la preservación del proceso adversarial en el cual la fiabilidad de la evidencia propuesta puede ser testeada en examinación-cruzada. Aquí, sin embargo, la conducta del detective Leaming no hizo nada para impugnar la fiabilidad de la evidencia en cuestión- el cuerpo de la niña y su condición tal como fue encontrado, artículos de ropa encontrados sobre el cuerpo, y la autopsia. Nadie pretendería seriamente que la presencia de asesor en el automóvil policial, cuando Leaming apeló a los instintos humanos decentes de Williams, habría tenido alguna relevancia sobre la fiabilidad del cuerpo como evidencia. La supresión, en estas circunstancias, no haría nada para promover la integridad del proceso, sino que infligiría una completamente inaceptable carga para la administración de justicia criminal.”

consagra el derecho a la asistencia de un abogado de todo imputado requerido por la policía, obtuvo del sujeto el reconocimiento del lugar en que había enterrado o escondido un cadáver.

La Corte, con la disidencia de dos jueces, estimó que puesto que un grupo de búsqueda que venía trabajando a algunas millas del sector habría encontrado el cuerpo, en breve tiempo y en similares condiciones, procedía dar valor a la actividad probatoria ilegalmente producida, desde que la ilegalidad cometida en la obtención previa de la prueba no impediría su posterior redescubrimiento.

Los jueces disidentes, en cambio, estimaron que para que esta alternativa fuera válida, los fiscales debieron haber podido demostrar que el encuentro sería inevitable bajo estándares de muy alta y convincente evidencia, porque, sostuvieron, aunque ésta se reputa una modalidad de la doctrina de la fuente independiente, en rigor constituye una hipotética y no una efectiva fuente independiente<sup>171</sup>.

---

Agrega: “Ciertamente, la supresión de la evidencia produciría el daño del sistema adversarial, al poner al Estado en una posición peor que aquella que habría ocupado sin la mala conducta policial. El argumento de Williams de que el descubrimiento inevitable constituye un equilibrio impermisible de valores, no tiene mérito.”

Se advierte que la Corte de Apelaciones no juzgó necesario considerar si el expediente sustentaba justamente la estimación de que el equipo de voluntarios de búsqueda habría descubierto el cuerpo de la víctima final o inevitablemente. Sin embargo, tres cortes que revisaron independientemente la evidencia, hallaron que el cuerpo de la niña habría sido encontrado inevitablemente por los buscadores.

Finalmente, el fallo sostiene que es claro que los equipos de búsqueda se estaban aproximando a la verdadera ubicación del cuerpo, y se manifiesta de acuerdo con las tres cortes anteriores, respecto que los equipos de voluntarios habrían reanudado la búsqueda si Williams no hubiera conducido antes a la policía hasta el cuerpo, y el cuerpo habría sido inevitablemente encontrado.

La evidencia que Williams afirma que fue recientemente descubierta, ciertas fotografías del cuerpo y el testimonio depuesto por el agente Ruxlow, efectuado e conexión con los procedimientos federales de habeas, no demuestra que los hechos materiales fueran inadecuadamente desarrollados en la audiencia de supresión en la Corte estatal ni que a Williams se le halla negado una completa, equitativa, y adecuada oportunidad para presentar todos los hechos relevantes en la audiencia de supresión.

El fallo de la Corte de Apelaciones es revocado, y el caso es reenviado para procedimientos posteriores en conformidad con esta opinión. ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 212 y ss.

<sup>171</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 142.

### a.3) Principio del vínculo atenuado.

Discurre esta idea sobre la posibilidad de admitirse prueba, a pesar de haberse producido la lesión de un derecho fundamental sobre la base de resultar- como se sostuvo en *Nardone v. United States*, en 1939- tan atenuada la conexión entre la ilegalidad y la evidencia cuestionada como para disipar el daño, lo que conduce a su aceptación.

En el caso *Wong Sun v. United States*<sup>172</sup>( 1963) la Corte sostuvo que lo que corresponde es determinar si la prueba se debe a actividad suficientemente diferenciable de la primera infracción, cuestión que, ella diría más tarde, debe resolverse caso a caso, sin que se puedan establecer reglas generales<sup>173</sup>.

Como el tema de la conexión aparece enormemente amplio, nuevamente la jurisprudencia elaboró criterios o aspectos que la determinan, algunos de los cuales son los que siguen:

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

- Extensión de la cadena causal. Mientras más factores intervengan entre la ilegalidad inicial y la incautación de la evidencia, más posibilidades existen de la admisibilidad de la evidencia. Mientras más alejada de la ilicitud se encuentre la

---

<sup>172</sup> En juicio ante una Corte Federal de Distrito sin un jurado, los requirentes fueron condenados por transporte fraudulento y ocultación de heroína importada ilegalmente, en violación al 21 E.U.C. 174. Aunque la Corte de Apelaciones sostuvo que los arrestos de ambos peticionarios, sin autorización, fueron ilegales, por no estar basados en “causa probable” dentro del significado de la Cuarta Enmienda, ni sobre “bases razonables” dentro del significado del Acta de Control de Narcóticos de 1956, confirmó sus condenas. ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 154 y ss.

<sup>173</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 143.

evidencia, es menos probable que la policía la entienda como un fruto de aquélla, con lo que se reduce el efecto disuasivo de la exclusión.

- Acto libre de voluntad. La intervención de un acto libre de voluntad puede purgar el vicio, debiendo tenerse sí presente que las advertencias de “Miranda” no bastan por sí solas para evaluar la voluntariedad en estos casos.

- Gravedad e intencionalidad (*flagrancy*) de la ofensa. A mayor gravedad de la ofensa y a menos accidental sea ésta, mayor debe ser el efecto disuasivo y mayor el alcance de la regla de exclusión.

- Naturaleza de la evidencia derivada. Según la Suprema Corte, cierto tipo de evidencia es, por su propia naturaleza, más susceptible de saneamiento que otra. Particularmente como se desprende de *United States v. Ceccolini* (435 U.S. 268-1978), sería más fácil sanear la prueba testimonial que la prueba material, por dos razones: primero, porque los testigos suelen aparecer por su propia voluntad, en tanto que los objetos inanimados deben ser descubiertos por otros; y segundo, porque las probabilidades de obtener prueba testimonial por medios legales son mayores, razón por la cual la policía tiene menos incentivos para violar la Constitución en orden a obtener su testimonio<sup>174</sup>.

Luego de detenernos a analizar la Doctrina de los frutos del árbol envenenado, sus alcances y límites, abordaremos, en las siguientes líneas, los límites o excepciones al principio de la inadmisibilidad de la prueba ilícita, que se han desarrollado en la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos.

b) Circunstancias que llevan a la aplicación restrictiva de la regla de exclusión.

---

<sup>174</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.25 y ss.

Hemos visto que la jurisprudencia de EE.UU. extrajo directamente de las normas constitucionales sustanciales, límites a la admisibilidad de la prueba en juicio, elaboración de la cual se han sentido muy orgullosos, considerándola por varias décadas como una cuestión que debe hallarse apartada de toda excepción, desconociéndose por esta vía que aquél proceso puede involucrar intereses tan importantes como en el proceso penal y que las entidades privadas pueden ser, y de hecho lo son especialmente en las sociedades occidentales industrializadas, tan avasalladoras con el hombre como pueden serlo los poderes públicos<sup>175</sup>.

Además de ello, la regla de exclusión sufrió una fuerte limitación por la vía de la legitimación procesal-*standing*- para hacerla valer, situación que comentaremos con mayor profundidad en las próximas líneas.

Por otra parte, a partir de 1970, van delineándose algunas variaciones a la compacta jurisprudencia, que se traducen en una tendencia restrictiva en la aplicación de la regla de exclusión probatoria, en una verdadera atemperación a la concepción originaria, exigiéndose una aplicación “racional” de la inadmisibilidad.

Siguiendo esta línea explicativa, importantes hechos concurren a poner las premisas indispensables de tal tendencia<sup>176</sup>:

- La urgente necesidad de evitar los peligros de direccionismo aéreo, lo que justifica el empleo de medios idóneos para revelar la presencia de armas o de todo instrumento ofensivo sobre la persona o en el equipaje de pasajeros en tránsito en el aeropuerto, impusieron nuevas exigencias de prevención o seguridad, las cuales comportan una parcial revisión del principio de “causa probable” de la Cuarta Enmienda, al cual ya nos referimos.

---

<sup>175</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.100 y ss.

<sup>176</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.103 y ss.

- La verificación empírica y estadística de la incidencia concreta de la regla de exclusión sobre la actividad de la policía, llevó a poner en duda la eficacia “desalentadora” y demostró la insuficiencia del remedio preventivo.

- Cambios en la integración de la Suprema Corte, que permitieron delinear una fuerte política conservadora en la defensa de las instituciones públicas y mantenimiento del orden interno, que notablemente atenúa y rectifica la dirección garantizadora de los derechos constitucionales que le cupo a la “*Warren Court*”, cambios que ya explicamos en las líneas precedentes<sup>177</sup>.

- La discusión que se ha generado en torno al status de la regla. En efecto, en un primer momento, implícitamente en *Weeks* y luego explícitamente en *Mapp*, se mantuvo que la regla era un componente esencial de la Cuarta Enmienda, esto es, que la propia Constitución también garantizaba que la evidencia obtenida con su infracción no podía ser utilizada en juicio criminal contra el afectado. Sin embargo, con posterioridad, en *United States v. Caalndra* (414 U.S. 338-1974), la mayoría sostuvo que, más que un derecho personal de rango constitucional de la parte agraviada, la regla era “un remedio judicialmente creado, diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda, generalmente mediante su efecto disuasivo”. El punto no es menor, pues si la regla de exclusión no tiene rango constitucional no sólo la propia Corte tiene poder para abolirla o limitarla- como de facto ha hecho en los últimos años-, sino que también el Congreso tendría ese poder, esto sin contar con que queda en entredicho la facultad de la Corte para imponer a los estados la aplicación de una regla no derivada de la Constitución. Estos escenarios no se aprecian como especialmente probables, pero su sola posibilidad trae incertidumbre sobre el futuro de la regla<sup>178</sup>

Es en este marco que se comienza a hablar del costo social excesivo de la incondicionada aplicación de la regla de exclusión, su esterilidad conceptual y su ineficacia concreta; se maneja la teoría del “*Harmless error*”, y se discrimina según que

---

<sup>177</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.104.

<sup>178</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.15.

la actuación policial inconstitucional se haya producido con buena o mala fe por parte del agente.

En consecuencia, si bien es cierto que la regla de exclusión en el sistema norteamericano tiene un alcance considerablemente amplio, no es menos cierto que dicha regla no se aplica en forma absoluta. En doctrina, así como también en la jurisprudencia, se han ido desarrollando una serie de límites a que está sujeta esta regla, de los cuales describiremos los que, a nuestro juicio, resultan ser los más importantes.

c) Límites y excepciones a la regla de exclusión.

c.1) Exclusión sólo para el juicio oral<sup>179</sup>.

La Suprema Corte ha entendido que el efecto fundamental de la exclusión- el efecto de *deterrence* - queda suficientemente bien servido, como regla general, con su aplicación en el acto del juicio. No se aplica, en consecuencia, al procedimiento ante el Gran Jurado- audiencia preparatoria con carácter de antejuicio- (*United States v. Calandra*, 414 U.S. 338-1974-), ni en procedimientos de fianza, de determinación de penas o de revocación de libertad bajo palabra<sup>180</sup>.

c.2) Impugnación de la credibilidad del acusado.

En principio y de acuerdo con la regla de exclusión, la prueba obtenida con infracción de garantías constitucionales no sólo no podría emplearse como prueba de las imputaciones, sino que tampoco debería poder aprovecharse para impugnar la credibilidad de determinados medios de prueba. Así se había sugerido nítidamente en *Agnello v. United States* (269 U.S. 20 -1925). Sin embargo, en *Walter v. United States*

---

<sup>179</sup> En esto seguimos el esquema utilizado por Héctor Hernández Basualto, sin perjuicio de que también analizaremos los límites y excepciones que han desarrollado otros autores.

<sup>180</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.15.

(374 U.S. 62-1954), se resolvió que la regla no es obstáculo para usar la prueba excluida como medio de impugnación de la credibilidad de las declaraciones del acusado en su examen directo, arguyendo para ello que la finalidad de la regla no puede ser que se permita mentir libremente a un acusado que tiene derecho a no declarar en juicio y que si lo hace es por propia voluntad. Con todo, la excepción no se refiere a la simple negación de cargos por parte del acusado que contradice la evidencia excluida, sino que específicamente a todo lo “adicionalmente” declarado por aquél. Una excepción equivalente se ha admitido también respecto de la regla de exclusión de prueba basada en la Quinta Enmienda, concretamente a las infracciones a las advertencias de *Miranda* (*Harris v. New York*<sup>181</sup>, 401 u.s. 222-1971), si bien en ese caso la justificación es menos evidente, pues dicha regla de exclusión no se basa sólo en razones de política pública, sino que también en la menor credibilidad de un testimonio obtenido sin respetar tales formas.

Posteriormente, en una decisión muy controvertida y por estrecha mayoría, la Suprema Corte amplió el alcance de la excepción a la impugnación de la credibilidad de lo declarado en el conainterrogatorio del acusado por parte del fiscal (*United*

---

<sup>181</sup> Es el famoso caso *Harris v. NY*, 401 US 222(1971) el que sienta esta posición: el imputado es acusado de haber suministrado, en dos sucesivas ocasiones, estupefacientes a un agente provocador. La confesión es dada ante la policía, pero sin que ésta le diera a conocer los “Miranda warnings”. Esta confesión, al ser obtenida en violación de derechos constitucionales, no es usada por el acusador como prueba incriminante en el curso del juicio ante el jurado. El acusado, en juicio, niega los hechos que se le atribuyen. El fiscal mediante el “cross examination” expone al imputado el contenido de la confesión rendida por él extraprocesalmente; y valiéndose del contraste entre ambas declaraciones, buscó demostrar la inatendibilidad de su declaración defensiva. El juez, al instruir al jurado antes del veredicto, le recomendó conservar el uso indirecto de la confesión extrajudicial no ya como prueba de culpabilidad, pero sí como elemento de juicio acerca de la atendibilidad de la declaración judicial del imputado. Este es declarado culpable teniendo en cuenta la contrariedad intrínseca de sus declaraciones.

Discordia de Brennan: la posibilidad de utilizar indirectamente una confesión obtenida con medios inconstitucionales, no hace más que comprimir la libertad de elección del imputado, colocándolo en situación muy difícil de decidir declarar a su favor en el curso del juicio, y neutralizando en parte los efectos de la prohibición sancionada por el pronunciamiento *Griffin v. California*-1965-(en éste se resuelve sobre la inadmisibilidad de cualquier argumentación presuntiva acerca del imputado de declarar en defensa propia). MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.104 y ss.

*States v. Havens*, 446 U.S. 620-1980), aunque siempre únicamente respecto de “preguntas legítimas” vinculadas a lo que declaró el acusado en su interrogatorio directo.

Por el contrario, hasta ahora no se ha extendido la excepción a la impugnación de credibilidad de declaraciones de otros testigos de defensa o de otros medios de prueba de la defensa (*James v. Illinois*, 110 S.Ct. 648-1990)<sup>182</sup>.

### c.3) Legitimación para reclamar la exclusión de prueba (*standing*).

Para la Suprema Corte no basta simplemente con resultar favorecido por la exclusión de la prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda para poder reclamar tal exclusión, sino que además se debe haber sido la víctima de la infracción constitucional. Es ésta circunstancia la que confiere la legitimación o *standing* para reclamar la exclusión de prueba. Así, en *Rakas v. Illinois* ( 439 U.S. 128-1978), la Corte mantiene que los derechos emanados de la Cuarta Enmienda son derechos personales que no pueden ser invocados por terceros.

Se comprenderá que sobre esta base relativamente sencilla lo verdaderamente debatido es la determinación de quién ha sido víctima de la vulneración constitucional. En ese sentido, probablemente el aspecto más significativo de *Rakas* y de los fallos que le siguen es la superación de los criterios que sobre el *standing* en materia de registros e incautaciones ilegítimas había establecido el fallo *Jones v. United States*( 362 U.S. 257-1960). Según este precedente, cualquier persona que se encontrara legítimamente en el lugar donde se efectúa el registro ilegítimo ha sufrido una vulneración constitucional y puede, en consecuencia, reclamar de ella; asimismo, establecía un *standing* automático tratándose de la incautación de objetos cuya posesión es precisamente materia de la imputación, pues exigir en esos casos prueba del interés para los efectos del *standing* implicaría al mismo tiempo una obligación de

---

<sup>182</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.16.

autoincriminarse. *Rakas* rompe con el primer criterio al considerar insuficiente como legitimación la simple circunstancia de encontrarse legítimamente en el lugar y, en cambio, declara como decisivo el criterio de la legítima expectativa de intimidad en el lugar invadido, ya sentado por *Katz v. United States* ( 389 U.S. 347-1967). Por su parte, *United States v. Salvucci* (448 U.S. 83-1980) niega el *standing* automático en materia de incautaciones fundándose en que la prueba del interés para los efectos del *standing* no puede emplearse como prueba de cargo en juicio en contra del interesado, conforme a lo resuelto ya en *Simmons v. United States* (390 U.S. 377-1968-), con lo que se habría disipado el cruel dilema del acusado<sup>183</sup>.

c.4) Actuaciones de buena fe (*good faith exception*).

Hasta ahora se han mencionado límites estrictamente formales a la regla de exclusión, que no afectan su fondo, cual es que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales de una persona no pueden ser utilizados en su contra por el Estado. Aquí, en cambio, se trata de una excepción de fondo tremendamente significativa: no está prohibido el uso de prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda cuando los funcionarios que la han obtenido han obrado de buena fe.

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha acuñado esta fórmula que puede sintetizarse en la idea de que deberá excluirse la prueba si, en concepto de un “agente policial razonablemente bien entrenado”, ella contraría las leyes vigentes; de donde se permite la producción de prueba de origen dudoso o francamente ilegal, cuando, a la inversa, tal ilegalidad del proceder no habría sido evidente para un agente policial que satisficiera ese Standard de preparación<sup>184</sup>.

Esta es la doctrina sentada, en fallo dividido, en *United States v. Leon*<sup>185</sup> (468 U.S. 897-1984), en un caso en que funcionarios policiales entran y registran un lugar

---

<sup>183</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.17.

<sup>184</sup> TAVOLARI, R., Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos, op.cit., p. 143.

<sup>185</sup> Estados Unidos contra León, 468 E.U. 897(1984). Los hechos de esta causa son los siguientes: En agosto de 1981, un informante confidencial de fiabilidad no comprobada, informó

---

a un agente del Departamento de Policía de Burbano, que dos personas a quienes él conocía como "Armando" y "Patsy" estaban vendiendo grandes cantidades de cocaína y methaqualone en su residencia de Price Drive 620 en Burbano, California. El informante también indicó que él había sido testigo de una venta de methaqualone efectuada por "Patsy" en la residencia mencionada, unos cinco meses antes, y había observado en esa oportunidad, una caja de zapatos que contenía una gran cantidad de dinero que pertenecía a "Patsy". Declaró además que "Armando" y "Patsy" generalmente mantenían sólo pequeñas cantidades de drogas en su residencia y que almacenaban el resto en otra ubicación en Burbank.

Sobre la base de esta información, la policía de Burbano inició una extensa investigación enfocada primero sobre la residencia de Price Drive y más tarde también sobre otras dos residencias. Se determinó que los automóviles estacionados en la residencia de Price Drive pertenecían al acusado Armando Sánchez, quien había sido anteriormente arrestado por posesión de marihuana, y a Patsy Stewart, quien no tenía ningún antecedente criminal. Durante el curso de la investigación, los agentes observaron llegar a la residencia de Price Drive un automóvil perteneciente al acusado Ricardo Del Castillo, quien había sido anteriormente arrestado por posesión de 50 libras de marihuana. El conductor entró a la casa, salió poco después llevando una pequeña bolsa de papel, y partió. Un chequeo de los registros de Del Castillo condujo a los agentes al acusado Alberto León, cuyo número telefónico había sido registrado por Del Castillo como el de uno de sus empleados. León había sido arrestado en 1980 por cargos de droga, y un socio suyo había informado en ese tiempo a la policía que estaba muy implicado en la importación de drogas hacia el país. Antes que la actual investigación comenzará, los agentes de Burbank habían tenido conocimiento de que un informante había dicho a un agente de policía de Glendale que León almacenaba una gran cantidad de methaqualone en su residencia. En el curso de esta investigación, los agentes de Burbano supieron que León estaba viviendo en el 716 de South Subset Canyon en Burbank.

Posteriormente, los agentes observaron a varias personas, de las cuales al menos una tenía anterior implicación en drogas, que llegaban a la residencia de Price Drive y salían con pequeños paquetes. Advirtieron una variedad de actividades materiales en las dos residencias, así como también en el condominio del 7902 de Vía Magdalena y fueron testigos de muchas acciones relevantes que implicaban a los automóviles de los acusados. Los agentes también observaron que los acusados Sánchez y Stewart se embarcaron en vuelos separados hacia Miami y que regresaron juntos después hacia Los Ángeles, consintiendo en un registro de su equipaje que sólo reveló una pequeña cantidad de marihuana. Basándose en estas y otras observaciones que fueron resumidas en la declaración jurada, el agente Cyril Rombach del Departamento de policía de Burbano, un experimentado y bien entrenado investigador de narcóticos, preparó una solicitud de orden para registrar el 620 de Price Drive, el 716 de South Subset Canyon, el 7902 de Vía Magdalena, y los automóviles de cada uno de los acusados, en busca de una extensa lista de ítems relativos a las actividades de tráfico de drogas. La extensa solicitud del agente Rombach fue revisada por varios abogados delegados de Distrito.

Una aparentemente válida orden de registro fue expedida en septiembre de 1981 por una Juez de Corte Estatal Superior. Los registros resultantes revelaron grandes cantidades de drogas en las direcciones de Vía Magdalena y de Subset Canyon y una pequeña cantidad en la residencia de Price Drive. Otra evidencia fue descubierta en cada una de las residencias y en los automóviles de Stewart y de Del Castillo. Los demandados fueron acusados por un gran jurado en la Corte de Distrito para el Distrito Central de California bajo cargos de conspiración para la posesión y distribución de cocaína y de una variedad de importantes partidas.

Los acusados presentaron luego mociones de supresión de evidencia confiscada en cumplimiento de la orden. La Corte de Distrito sostuvo una audiencia evidenciaria y, mientras reconocía que el caso estaba cerrado, concedió en parte las mociones de supresión. Concluyó que la declaración jurada era insuficiente para establecer causa probable, pero no suprimió toda la evidencia respecto de todos los acusados, porque ninguno de ellos había cuestionado todos

---

los registros. En respuesta a una petición del gobierno, la Corte dejó claro que el agente Rombach había actuado de buen fe, pero rechazó la sugerencia de que la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda no debería ser aplicada cuando la evidencia es confiscada en la confianza razonable y buena fe que recae sobre una orden de registro.

La Corte de Distrito negó la moción de reconsideración del Gobierno, y un panel dividido de la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito confirmó.

La Corte de Distrito suprimió los frutos del registro y rechazó la invitación del Gobierno a reconocer una excepción de buena fe a la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda.

Finalmente la Corte Suprema conociendo la petición presentada por el Gobierno declinó procurar la revisión de las determinaciones de las cortes inferiores de que la orden de registro no estaba sustentada por causa probable y sólo presentó la cuestión de “si la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda debería ser modificada en cuanto a impedir la admisión de evidencia confiscada en la confianza y buena fe que derivan de una orden de Registro, la que fue estimada posteriormente como defectuosa”.

Señala que la cuestión debe ser resuelta sopesando los costos y beneficios de impedir el uso en el probatorio, de evidencia tangible obtenida en la confianza de una orden de Registro expedida por un magistrado independiente y neutral, la que finalmente es hallada defectuosa.

En este fallo se sostuvo que la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda no debería ser aplicada en cuanto a impedir el uso en la etapa probatoria de evidencia obtenida por agentes que actúan en la confianza razonable de contar con una orden de registro emitida por un magistrado independiente y neutral pero finalmente hallada inválida.

Se fundó esta afirmación en los siguientes argumentos:

- a) Un examen del origen y propósitos de la Cuarta Enmienda deja claro que el uso de los frutos de un registro o captura ilegal pasado no produce nuevo agravio a la Cuarta Enmienda. La cuestión de si la sanción exclusionaria es correctamente impuesta en un caso particular como remedio creado judicialmente para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda a través de su efecto disuasivo, debe ser resuelta sopesando los costos y beneficios de impedir el uso, en el probatorio del Gobierno, de evidencia inherentemente segura y tangible. La indiscriminada aplicación de la regla exclusionaria- impidiendo la función de hallazgo de la verdad del sistema de justicia criminal, y permitiendo a algunos acusados culpables salir libres- bien puede generar desacato a la ley y a la administración de justicia.
- b) La aplicación de la regla de exclusión debería continuar cuando una violación de la Cuarta Enmienda ha sido sustantiva y deliberada, pero debería ser modificada para permitir la introducción de evidencia obtenida por agentes que confían razonablemente en una orden emitida por un magistrado independiente y neutral.
- c) El respeto acordado a una estimación de causa probable de un magistrado para la expedición de una orden no excluye la investigación de la declaración jurada sobre la cual se basó esa determinación, y las cortes deben insistir en el propósito del magistrado para llevar a cabo su función neutral e independiente y no servir meramente como un timbre de goma para la policía. En todo caso, la regla exclusionaria está diseñada para impedir la mala conducta policial más que para castigar los errores de los jueces y magistrados. Así, admitir evidencia obtenida en ejecución de una orden, mientras se declara al mismo tiempo que la misma era de alguna manera defectuosa, no reducirá los incentivos profesionales de los agentes para cumplir con la Cuarta Enmienda, no los motivará a repetir sus errores, ni conducirá a la concesión de todas las solicitudes plausibles de orden.
- d) Aun asumiendo que la regla de exclusión disuade efectivamente la mala conducta de algunos policías y proporciona incentivos a la profesión ejecutora de la ley para conducirse de acuerdo a la Cuarta Enmienda, no puede esperarse, y no debería pedirse, que disuada la objetivamente razonable actividad ejecutora de la ley. En un

cerrado- donde encuentran e incautan una determinada cantidad de droga- en virtud de una orden judicial aparentemente válida, pero que posteriormente se demuestra viciada por no haber estado fundada en verdadera causa probable.

Específicamente, según León, la exclusión no rige cuando un oficial de policía razonablemente bien entrenado ha podido creer que la orden judicial era válida, de donde 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”<sup>186</sup>.

Sobre esa base, la propia Corte se encarga de señalar casos en los que no sería admisible la excepción, precisamente porque en ellos un oficial razonablemente bien entrenado no debería confiar en la orden. Estos casos son entre otros (el fallo los menciona sólo a título ejemplar) los siguientes:

---

caso ordinario, no puede esperarse que un agente cuestione la determinación de causa probable de un magistrado ni su juicio de que la orden es ,en su forma, técnicamente suficiente. Una vez que la orden es expedida, no hay literalmente nada más que el policía pueda hacer en su búsqueda del cumplimiento de la ley, y penalizar al agente por el error del magistrado, más que por su propio error, no puede lógicamente contribuir a la disuasión de las violaciones de la Cuarta Enmienda.

- e) La confianza del agente policial en la determinación de causa probable del magistrado y en la suficiencia técnica de la orden que él ha emitido, debe ser objetivamente razonable. La supresión permanece como un remedio adecuado si el magistrado o juez, al emitir una orden, fue inducido a error por la información de una declaración jurada cuyo deponente sabía o podría haber sabido que era falsa, excepto por su atrevido desprecio a la verdad, o si el magistrado emisor hubiera abandonado completamente su rol judicial independiente y neutral. Tampoco un agente manifestaría objetiva buena fe basándose en una orden fundada en una declaración jurada tan carente de indicios de causa probable como para volver enteramente irracional su creencia en la propia existencia de la orden. Finalmente, dependiendo de las circunstancias del caso particular, una orden puede ser tan aparentemente deficiente- por ejemplo, fallando en particularizar el lugar a ser registrado o las cosas a ser confiscadas- que los agentes ejecutantes no puedan razonablemente presumir que sea válida.

Tras esa fundamentación se señala que “en vista de la modificación de la regla exclusionaria, el fallo de la Corte de Apelaciones no puede mantenerse en este caso. Sólo el acusado León pretendió que ningún agente de policía razonablemente bien entrenado podría haber creído que existía causa probable de registro en su casa. Sin embargo, el expediente establece que la confianza de los agentes de policía en las determinaciones de causa probable del juez de corte estatal, fue objetivamente razonable”. ZAPATA, M. La Prueba Ilícita, op. cit., p 207 y ss.

<sup>186</sup> Si bien considerando los conocimientos especiales con que cuenta el agente.

- Cuando el magistrado ha sido engañado por información falsa en la declaración jurada y la falsedad le ha constado al solicitante o debía haberle constado y sólo no le constó por su craso desprecio por la verdad;
- Cuando el magistrado ha abandonado su rol judicial, de suerte que ningún agente responsable y bien entrenado debía confiar en la validez de la orden;
- Cuando la declaración jurada es tan patentemente insuficiente para fundar causa probable, que no puede estimarse razonable la confianza del agente en la validez de la orden;
- Cuando la orden es tan insuficiente en cuanto a la especificación del lugar a registrar o a las cosas por incautar, que no es razonable la confianza del agente en su validez (criterio que, sin embargo, se resiente cuando casi simultáneamente la Corte resuelve que el agente policial puede confiar en la orden insuficiente cuando al solicitarle él si ha señalado con suficiente precisión esos extremos, *Massachusetts v. Shepard*, 468 U.S. 981-1984-) <sup>187</sup>.

El fundamento de la excepción es plenamente funcional al fundamento principal de la regla de exclusión de prueba en el derecho norteamericano, esto es, como se ha dicho, disuadir a los agentes estatales de vulnerar las garantías constitucionales. En hipótesis como la de León, efectivamente la exclusión de la prueba no serviría a ese propósito, pues no es necesario disuadir a agentes que claramente no han pretendido vulnerar las garantías constitucionales, sino que, por el contrario, han actuado de buena fe, en la creencia de estar obrando precisamente en conformidad con tales garantías. Ahora bien, esto es indiscutible tratándose de los oficiales de policía que ejecutan las órdenes inválidas, pero no puede decirse lo mismo respecto de los magistrados que expiden tales órdenes. Sin embargo, León deja en claro que el único

---

<sup>187</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.18.

efecto disuasivo invocable para aplicar la regla de exclusión es aquél relativo a los agentes policiales, no a los magistrados. En efecto, según la justificación de tres niveles propuesta por el Juez *White* en el fallo, las razones para limitar la regla de exclusión serían las siguientes: Primero, la regla de exclusión ha sido diseñada para evitar conductas policiales indebidas y no para sancionar errores judiciales; segundo, no existe evidencia que sugiera que jueces o magistrados estén inclinados a ignorar o subvertir la Cuarta Enmienda o que el desorden entre estos actores requiera la aplicación de la sanción extrema de la exclusión; tercero, y lo más importante, no se ve base para creer que la exclusión de evidencia obtenida en virtud de una orden vaya a tener un efecto disuasivo significativo sobre jueces o magistrados<sup>188</sup>.

Además, cabe tener presente que, explícitamente, la doctrina de León se aplica sólo a actuaciones policiales con “orden judicial de respaldo”, con lo cual, en principio, la excepción de buena fe no se extiende a actuaciones sin ese respaldo. Pero esto ha sido objeto de controversia en los últimos años, pues muchos de los razonamientos del fallo tienen validez también respecto de actuaciones sin orden. Una extensión de la excepción hacia hipótesis sin orden, si bien todavía en una zona intermedia, porque el defecto sigue en la esfera judicial, pero no en la decisión del juez, se ha realizado en *Arizona v. Evans* (514 U.S. 1-1995-) , donde se detuvo al imputado- y se le incautó evidencia- en virtud de una orden dejada sin efecto pero que se mantenía indebidamente en el sistema computacional por error del empleado judicial responsable de la actualización de los registros<sup>189</sup>.

Por último, el mismo razonamiento de León referido a la razonable y legítima confianza de los agentes policiales en órdenes judiciales aparentemente válidas se ha aplicado también tratándose de actuaciones policiales ejecutadas bajo el amparo de una legislación que posteriormente ha sido declarada inconstitucional. Ésta es la extensión de León operada por *Illinois v. Krull* (480 U.S. 340-1987-). En todo caso, se ha aclarado que los agentes no pueden asilarse en una simple interpretación legal que

---

<sup>188</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.19.

<sup>189</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.20.

luego se demuestre inconstitucional sino que sólo en normas que los faculten expresamente ( *People v. Madison*, 520 N.E. 2d 374-1988)<sup>190</sup>.

c.5) Actuaciones exclusivamente privadas.

Nítidamente anclada en la *deterrence* como propósito fundamental de la regla de exclusión se encuentra la inequívoca aplicación de ésta exclusivamente frente a actuaciones de agentes estatales (al menos desde *Burdeau v. Mc Dowell*, 256 U.S. 465-1921-), sin incidencia en el ámbito estrictamente privado. Si bien el punto no es del todo pacífico, en cuanto también se ha invocado que los tribunales no deben mezclarse con o, más aún, no deben amparar atentados privados contra la Constitución, puede decirse que es un aspecto consolidado del modelo de justicia criminal norteamericano, al punto que algunos ni siquiera lo ven como una verdadera excepción, sencillamente porque la Cuarta Enmienda sólo limitaría la acción estatal y no la de los particulares.

La excepción termina cuando la conducta privada se conecta significativamente con una actuación estatal, concretamente cuando aquélla se produce a instancias o en cooperación con agentes estatales, siendo decisivo en el último supuesto si la actuación estatal añade algo a la conducta privada en términos de descubrimiento. Es lo que se desprende de *Walter v. United States* ( 447 U.S. 649-1980-): personas privadas reciben paquetes postales por error y al abrirlos advierten que se trata de películas cuyas imágenes externas sugieren material obsceno, razón por la cual las entregan a agentes del FBI, siendo éstos los primeros en ver el contenido de las películas y determinar que efectivamente se trataba de material obsceno. En este caso la intervención estatal agrega mucho al registro privado original, de modo que debe activarse la protección constitucional; distinto hubiera sido el caso si las personas privadas hubieran procedido a descubrir también el contenido de las películas (en términos similares también *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109-1984-). En cuanto

---

<sup>190</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.20.

a si la conducta privada se realiza a instancias del Estado, se ha resuelto que tal es el caso cuando se trata de conductas amparadas en reglamentación estatal, por ejemplo, cuando las Compañías de ferrocarriles toman muestras de sangre u orina a empleados involucrados en accidentes ferroviarios conforme a la reglamentación federal (*Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602, 109 S.Ct. 1402-1989). Aparentemente la protección constitucional se aplica también a la llamada “seguridad privada” compuesta por guardias privados de seguridad, en cuanto ejercen una función pública estrechamente relacionada con el procedimiento criminal (se invoca analógicamente *Marsh v. Alabama*, 326 U.S.501-1946)<sup>191</sup>.

Bueno, luego de examinar el panorama de la prueba ilícita en Estados Unidos, sus alcances y el tratamiento de las excepciones a la inadmisibilidad, abordaremos el estudio de esta problemática en Alemania.

## 2) Tratamiento de la prueba Ilícita en Alemania.

No obstante que el proceso penal alemán se orienta claramente al establecimiento de la verdad material, no constituye un principio de la Ordenanza Procesal Penal (StPO) que dicha verdad deba ser investigada a cualquier precio (así ya la célebre sentencia BGHSt. 14, 358-1960). Más bien al contrario, incluso un interés general tan relevante como es el del esclarecimiento y castigo de los delitos debe ser puesto en relación con los demás intereses en juego, especialmente con la preservación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad( BGHSt. 19, 325-1964-). Precisamente al resguardo de estos intereses sirven las llamadas “Prohibiciones de prueba” (*Beweisverbote*) de acuerdo con la terminología acuñada por *Ernst von Beling*<sup>192</sup> a comienzos del siglo XX.

---

<sup>191</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.21.

<sup>192</sup> El texto fundacional de Beling es *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß* (Las prohibiciones de prueba como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal), del año 1903.

Terminológicamente, entonces, prohibiciones de prueba es el nombre genérico con que se designan los límites a la libertad de prueba en el derecho alemán<sup>193</sup>.

Antes de abordar la clasificación y el desarrollo particular de las prohibiciones de prueba, conviene destacar ya que su fundamento es uno marcadamente ético, en el sentido de basarse en la supremacía de ciertos valores ideales por sobre las necesidades prácticas de la persecución penal<sup>194</sup>. Como se podrá advertir en la exposición siguiente, esto no implica una concepción rígida de una materia que, por lo demás, dista de ofrecer un panorama de tratamiento uniforme y plenamente coherente. Pero sí puede asegurarse que la argumentación utilitarista tan propia del derecho norteamericano prácticamente no tiene cabida en la discusión alemana. Ello no obstante, todo parece indicar que el sustrato fáctico de la discusión es muy similar en ambos países y está igualmente signado por la tensión entre eficiencia y legitimidad, de suerte que las diferencias, amén de evidentes distancias culturales y de estructura social, bien pueden limitarse a las provocadas por las distintas tradiciones discursivas. En el caso alemán, las necesidades de una persecución penal efectiva puede integrarse sin dificultades en un discurso de principios.

Bajo la expresión “prohibiciones de prueba”<sup>195</sup> se pretende agrupar todas aquellas normas jurídicas que contienen limitaciones relativas a la práctica de las pruebas, considerada en sus dos vertientes, pues los supuestos de prohibición afectan tanto a la práctica de las pruebas, como al aprovechamiento de sus resultados<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Sin embargo, no sólo en español sino que también la denominación alemana es considerada incorrecta, por lo menos no propiciadora de unidad terminológica. En realidad es un nombre cómodo y gráfico para designar aquellos supuestos en los que la prueba es inadmisibles, es decir, no se puede practicar, o en los que sus resultados no pueden tener aplicación, ser aprovechados en el proceso. En cualquier caso, el término “prueba prohibida” es una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea dichos términos siempre en plural, se refiere siempre a “prohibiciones” de pruebas, dados que existen varios supuestos y no uno solo. GOMEZ, J. El proceso penal Alemán introducción y normas básicas, Bosch casa editorial S.A., Barcelona, 1993, p 133.

<sup>194</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.28.

<sup>195</sup> GOMEZ, J. El proceso penal Alemán introducción y normas básicas, op.cit, p. 135.

<sup>196</sup> Las prohibiciones de prueba se clasifican tradicionalmente en dos grandes grupos. Por una parte la variopinta categoría de las prohibiciones de “producción” de prueba (Beweiserhebungsverbote) y por otra las llamadas prohibiciones de “valoración o

a) Prohibiciones acerca de la práctica de pruebas.

El esclarecimiento de hechos punibles penales sin sujeción a límite alguno, puede poner en peligro, incluso destruir, muchos valores sociales y personales. Ello no es admisible, porque, como sabemos, el BGH ha declarado tajantemente que la investigación de la verdad no es un valor absoluto del proceso penal.

Punto de partida para la construcción de la teoría de las prohibiciones de prueba, según vieja jurisprudencia ya, lo constituye el principio “ el acusado tiene derecho a exigir que el proceso en su contra se desarrolle debidamente”, con la matización de que “no puede ser reconocido un derecho general de todos los participantes en el proceso a censurar cualquier infracción procedimental del Tribunal con la casación”. A partir de aquí, como veremos enseguida, ha formado el BGH su “teoría del entorno jurídico”.<sup>197</sup>

Así pues, si la obligación de buscar la verdad, de investigar, no rige ilimitadamente, y, de otro lado, el proceso en contra de una persona tiene que desarrollarse conforme a las normas de un Estado de Derecho, la ley tiene que establecer una serie de normas en base a las cuales se limite la extensión de aquella obligación de investigar lo ocurrido.

En consecuencia, las prohibiciones de práctica, o como también se les denomina, de producción de pruebas, se desprenden del conjunto de las normas que regulan la actividad probatoria de los intervinientes, esto es, que definen qué y de qué modo puede probarse en el proceso penal<sup>198</sup>. De tal conjunto resultan impedimentos de diversa índole para la producción de prueba.

---

aprovechamiento” de prueba (Beweisverwertungsverbote). HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.28.

<sup>197</sup> GOMEZ, J. El proceso penal Alemán introducción y normas básicas, op.cit, p. 134.

<sup>198</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.28.

Así, según las normas en base a las cuales se limita la extensión de aquella obligación de investigar lo ocurrido, las prohibiciones de prueba se pueden clasificar del siguiente modo<sup>199</sup>:

- Supuestos en los que determinados hechos no pueden ser objeto de prueba (prohibiciones de temas probatorios): se suelen encontrar estos casos, v.gr., en la legislación de funcionarios, pues en caso de secreto estatal u oficial, queda excluida cualquier posibilidad de declaración sobre estos temas.

- Supuestos en los que determinados medios de prueba no pueden ser utilizados (prohibiciones de medios de prueba): las personas que tienen derecho a rechazar el testimonio o la investigación corporal, están excluidos en el proceso penal como medios de prueba.

- Supuestos en los que, con ocasión de la práctica de una prueba concreta, no pueden utilizarse determinados métodos (prohibiciones de métodos probatorios): como por ejemplo, los métodos coactivos en el interrogatorio de testigos<sup>200</sup>.

- Supuestos en los que la obtención de la prueba sólo puede ser ordenada o realizada por determinadas personas (prohibiciones de prueba relativas): este es el caso, por ejemplo, regulado en el 81 a StPO, pues la investigación corporal sólo puede ser ordenada por el Juez, el Fiscal o sus Ayudantes en caso de peligro por el retraso, y practicada por un médico.

b) Prohibiciones acerca del aprovechamiento de resultados probatorios.

Esta segunda posibilidad de plantearse la cuestión de las prohibiciones de prueba, no considera los límites a la obligación de investigar las circunstancias del

---

<sup>199</sup> GOMEZ, J. El proceso penal Alemán introducción y normas básicas, op.cit, p. 134 y ss.

<sup>200</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.28.

delito, sino aquellos casos en los que se han observado los presupuestos ligados a la práctica de la prueba concreta, pues entonces se plantea el tema de si pueden aprovecharse los resultados probatorios así obtenidos.

El problema se agudiza porque solamente se contiene una regulación expresa acerca de ello en el 136 a, ap. (3) StPO, y en el 49, ap. (1) BZRG; de ahí que se haya intentado solucionar en general el problema, partiendo de esos dos únicos preceptos.

En efecto, el BGH alemán ha desarrollado la denominada “teoría del entorno jurídico”, en cuya virtud, la posibilidad de revisar violaciones de las leyes que contienen supuestos de prohibiciones de prueba, concretamente, acerca de la práctica de las mismas, depende de si la “violación afecta esencialmente al entorno jurídico del recurrente, o de si esa violación sólo ha sido para él algo secundario o sin importancia”.

No obstante su aparente claridad, esta teoría presenta muchos inconvenientes, fundamentalmente, el de no ser cierto que toda práctica de prueba que afecte al entorno jurídico del acusado lleve, sin excepciones a la inaprovechabilidad del medio de prueba; hay que estar, por tanto, a cada una de las situaciones posibles, y analizar en cada una de ellas el posible conflicto producido, o cuál es la situación de los distintos intereses<sup>201</sup>.

En consecuencia, las prohibiciones de valoración o aprovechamiento de prueba, son aquellas que impiden que determinadas pruebas puedan ser usadas como fundamento de una resolución judicial. Una cosa es decir que determinadas personas no pueden ser obligadas a prestar testimonio y otra es decidir si las declaraciones que no obstante prestaron forzosamente pueden ser utilizadas como medio de prueba. En esta materia se distingue entre prohibiciones “dependientes”, es decir, aquéllas que suponen la infracción de una prohibición de producción de prueba- como sería el caso

---

<sup>201</sup> Un ulterior problema se plantea en este punto, a causa de la denominada “doctrina de los frutos del árbol envenenado”, es decir, existiendo prohibición de aprovechamiento de prueba, se plantea la cuestión de si ello rige sólo respecto al medio de prueba obtenido directamente de forma prohibida, o si tampoco pueden aprovecharse los medios de prueba obtenidos por ello de forma meramente indirecta. La cuestión es muy discutida en Alemania. GOMEZ, J. El proceso penal Alemán introducción y normas básicas, op.cit, p. 136.

recién propuesto-, y prohibiciones “independientes”, esto es, que no suponen una tal infracción previa, sino que derivan directamente de un principio general, habitualmente consagrado en la Constitución<sup>202</sup>. Las páginas siguientes se dedican fundamentalmente al examen de estas prohibiciones.

b.1) Prohibiciones de valoración dependientes.

El campo de debate más importante en materia de prohibiciones de valoración de prueba es el que ofrecen las infracciones a las prohibiciones de su producción. En efecto, se discute acaloradamente si la infracción de tales prohibiciones, que no son más que las normas que regulan la forma de realizar legítimamente la investigación criminal, acarrea necesariamente la imposibilidad de valorar la prueba así obtenida. Como en el ejemplo propuesto arriba, se discute si la infracción de las normas que faculta a determinadas personas a no atestiguar<sup>203</sup> conlleva la prohibición de aprovechar sus declaraciones.

En parte el debate está condicionado por la circunstancia que el derecho alemán conoce sólo un par de prohibiciones expresas de valoración<sup>204</sup>, más allá de lo cual la cuestión esta completamente abierta. Con todo, es opinión ampliamente mayoritaria que no toda infracción a una prohibición de producción conlleva necesariamente una prohibición de valoración, sino que esto último requiere un fundamento adicional. Pero incluso la opinión minoritaria, que quiere ver identificados ambos tipos de prohibición, logra exhibir un análisis matizado, sea asilándose en la tradicional y ampliamente aceptada distinción entre prohibiciones de prueba y meras regulaciones probatorias (*Beweisregelungen*), esto es, regla técnico formales que simplemente ordenan la actividad probatoria sin afectar su fondo, como serían aquéllas que disciplinan las formalidades del interrogatorio de testigos, sea a través de una interpretación restrictiva del alcance de la respectiva prohibición de producción de

---

<sup>202</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.29 y ss.

<sup>203</sup> Regulado en el artículo 52 StPO y ss.

<sup>204</sup> Como es el caso del 136 a III StPO, donde luego de establecerse los métodos prohibidos de interrogatorio se expresa que las declaraciones producidas con infracción de la prohibición no pueden ser aprovechadas ni aun cuando el imputado consienta en su valoración.

prueba, de suerte que los resultados a que se arriba suelen ser muy similares y sólo difieren en aspectos o casos marginales.

A la hora de precisar cuándo la infracción de una prohibición de producción de prueba conlleva la prohibición de aprovechar la misma, el cuadro no es particularmente claro. La literatura ha ofrecido una serie de modelos de interpretación, pero ninguno de ellos ha logrado imponerse hasta ahora. Por lo mismo, conviene concentrarse en la forma de proceder de la jurisprudencia, la que puede sistematizarse en los siguientes términos<sup>205</sup>:

En primer lugar, desde siempre la jurisprudencia alemana se ha aproximado al problema desde la óptica de la “revisibilidad vía casación” (Revisión) de los vicios del procedimiento<sup>206</sup>. Consecuentemente, debe establecerse primero si se ha cometido una “infracción de ley” en la producción de la prueba. En caso afirmativo, debe resolverse la pregunta siguiente, cual es si a la infracción de la prohibición de producción corresponde también una prohibición de valoración, lo que en la práctica se reduce- en los términos de la casación (337 StPO)- a la cuestión de si el fallo se funda o no en la infracción de la ley. En caso afirmativo debería afirmarse también la prohibición de valoración.

Adicionalmente, sin embargo, la infracción de ley debe “afectar la esfera de derechos del imputado” (*Rechtskreisstheorie*) desarrollada por el Tribunal Supremo Federal (BGHSt. 11, 213, fallo de Gran Senado), según la cual la admisibilidad de la valoración de la prueba depende de si “la infracción afecta esencialmente la esfera de derechos del recurrente o si para él es de menor o ninguna importancia. En este examen deben considerarse sobre todo el fundamento de la disposición y la pregunta sobre en interés de quién ha sido establecida”<sup>207</sup>. Esta aproximación explica que

---

<sup>205</sup> En esto seguimos el esquema utilizado por Hernández Basualto, quien sigue la exposición de Gössel. HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.30 y ss.

<sup>206</sup> Aproximación bastante criticada en la literatura.

<sup>207</sup> En términos muy similares se expresa la llamada “doctrina del fin de protección” (Schutzzwecklehre) que algunos han opuesto a la Teoría de la esfera de derechos y conforme a

infracciones al 52 StPO, sobre facultad de no declarar por motivos personales, especialmente por parte de ciertos parientes, den lugar a una prohibición de valoración de las declaraciones rendidas, en tanto no tienen ese efecto las infracciones equivalentes al 54 StPO, que exige autorización previa del superior para las declaraciones de jueces y funcionarios, porque el fin de protección de esta última norma no forma parte de la esfera de derechos del imputado. Con todo, en la medida que esta exigencia de afectación de la esfera de derechos del recurrente parece ir convirtiéndose en requisito general de la legitimación activa en la casación, bien podría entenderse integrada en la “aproximación desde la casación” a la prohibición de valoración.

Ahora bien, la teoría de la esfera de derechos no sólo ha sido objeto de fuertes críticas, entre otros, por parte de quienes alegan que el acusado tiene derecho no sólo a que se respeten las normas establecidas par su protección, sino que también a que se garantice la integridad de las formas del procedimiento. Además, claramente no constituye el único criterio de que ha hecho uso el BGH para resolver sobre la existencia de una prohibición de valoración. Más bien al contrario, la teoría de la esfera de derechos parece haber visto limitado su efecto a los casos de infracción de deberes de advertencia respecto de ciertas personas llamadas a declarar, más allá de lo cual sólo operaría como punto de partida, siendo “otros los criterios decisivos”. Así, por ejemplo, LESCH<sup>208</sup> extrae de la jurisprudencia el siguiente cuadro de tales criterios, ordenándolos según si obran a favor o en contra de la prohibición de valoración:

A favor:

- Si el vicio es especialmente grave, particularmente cuando frustra el fin de la disposición infringida.

---

la cual sería decisivo el fin de protección de la norma vulnerada. HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.31.

<sup>208</sup> Lesch, citado por Hernández Basualto, HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.31.

- Si la infracción tiene un especial significado para la esfera jurídicamente protegida del afectado.
- Si se ha intervenido en las bases del status procesal del imputado.
- Si el delito es de menor gravedad.
- Si el medio de prueba no se hubiera podido obtener por medios lícitos.
- Si la infracción fue consciente o incluso intencional.

En contra:

- Si se afecta la capacidad de funcionamiento de la persecución penal para el esclarecimiento y el castigo de los delitos.
- Si se impide el descubrimiento de la verdad.
- Si el delito es grave.
- Si el valor (utilidad) probatorio no se ve afectado por la infracción.
- Si el medio de prueba hubiera podido también obtenerse por vías legales.
- Si el investigador ha actuado de buena fe.
- Si el medio de prueba puede favorecer también al imputado.

La búsqueda de equilibrios entre esta pléyade de criterios contrapuestos ha conducido a que se hable de una “doctrina de la ponderación” (*Abwägungslehre*) al punto que desde 1990 el propio BGH se ha pronunciado en términos generales en el mismo sentido. Así, luego de reiterar que no toda prohibición de producción de prueba

conduce sin más a una prohibición de valoración de la misma, ha señalado que la decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de una amplia ponderación en la cual debe apreciarse tanto el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio( BGHSt. 38, 214, 220; 38, 372, 373), pero en la cual, además y entre otros, debe considerarse especialmente un criterio ya empleado con anterioridad ( BGHSt. 19, 325, 329 -1964-), cual es el de los “intereses de una efectiva persecución penal”( BGHSt. 38, 214, 219; 42, 139, 157).

Cuál de los intereses en juego habrá de imponerse en el caso concreto es algo que, como se puede adivinar, no puede definirse a priori en términos generales. De ahí las críticas ante lo que se considera una doctrina poco compatible con el Estado de Derecho, en cuanto la imprecisión de los criterios de ponderación y el consiguiente arbitrio subjetivo valorativo del aplicador del derecho no garantizarían resultados suficientemente previsibles, no obstante que la experiencia de la jurisprudencia alemana con la aplicación del “principio de proporcionalidad” y su corolario de ponderaciones debería tender a reducir las inseguridades también en esta materia. Como sea, sólo una visión general de la casuística judicial puede transmitir una idea válida del estado práctico de la cuestión en Alemania.<sup>209</sup>

En particular, los grupos de casos más importantes que se han presentado respecto a la imposibilidad de aprovechamiento de la prueba, problematizados por la jurisprudencia alemana son los siguientes<sup>210</sup>:

---

<sup>209</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.33.

<sup>210</sup> En estos casos, se verá que no siempre es clara la prohibición de prueba, e, incluso, que en supuestos de obtención ilegal del medio prueba, el material obtenido es aprovechable. Preciso es señalar que, en esta parte, seguiremos los casos planteados en el libro de Gómez Colomer. GOMEZ, J. El proceso penal Alemán introducción y normas básicas, op.cit, p. 136 y ss.

- Instrucción al familiar sobre su derecho a rechazar el testimonio (52 StPO): en el caso que no se haya realizado dicha instrucción y testifique el familiar, la declaración no tiene valor, no es aprovechable<sup>211</sup>;

- Declaración de jueces y funcionarios (54 StPO): no infringe la prohibición de tema probatorio, es decir, se puede aprovechar el material producido, si el funcionario declara sin autorización<sup>212</sup>;

- Instrucción al testigo sobre su derecho a negarse a dar información (55 StPO): según el BGH, la declaración del testigo al que no se haya hecho la instrucción del 55, debe permanecer aprovechable, porque dicho párrafo tan sólo debe proteger a los testigos de desventajas, pero no afecta al entorno jurídico del inculpado<sup>213</sup>;

- Grabaciones magnetofónicas y diarios íntimos: las grabaciones magnetofónicas que afecten a la esfera íntima, y las anotaciones en diarios íntimos, no pueden utilizarse como medios de prueba en el proceso penal, ni directa, ni indirectamente a través de testigos que puedan haber llegado a tener conocimiento de su contenido. Esta doctrina ha sido sentada por el Tribunal Supremo Federal alemán en dos importantísimas sentencias<sup>214</sup>, si bien el principio no rige absolutamente;

- Advertencias al inculpado en el primer interrogatorio (136 StPO): es muy discutido si la infracción de este precepto, es decir, el no realizar las diligencias que ordena el ap. (1), lleva una prohibición del aprovechamiento del resultado probatorio;

- Extracción de sangre (81 a StPO): de gran importancia práctica es la obtención de extracciones de sangre u otros resultados de investigación de forma inadmisibles, bien porque han sido ordenados por personas incompetentes, bien porque

---

<sup>211</sup> El Tribunal Supremo Federal alemán basa esta prohibición de prueba en la "tutela de la familia del acusado" (Auto de 21 de enero de 1958, BGHSt., t. 11, p.216).

<sup>212</sup> No obstante, ello es discutido, v. la Sentencia del BGH, de 16 de enero de 1951.

<sup>213</sup> Auto, repetidamente citado, de 21 de enero de 1958(BGHSt., t.11, p.216).

<sup>214</sup> Para las grabaciones magnetofónicas, v. la Sentencia del BGH, de 14 de junio de 1960(BGHSt., t.14, p.358 yss.); y para los diarios íntimos, la Sentencia del BGH, de 2 de febrero de 1964(BGHSt., t.19, p. 325 y ss).

han sido practicados por personas que no son médicos. La opinión dominante entiende que aunque se haya producido la infracción, aunque el medio de prueba se haya obtenido antijurídicamente, es aprovechable<sup>215</sup>, porque el 81 a. no concede ningún derecho a dejar fuera del proceso medios de prueba, y tampoco debe asegurar la cualidad del medio de prueba. La protección en este caso es la tutela penal existente, pues quien ordenó incompetentemente la extracción de sangre, o el no médico que la practicó, cometen delito de privación de la libertad y de lesiones;

- Derecho de presencia del inculpado (168 c, ap. (2), y 168 d, ap. (1) StPO): en el caso de que se haya violado el derecho que el inculpado tiene a estar presente en los interrogatorios judiciales y en la inspección ocular, no pueden aprovecharse los resultados de la práctica de dichos actos de investigación o pruebas. De lo contrario se violaría el derecho del inculpado a la audiencia jurídica, judicial, consagrado en el artículo 103, ap. (1) GG, y en el artículo 6.1 MRK<sup>216</sup>; y por último;

- Obligación de declarar, sin limitaciones: se discute últimamente qué debe hacerse cuando una Ley distinta a la StPO impone a alguien una obligación ilimitada de declarar, en virtud de la cual estaría obligado, de hacerlo, a revelar un hecho punible. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha entendido que la obligación de declarar persiste en estos casos, sólo que en un proceso penal no puede aprovecharse, sin su voluntad, en contra del declarante, tal declaración<sup>217</sup>.

b.2) Prohibiciones de valoración independientes<sup>218</sup>.

La práctica procesal penal revela cotidianamente tensiones entre la persecución penal y los principios y derechos consagrados en la Constitución Política, de suerte que no debe extrañar la aplicación directa de tales principios y derechos por parte de los tribunales en casos concretos. En materia de prohibiciones de prueba, esto tiene

---

<sup>215</sup> El BGH así lo ha entendido también, v. Auto de 17 de marzo de 1971 (BGHSt., t. 24, p.125 y ss).

<sup>216</sup> Véase la Sentencia del BGH, de 3 de noviembre de 1982 (BGHSt., t. 31, p. 140).

<sup>217</sup> Auto de 13 de enero de 1981 (BVerfGE, t. 56, p.37).

<sup>218</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.37.

como efecto el reconocimiento de prohibiciones que no necesitan fundarse en la infracción previa de una norma de procedimiento, sino que emanan directamente de la Constitución. Si con ello metodológicamente se trata en rigor de la aplicación directa de la Constitución o más bien de la interpretación o integración del texto legal en conformidad con la Constitución, es un cuestión que puede quedar aquí abierta; lo cierto es que en la práctica de la jurisprudencia alemana estas prohibiciones “independientes” han jugado un papel que no ha sido despreciable.

Así, con fundamento en el principio del Estado de Derecho, el BGH ha declarado expresamente la posibilidad de una prohibición de valoración de la prueba obtenida vulnerando el mandato constitucional de darle en todo momento al imputado la posibilidad de una ordenada y efectiva defensa o bien cuando las actividades de investigación “carecen de base legal”, por ejemplo medidas de escucha en el ámbito de una vivienda protegida por el artículo 13 GG, o la administración forzada sin base legal de vomitivos o la vigilancia del tránsito a través de empresas privadas sin facultad legal para transmisión de funciones públicas a privados. Con todo, en esta materia no ha bastado con la sola ausencia de base legal, sino que se ha procedido a una ponderación de los intereses en juego, en términos similares a los expuestos en relación a las prohibiciones de valoración “dependientes”. Asimismo, el mandato constitucional de “respeto y protección de la dignidad humana” (artículo 1 I GG<sup>219</sup>) ha permitido declarar prohibiciones de valoración cuando se atenta contra el derecho del imputado a no autoincriminarse, aún más allá de los límites ya codificados. Así, en principio, el imputado sólo está obligado a soportar - aun a la fuerza- pasivamente medidas de identificación conforme al 81 b StPO, pero no puede ser obligado a intervenir en forma activa (reconstrucciones de escena, pruebas de voz o de escritura, etc). La posible prohibición de valoración por infracciones en esta materia, sin embargo, está sometida a una ponderación de los intereses en juego.

Pero probablemente el campo más fructífero para el desarrollo de prohibiciones independientes de valoración ha sido hasta ahora el de las intrusiones en la “esfera de

---

<sup>219</sup> “La dignidad del hombre es intocable. Respetarla y protegerla es deber de todo poder estatal”.

la intimidad” de las personas. Al respecto el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) ha desarrollado la llamada “doctrina de los tres peldaños” (3- *Stufen- Theorie*, BVerfGE 34, 238-1973-), según la cual deben distinguirse tres distintos niveles para la prohibición.

En un “primer nivel” debe excluirse absolutamente la valoración de prueba obtenida afectando el ámbito nuclear intocable de la personalidad y, con ello, afectando el principio de la dignidad del hombre, consagrado en el citado artículo 1 I GG. Este sería el caso, por ejemplo, tratándose de notas íntimas sobre una relación sexual en un diario de vida (BGHSt. 19, 325). Sin embargo, el BGH ha mantenido un distinto criterio tratándose de notas escritas por un sospechoso de homicidio donde no se refiere al hecho investigado sino que sólo a sus conflictos internos y a su disposición a cometer un acto violento ( BGHSt. 34, 397; no modificado por el BVerfG en fallo empatado a cuatro votos: BVerfGE 80, 367). “En un segundo nivel”, correspondiente al de la simple esfera privada, se debe atender primero a si el Estado ha arribado a las pruebas de modo ilícito o no; si no ha infringido ninguna prohibición de producción de prueba, esto es, si se mantiene completamente en el ámbito de discusión de una prohibición independiente, la jurisprudencia pondera los intereses en juego ( los de la persecución penal y la protección de la personalidad) y admite la valoración de la prueba tratándose del esclarecimiento de delitos graves. Así, pueden valorarse notas contables sobre delitos graves o la filmación oculta de una conversación por parte de uno de los partícipes de la misma cuando el otro partícipe revela sus planes de cometer un incendio (BGHSt. 36, 167), pero distinto es si se trata del registro de una inducción a un delito menos grave, como el perjurio (BGHSt. 14, 358). Por último, en un “tercer nivel”, no existen obstáculos para valorar la prueba cuando en rigor no se ha afectado la esfera de privacidad del sujeto. Tal sería el caso de la grabación de la llamada pidiendo rescate del sustractor de un menor o las imágenes captadas por cámaras de vigilancia en locales públicos.

Como se puede apreciar, la distinción entre el primer nivel-intocable- y el segundo susceptible de ponderación, constituye el aspecto más complejo de la teoría y es, de hecho, aquél que más dificultades ha prodigado a la práctica, al punto que

algunos observadores no sólo se han limitado a consignar las inseguridades y contradicciones de la jurisprudencia, sino que además creen ver el abandono de facto de la teoría de los tres peldaños, para dar lugar sin más a un régimen general de ponderación de intereses<sup>220</sup>.

Ahora bien, luego de analizar el panorama general del tratamiento de la prueba ilícita en cuanto al aspecto sustantivo, abordaremos, en lo que sigue, ciertos aspectos procedimentales.

De la fuerte orientación a las reglas de la casación en el tratamiento de las prohibiciones de valoración, se desprende que sólo podrían alegarlas aquéllos que han sufrido “agravio” por su infracción. Es, por lo demás, lo que ya viene nítidamente sugerido por la teoría de la esfera de derechos y la del fin de protección de la norma, las que ya fueron tratadas al principiar este acápite. Por lo mismo, en principio, no procedería su declaración de oficio por parte del tribunal, pues en el campo de la casación ésta sólo procede en tales términos tratándose de la ausencia de “presupuestos procesales” o presencia de “impedimentos procesales”, cual aparentemente no sería el caso de las prohibiciones de prueba. Con todo, se ha planteado que al menos las infracciones al 136 StPO (métodos prohibidos de interrogatorio) serían sancionables de oficio.

En cuanto a la oportunidad procesal para que tengan efecto las prohibiciones de valoración, ésta no se encuentra especialmente reglada y se sugiere que, en cuanto dichas prohibiciones rigen para todas las etapas procesales, podrían hacerse valer en cualquier momento. Con todo, existen normas particulares de preclusión, las que son también relevantes para la pregunta por el posible saneamiento de la ilicitud que funda la prohibición de valoración<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.38.

<sup>221</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.41.

En lo que sigue, veremos el panorama que se presenta en Alemania en torno a la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”.

La problemática de los “frutos” de la prueba cuya valoración se prohíbe se trata en Alemania como la del efecto remoto de las prohibiciones de prueba ( *Fernwirkung* ), y tiene dividida tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, si bien en la jurisprudencia del BGH puede apreciarse una mayor tendencia hacia la negativa.<sup>222</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el Supremo Tribunal de Alemania ha receptado la regla de exclusión con su agregado del fruto del árbol venenoso. La afirmación se comprueba a través de una serie de pronunciamientos en donde se expresa que “carecen de eficacia todas aquellas pruebas que han sido fruto de otras pruebas originarias obtenidas ilegítimamente”<sup>223</sup>.

Así, para casos en que las declaraciones de los testigos y del imputado habían tenido por base y fundamento la documentación que fue resultado de una intervención telefónica no autorizada judicialmente (BGHSt, 32: 68; 35:32) ; en el caso donde se produjo una intervención telefónica para investigar un hecho que no era de los enumerados en el artículo 100 a) del StPO<sup>224</sup>, por lo que era ilegal, y se obtuvieron datos relativos a un robo-delito que sí se incluye en aquél precepto- (BGHE 29: 244); entre otros.

A continuación veremos cómo se trata la temática que suscita en torno a las excepciones a la inadmisibilidad de prueba obtenida en forma ilícita, en el Derecho Alemán.

---

<sup>222</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.40.

<sup>223</sup> MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p 169.

<sup>224</sup> El artículo 100 a) de la Ley Alemana sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico (StPO), del 13 de agosto de 1968, fija cuáles son los presupuestos a observarse en los casos de intervenciones telefónicas. Entre tales presupuestos, realiza una enumeración taxativa de delitos que habilitan su disposición judicial.

c) Excepciones a la inadmisibilidad de prueba obtenida en forma ilícita.

Como hemos señalado, el sistema alemán deriva de las normas y principios constitucionales que consagran derechos a los individuos, prohibiciones de orden probatorio, introduciendo, al igual como ocurre en otros sistemas, v.gr., el sistema norteamericano, excepciones al principio de la inadmisibilidad, como forma de correctivo contra los excesos de tal doctrina, y limitadas a situaciones excepcionales e inusuales, siempre que la admisión de la prueba ilícita constituya el único camino posible y razonable para proteger otros valores fundamentales y más urgentes, aspecto éste, que queda a cargo de la apreciación del Tribunal interviniente<sup>225</sup>.

El correctivo frente a excesos o situaciones límites, se obtiene mediante la aplicación del “principio de proporcionalidad”- *verhältnismässigkeitsprinzip* -, el cual reconoce ciudadanía legal en el artículo 112 de la StPO: “La detención preventiva puede ser ordenada contra el imputado si él es vehemente sospechoso como participe en el hecho y existe un motivo de detención. Ella no puede ser ordenada si por el significado de la causa y la pena o medida de seguridad y corrección a esperar resulta desproporcionada”; y que aplicado a la materia de la prueba ilícita, importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones, lo que requiere una ponderación de los intereses en juego en el caso concreto a través del cristal de la inadmisibilidad y de la admisibilidad (“*güterabwägung*”; “*interessenabwägung*”).

Existe posibilidad de configurar situaciones lícitas de vulneración de los derechos constitucionales, cuando tal vulneración se imponga para proteger una situación considerada prevalente, configurándose un caso de legítima defensa (“*Notwehr*”) u otra semejante de exclusión de la antijuridicidad (“*Notwehrähnliche Lagen*”).

---

<sup>225</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.106 y ss.

Veamos algunas aplicaciones de esta doctrina por los Tribunales<sup>226</sup>.

La Corte Federal por Sentencia de 20-05-58, en una causa civil de divorcio, después de haber analizado y expuesto las razones por las cuales una cinta magnetofónica de una conversación privada, efectuada por uno de los interlocutores, viola el derecho fundamental a la libre formación de la personalidad, declara que el mero interés privado en la obtención de una prueba para un futuro litigio no puede ser considerado “suficiente” para justificar tan grave ingerencia en los derechos constitucionales. Así, emerge ya, el principio de proporcionalidad como medidor de las prohibiciones probatorias.

El mismo tribunal y en idéntica fecha, admite la grabación secreta de las amenazas orales con el propósito de extorsión, si la grabación es hecha por un individuo para su legítima defensa.

La *Kammergericht* de Berlín el 3-06-55, llega a una aplicación contraria a la realizada por la Corte Federal en la sentencia referida en primer término. En efecto, se admite la grabación clandestina de la conversación de la esposa, llevada a cabo por el marido, porque se entiende que el uso de tal medio, sería la única vía posible para que se acreditara la conducta de la esposa. En similar sentido el *Oberlandgericht* de Cele en sentencia de 30-09-64.

Nuevamente, la Corte Federal el 21-02-64 expresa: “una prohibición de utilización puede ser solamente reconocida después de haber atentamente ponderado, sea por un lado el interés personal, constitucionalmente protegido al individuo, a la tutela de la privacidad, y por otro, el interés del Estado en la represión de los delitos”, con particular referencia a los graves.

---

<sup>226</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.108y ss.

También la Corte Federal por sentencia de 19-06-70, en base a las garantías constitucionales a los derechos de la personalidad y la inviolabilidad del domicilio, declaró la inadmisibilidad, en un juicio de disolución de matrimonio, de la declaración “*de visu vel auditu*” dada por un tercero, el cual, por encargo de un cónyuge, , ocultamente, mediante penetración técnica desde un apartamento adyacente, había estado en condiciones de probar a favor del cónyuge interesado, adulterio cometido por el otro cónyuge.

Estas decisiones opuestas en cuanto a sus soluciones, traducen que el criterio para la determinación de la admisibilidad de la prueba ilícita tiene una elasticidad tal, que puede convertir al instrumento por el cual se intenta obtener un equilibrio en altamente peligroso, en el cual las concepciones filosóficas, políticas, sociales, culturales y hasta la propia experiencia personal del juez pueden llegar a tener un rol importante.

Incluso es más, cuando la propia doctrina se aboca a la consideración de las decisiones, se aprecia también la elasticidad referida; así, existen autores que han criticado duramente la sentencia de 3-06-55 de la *Kammergericht* de Berlín; en cambio, otros, ante la decisión opuesta a ésta del *Bundesgerichtshof* de 19-06-70, han expresado que los derechos de la personalidad pueden resultar irreparablemente dañados si, en el caso concreto, no existieran otros medios de prueba para acreditar en el proceso el adulterio<sup>227</sup>.

Además del principio de proporcionalidad al que nos hemos referido, encontramos también en el sistema alemán otras excepciones y limitaciones a la prohibición de valoración a las que haremos alusión en las siguientes líneas.

c.1) Actuaciones exclusivamente privadas<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> MINVIELLE, B. La prueba ilícita en el derecho procesal penal, op.cit., p.111.

<sup>228</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.39.

Según opinión ampliamente mayoritaria sólo los órganos estatales de persecución penal son destinatarios de las prohibiciones de prueba - una "*Drittwirkung*" de los derechos fundamentales no vendría en consideración- de suerte que las actuaciones ilícitas de personas privadas no afectan en general el material probatorio así obtenido, el que puede en principio ser valorado por los tribunales (BGHSt. 27, 355, 357; 36, 167, 172).

Algo distinto debería regir cuando los órganos de persecución penal intervienen en la actuación privada, sea porque los privados actúan por encargo de la autoridad, sea porque los privados han incurrido en violaciones tan extremas de los derechos humanos que la valoración de la prueba cargaría con una inaceptable mancha de aprobación de tales procedimientos, sea porque el acto oficial de incorporación de la prueba implicaría en sí una nueva violación de derechos fundamentales (por ejemplo, una vulneración grave de la esfera íntima).

En esta materia ROXIN <sup>229</sup>ofrece una visión diferenciada. Entiende que en general las normas de la StPO están dirigidas exclusivamente a los órganos estatales de la persecución penal, especialmente en lo que a las llamadas "prohibiciones de método de prueba" concierne, de modo que las pruebas obtenidas por privados con infracción de dichas normas serían en principio valorables, a menos que se trate de violaciones extremas a los derechos humanos. Algo distinto regiría respecto de la infracción de las denominadas "prohibiciones de medios de prueba", respecto de las cuales es indiferente quién obtiene el medio prohibido. Consistente con esta última consideración sería el fallo BGHSt. 14, 358, donde se discutía sobre la admisibilidad de una grabación oculta efectuada por un privado, aunque en ese caso el argumento del tribunal consistió en que la valoración de la grabación por parte de los órganos de persecución legal importaba una nueva e independiente violación de los derechos humanos.

---

<sup>229</sup> CLAUS ROXIN, citado por, HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.39.

c.2) “Cursos hipotéticos de la investigación”<sup>230</sup>.

Un aspecto muy debatido pero no resuelto por la jurisprudencia es el de los llamados “cursos hipotéticos de la investigación”, es decir, el de aquellos casos en los que la evidencia también hubiera podido obtenerse legítimamente, sin infracción de una prohibición de producción de prueba. En un contexto tan profundamente marcado por la ponderación de los distintos intereses en juego, es dudoso que los “cursos hipotéticos” constituyan algo más que un criterio orientador en la ponderación de intereses; como sea, conviene darles un tratamiento especial.

Las opiniones al respecto están muy divididas, si bien hoy parece ser mayoritaria la opinión favorable a su reconocimiento. Se ha propuesto un tratamiento diferenciado: sólo debería permitirse la valoración de la prueba cuando su legítima obtención atendido el concreto estado de la investigación no sólo parece posible, sino que altamente probable y siempre que -por ineludibles razones preventivas- no se trate de una infracción procesal grave o consciente; así, por ejemplo, no deberían poder valorarse las escuchas telefónicas realizadas sin orden judicial por el sólo hecho que en el caso concreto esa orden hubiera podido obtenerse, pues de lo contrario la competencia judicial en la materia perdería todo sentido<sup>231</sup>.

Luego de estudiar el tratamiento que de la prueba ilícita, sus alcances y excepciones se hace en el derecho comparado, basándonos en el sistema norteamericano y alemán, veremos en el siguiente capítulo la posibilidad de hacer aplicable ciertas excepciones a la inadmisibilidad de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales en el sistema chileno.

---

<sup>230</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.40.

<sup>231</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.40.

## **CAPITULO V: TRATAMIENTO DE LAS EXCEPCIONES A LA INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILICITA EN EL DERECHO CHILENO**

Uno de los problemas que ofrece más difícil y resbaladiza solución, es el de determinar si la inadmisibilidad de la prueba obtenida con violación a las normas constitucionales, es un principio absoluto, que no admite fisuras, cualquiera fuere la situación que se presentare, o si, por el contrario, dicho principio debe tener una válvula de escape, para que en ciertas situaciones excepcionales y también por vía de excepción, la prueba ilícita sea admisible.

Pensemos, por ejemplo en el imputado que obtiene extraprocesalmente y mediante violaciones del derecho a la intimidad de otro sujeto (por ejemplo, ingresa en su casa clandestinamente, revuelve sus cajones y armarios, escudriña en sus papeles íntimos, etc.), el documento que prueba su inocencia. O, en la grabación subrepticia de las conversaciones telefónicas, llevada a cabo por los familiares de la persona secuestrada, o por quien es víctima de maniobras extorsivas, o de intromisiones ilícitas y anónimas en su vida privada por medio del teléfono. O, el sujeto que se apodera ilícitamente de la carta que lo injuria, a fin de presentarla en juicio; o, en la confesión obtenida mediante coacción-física o moral-, tomándose por su intermedio conocimiento de que el declarante ha colocado bombas atómicas en los suelos de varias ciudades del mundo; o en el investigador desleal que, a los efectos de obtener la absolución del indagado, intencionalmente obtiene la prueba que es favorable a éste en contra de las prescripciones constitucionales, sentando con ello las premisas para su exclusión.

Estos pocos ejemplos, que podrían extenderse en muchos más, nos demuestran que si estábamos tentados a sostener que la cuestión de la inadmisibilidad de la prueba ilícita es un “asunto de principios”, que debe estar alejado de cualquier intento de derogación o excepción, debemos ser más cautos en nuestra respuesta, reflexionando, seria y concienzudamente, el problema.

Como analizamos en los capítulos precedentes, la realidad jurídica de países como Alemania y Estados Unidos, sistemas que han servido de inspiración al legislador nacional, ya ha abordado la cuestión en torno a la posibilidad que existe de admitir, en determinados casos, la valoración de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, todo ello como consecuencia de haberse enfrentado a situaciones límites en que el conflicto entre el poder estatal y la prevalencia de los derechos individuales, sede a favor del primero, a objeto de no caer en excesos que harían llegar a la impunidad en supuestos de gran afectación a los intereses sociales.

En efecto, tras los acontecimientos ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, nos enfrentamos a un cambio de mentalidad y a una petición por parte de la sociedad de endurecer el aparato persecutor estatal en pro de garantizar a la ciudadanía la tan anhelada paz y seguridad<sup>232</sup>.

Ahora bien, esta realidad no ha sido indiferente a la jurisprudencia y doctrina comparadas, las que han desarrollado diversos principios en torno a la posibilidad de admitir las referidas excepciones.

En lo que sigue, revisaremos algunas de las mencionadas excepciones a la regla de exclusión. Tanto las señaladas desde el sistema jurídico chileno, como una selección de las elaboradas por las referidas jurisprudencias de Estados Unidos y Alemania. Estas últimas, con la finalidad de contrastar su admisibilidad por el sistema jurídico chileno.

Preciso es tener presente que en la realidad jurídica nacional, aún no se puede hablar de criterios al respecto, sin perjuicio de lo cual trataremos de reflexionar en torno

---

<sup>232</sup> Así nos encontramos en los medios de prensa con ideas como las siguientes: “En vista del muro de silencio con el que se han encontrado en los supuestos miembros del grupo Al Qaeda encarcelados, los investigadores estadounidenses del FBI están considerando recurrir a técnicas de interrogación más duras, incluida la tortura, informó The Washington Post. Las opciones que se consideran incluyen “drogas de la verdad”, tácticas de presión y la extradición de los sospechosos hacia países cuyos servicios de seguridad usan la “mano dura”. Bajo la ley estadounidense, las confesiones logradas mediante la utilización de presión física o tortura son inadmisibles”. El Mercurio, 22 de octubre de 2001.

a la posibilidad de admitir ciertas excepciones, basándonos principalmente en principios esbozados en el derecho comparado y en la normativa nacional.

#### 1) Prueba ilícita a favor del imputado.

El proceso criminal acusatorio impone la carga de la prueba al órgano de persecución penal, que entre nosotros es el Ministerio Público, quien es el encargado de dirigir la investigación de un hecho punible, con el auxilio de las policías. Es éste el que debe acreditar tanto los hechos delictivos como la participación en los mismos por el imputado. Esta inclinación del onus probandi se justifica, principalmente, por la presunción de inocencia<sup>233</sup>.

La responsabilidad probatoria que carga a la acusación, puede incentivar ciertas contravenciones a los derechos de las personas. Su sacrificio respondería al interés en culminar con éxito las diligencias de averiguación del hecho punible. A esta lógica del órgano de persecución responde, desde una perspectiva práctica, la regla de exclusión.

Las dudas sobre admisibilidad de pruebas ilícitas se producen en la situación inversa. Esto es, cuando la comisión del hecho o la participación resultan desvirtuadas por prueba ilícita.

Al respecto, la doctrina nacional, haciendo suya la solución del derecho comparado, sostiene que la prohibición de la prueba ilícitamente obtenida sólo se aplica a la parte que sostiene la acusación, sea el Estado o un particular, pero que no alcanza a la defensa.

Una solución como la anterior no debiera llamar la atención si se considera el distinto tratamiento que, en variados aspectos del proceso penal, da la Ley al imputado

---

<sup>233</sup> El artículo 3° del Código Procesal Penal consagra dicha presunción. Entre sus efectos se destaca el constituir regla de valoración de la prueba dirigida a los juzgadores penales. COLOMA, R. La prueba en el nuevo proceso penal oral, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2003, p.149.

y al órgano estatal, pero sí si se considera desde el punto de vista del Estado de Derecho, que somete a todos y a cada uno de los sujetos a sus disposiciones y, en caso de infracción, a sus sanciones. ¿Por qué se encuentra viciada la prueba obtenida ilícitamente sólo cuando es el acusador el que pretende valerse de ella?

Un análisis de los diversos fundamentos que, en la doctrina comparada, se atribuyen a la prohibición de prueba ilícita nos permite concluir que todos ellos dicen relación con el ámbito en que es legítima la intervención punitiva del Estado. La regla de exclusión de prueba ilícita fijaría los límites dentro de los cuales el Estado puede ejercitar el ius puniendi y nos indicaría cuál es la elección que el sistema social efectúa en caso de colisión, prefiriendo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Si ello es así, lo lógico es que la mencionada norma sólo se aplique al órgano o persona que sostiene la acusación. A quien debe disuadir de afectar los derechos fundamentales es al órgano encargado de la represión de los delitos o a quien persigue ese objetivo en el caso concreto; a quien debe exigir la carga de acreditar con un mínimo de evidencia válida las imputaciones efectuadas es a quien acusa; a quien debe resguardar en sus garantías de presunción de inocencia, de derecho de defensa y de debido proceso frente a las pretensiones inculpatórias es al imputado.

Limitar al imputado que quiera valerse de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales no tendría razón ni justificación en ninguno de los principios antes señalados. Tampoco la tendría para resguardar la idoneidad del conocimiento que adquiere el Tribunal sobre los hechos que fundan la Sentencia y a los que tiene acceso en un sistema acusatorio a través de la aportación de las partes.

En un sistema en el que, como el nuestro, la inocencia del imputado se presume, debe resguardarse sólo el valor de la prueba que se aporta a través de la cual se sostiene la culpabilidad del acusado. Es esa prueba la que exige de máxima garantía, en tanto altera el estado de cosas anterior a la imputación, y somete al sujeto a la intervención más grave que puede ejercitar legítimamente a su respecto el Estado.

Eso no importa que la afectación de los derechos fundamentales por parte del imputado no deba merecer alguna sanción. Sin embargo, ella no viene otorgada por la ausencia de valor probatorio del respectivo medio de prueba, sino por las reglas generales del ordenamiento jurídico. Algunos autores, incluso, han llegado a estimar que, en ciertos y determinados casos, podría sostenerse que la violación de derechos fundamentales por parte del imputado se encontraría justificada en su necesidad de restar fundamento a las imputaciones que le han sido efectuadas.

Además, se ha encontrado una razón de utilidad a la aceptación de la prueba de la defensa obtenida con violación de garantías: el evitar una nueva vulneración de derechos para el imputado.

En efecto, impedir su uso afectaría, durante el juicio oral, el derecho a defensa jurídica. Éste no puede entenderse limitado a contar con asesoría jurídica letrada. Debe permitir al imputado contar con herramientas que efectivamente le pongan en situación de sostener la presunción de inocencia que le ampara<sup>234</sup>.

Pero además, la eventual condena podría conducir a la infracción de otros derechos fundamentales del imputado. Entre ellos, el derecho a no ser condenado si los hechos o la participación no están descritos en la ley. Este derecho fundamental resultaría de la constitucional consagración del principio “no hay delito ni pena sin ley previa, estricta y escrita”<sup>235</sup>.

En fin, otros derechos fundamentales que podrían ser infringidos en el supuesto en revisión son los relativos a la libertad personal<sup>236</sup>, a la honra<sup>237</sup>, e, incluso, a la integridad síquica<sup>238</sup>. El primero, en razón de la restricción a la libertad ambulatoria que en cualquier grado puede suponer la condena en juicio criminal. El segundo, en virtud de una injustificada sanción penal y la correspondiente estigmatización social que su

---

<sup>234</sup> Artículo 19, número 3, inciso segundo, de la Constitución Política.

<sup>235</sup> Artículo 19, número 3, incisos séptimo y octavo, de la Constitución Política.

<sup>236</sup> Artículo 19, número 3, inciso séptimo, especialmente letras a) y b), de la Constitución Política.

<sup>237</sup> Artículo 19, número 4, de la Constitución Política.

<sup>238</sup> Artículo 19, número 1, de la Constitución Política.

imposición conlleva. El tercero, por las posibles consecuencias que en el plano moral puede generar una condena, sin correlato con la forma en que han acaecido los hechos.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la exclusión de prueba ilícita se funda en la preservación de las condiciones de legitimidad del ejercicio del ius puniendi estatal, no es conceptualmente necesario que ésta alcance a las actuaciones ilegítimas favorables a la defensa. Tal es la situación dominante en el derecho comparado<sup>239</sup> y viene también sugerida nítidamente en la Ley chilena por el artículo 277 inciso final del Código Procesal Penal, cuando al establecer el único caso en que es apelable el auto de apertura del juicio oral, cual es precisamente el de la exclusión de prueba ilícita, faculta sólo al Ministerio Público a interponer el recurso, lo que permite colegir que a juicio del legislador sólo la persecución penal podía verse afectada por dicha exclusión.

Desde luego, esto no significa que las garantías fundamentales no deban también ser escrupulosamente respetadas por quienes actúan a favor del imputado, pero las consecuencias de la infracción pueden -y deben- ser diferentes, porque en el caso en cuestión sólo está en juego la garantía vulnerada pero no –adicionalmente- la legitimidad del ius puniendi, toda vez que el ejercicio de éste no va a fundarse en la infracción; más bien al contrario, es probable que dicho ejercicio no vaya a tener lugar, precisamente a consecuencia de la obtención ilícita del material probatorio. La vulneración de garantías debe ser reprimida de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero no es necesario ni justo que además se excluya la prueba, toda vez que no se ha visto afectada la legitimidad del ius puniendi: nadie va a ser condenado con fundamento en la vulneración de sus garantías fundamentales; más bien al contrario, dicha vulneración puede impedir que alguien sea indebidamente condenado.

---

<sup>239</sup> Así en Estados Unidos y en Alemania, como consecuencia de la limitación de la exclusión a la actividad estatal. Sin embargo, aun cuando se discuta este punto, al menos queda claro que el material probatorio exculpatorio no puede ser excluido. HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.64.

Mantener lo contrario atentaría contra el principio de objetividad que preside la persecución penal<sup>240</sup>, pues para los órganos de persecución penal no puede ser sino indiferente que el material probatorio que acredita la irresponsabilidad del imputado tenga un origen lícito o ilícito: simplemente no pueden perseguir responsabilidades penales prescindiendo a sabiendas de la existencia de material probatorio exculpatario. Ver en esta solución diferenciada un menoscabo de la igualdad de armas en el proceso penal importaría sencillamente no comprender el sentido de la delicada función pública encargada a los órganos de persecución penal<sup>241</sup>.

Ahora bien, a pesar de que este temperamento favorable a admitir las probanzas ilícitas cuando con ello se beneficie la situación del imputado es prácticamente unánime en doctrina, existe para quienes la solución requiere de una adecuada ponderación de los intereses y circunstancias en juego: no habrá de reconocerse una plena eficacia a la prueba de descargo ilícita que sirva para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigía inicialmente el procedimiento; en todo caso, debe otorgarse una eficacia limitada a acreditar la inocencia del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso<sup>242</sup>.

## 2) Hallazgo casual<sup>243</sup>.

La excepción del hallazgo casual consiste en que una determinada prueba ha sido descubierta sin expresa cobertura jurídica; pero, y por contrapartida, en el curso de una actuación perfectamente lícita y desconectada de los hechos a que alude la

---

<sup>240</sup> Contemplado en el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

<sup>241</sup> HERNÁNDEZ, B. La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, op.cit., p.65.

<sup>242</sup> En este sentido, Miranda Estrampes, M., expone el siguiente ejemplo: supongamos que mediante una ilegal interceptación telefónica se descubre que el interceptado es el autor de un delito por el que se haya inculpada otra persona; aplicando esta teoría, y haciendo, por tanto, un uso razonable de la prueba obtenida, podría liberarse del proceso al erróneamente inculpado, mas no acusarse, por esa sola prueba, al verdadero autor según la averiguación adquirida mediante la escucha ilegal. MIRANDA. E., M. El Concepto de Prueba Ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, op. cit., p. 101 y 102.

<sup>243</sup> COLOMA, R. La prueba en el nuevo proceso penal oral, op. cit., p.151.

evidencia encontrada. En este caso, el juez puede no aplicar la regla de exclusión a lo casualmente encontrado.

En Chile, la excepción de pruebas halladas casualmente está expresamente admitida en ciertos casos. Así ocurre con las descubiertas en la realización de diligencias de entrada y registro. Sin embargo, sólo se podrá proceder a su incautación una vez obtenida la correspondiente autorización judicial<sup>244</sup>.

Lo mismo ocurre en el caso de interceptaciones telefónicas. En general, deben entregarse al afectado las grabaciones en que constan tales interceptaciones y destruirse sus copias. Sin embargo, pueden conservarse y utilizarse si contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen<sup>245</sup>.

Con todo, no se resuelve de modo expreso el descubrimiento casual de pruebas en otras hipótesis. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de retención o copia de correspondencia física o electrónica, previa autorización judicial<sup>246</sup>; o en el caso de examen de vestimentas, equipaje o vehículo de un detenido<sup>247</sup>.

En esos y otros casos se ha de resolver si se aplica la regla de exclusión o si se exceptúa la misma. Careciéndose de expresa regulación, se debe establecer un criterio orientador para preferir una u otra alternativa.

Así, en la doctrina española, parece prevalecer la aceptación de las pruebas obtenidas de modo casual. ESTÉVEZ JIMENO<sup>248</sup> sostiene que si en la realización de

---

<sup>244</sup> Artículo 215 del Código Procesal Penal, que ordena que las pruebas casualmente descubiertas sean conservadas por el fiscal.

<sup>245</sup> Artículo 223, inciso final, del Código Procesal Penal.

<sup>246</sup> El fiscal está autorizado para conservar la correspondencia física o electrónica relacionada con el hecho investigado. Pero la norma le impone restituir la que no lo esté, sin aludir al hallazgo casual de prueba relativa a otros delitos (artículo 218 del Código Procesal Penal).

<sup>247</sup> Artículo 89, del Código Procesal Penal.

<sup>248</sup> ESTEVEZ JIMENO, citado por, COLOMA, R. La prueba en el nuevo proceso penal oral, op. cit., p.151.

una diligencia aparecen antecedentes de otro delito, debe la policía ponerlo en conocimiento del juez para que éste determine si inicia otro proceso penal.

Otra parte de la doctrina se opone a admitir esta excepción a la regla de exclusión. En el contexto de diligencias de entrada y registro, MARTIN GARCÍA<sup>249</sup> sostiene que es obvio que el hallazgo casual constituye un supuesto de prueba ilícita. Agrega que “no puede aceptarse, en elementales principios hermenéuticos, que pueda constituir una prueba ilícita lo que es el resultado de una conducta delictiva”. Agrega que las tesis en contra “descansan en el factor común de considerar amparados por la autorización judicial correspondiente la práctica de actos extralimitados del objeto para el que se expidió aquella”.

Para los casos no regulados, estimamos que la doctrina mayoritaria resulta más coherente con el sistema jurídico chileno. Esto en virtud de la obligación de denunciar que pesa sobre ciertas personas y del principio de legalidad. Advertido un hecho punible por la policía<sup>250</sup>, gendarmería<sup>251</sup>, los tribunales con competencia penal<sup>252</sup>, e incluso fiscales<sup>253</sup>, funcionarios públicos<sup>254</sup> y ciertos particulares en determinados casos<sup>255</sup>, se debe dar noticia al Ministerio Público.

La recepción de la noticia criminis, que en tales casos imperativamente debe ser informada al Ministerio Público, tiene importantes efectos. Conocido por éste el hecho que reviste caracteres de delito, el principio de legalidad le obliga a ejercer la persecución penal. Ella no puede suspenderse, interrumpirse o cesar, sino en los casos legalmente establecidos<sup>256</sup>.

---

<sup>249</sup> GARCÍA, MARTIN, citado por, COLOMA, R. La prueba en el nuevo proceso penal oral, op. cit., p.152.

<sup>250</sup> Artículos 84, 173, inciso segundo, y 175, letra a), del Código Procesal Penal.

<sup>251</sup> Artículos 173, inciso segundo, y 175, letra a), del Código Procesal Penal.

<sup>252</sup> Artículos 117 y 173, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

<sup>253</sup> Artículo 175, letra b), del Código Procesal Penal.

<sup>254</sup> Artículo 175, letras a) y b), del Código Procesal Penal.

<sup>255</sup> Artículo 173, letras c), d) y e), del Código Procesal Penal.

<sup>256</sup> Artículo 166, inciso segundo del Código Procesal Penal.

De lo expresado resulta que la prueba hallada casualmente debe admitirse, si cada involucrado actúa dentro de la legalidad. Es decir, si la policía, los demás obligados a denunciar y cualquier particular actúan frente a ella como si se tratara de una noticia criminis. A su vez, si el Ministerio Público decide a su respecto de conformidad con la legislación, solicitando las autorizaciones judiciales que en cada caso correspondan. Y, en fin, si las resoluciones que sobre las mismas dicten los juzgados de garantía se ajustan a derecho.

Si cada uno de los actores respeta la legalidad en los términos recién indicados, el efecto parece evidente. Se trataría de una prueba válidamente obtenida más que de una excepción a la regla de exclusión. Por tanto, ésta no resultaría afectada por el supuesto del hallazgo casual.

Esta admisión del hallazgo casual tiene, sin embargo, una excepción importante en las intervenciones telefónicas. Las grabaciones sólo pueden conservarse y utilizarse si contienen informaciones relevantes para otros procedimientos sobre delitos que merezcan pena de crimen. Si lo descubierto resulta constitutivo de simple delito o falta, la prueba no puede utilizarse. En este caso, se trataría de prueba ilícita, por lo que se aplicaría la regla de exclusión.

### 3) Buena fe en el agente.

En la excepción de buena fe, el agente que ha obtenido la prueba supone haberse comportado de manera legítima. Y ello porque cree contar con la habilitación jurídica necesaria para afectar derechos en la forma o intensidad en que lo hace. Sin embargo, su actuación carece de tal habilitación o ésta resulta insuficiente.

Como vimos en el capítulo anterior, La jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos ha acuñado esta fórmula que puede sintetizarse en la idea de que deberá excluirse la prueba si, en concepto de un “agente policial razonablemente bien entrenado”, ella contraría las leyes vigentes; de donde se permite la producción de prueba de origen dudoso o francamente ilegal, cuando, a la inversa, tal ilegalidad del

proceder no habría sido evidente para un agente policial que satisficiera ese estándar de preparación.

Sin perjuicio de su aceptación en el derecho comparado, no se pueden omitir ciertos peligros que envuelve esta idea. El efecto convalidante de la buena fe puede dar entrada a tal número de excepciones que pronto éstas se convertirían en la regla general. En efecto, la licitud de una actuación vulneradora de derechos fundamentales dependería de las convicciones subjetivas del agente, razón por la cual estimamos que hay que ser particularmente cautelosos con la aplicación de esta excepción<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> Al respecto, encontramos ya en la jurisprudencia nacional fallos en que las líneas argumentativas utilizadas son: perjuicio y buena fe, así como también el costo social de limitar la persecución.

En efecto, encontramos un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 10 de abril de 2007, en la causa rol 457-2007, en que se rechaza la exclusión en base a las siguientes consideraciones:

“La petición de exclusión del peritaje porque no fue obtenido en la etapa de investigación, sino después del cierre de la investigación, presentada por la defensa, no encuadra dentro de la hipótesis del artículo 276 del Código Procesal penal.

El Ministerio Público incorpora la evidencia en la acusación y la defensa tiene un plazo prudente de 15 días que media entre la notificación del auto de apertura del juicio oral y la audiencia de juicio para preparar su defensa con respecto a este punto.

El Ministerio Público había solicitado con anterioridad y el Instituto de Salud Pública expidió el protocolo de análisis tres días antes de la audiencia de preparación del juicio oral.

Que el momento procesal para la entrega de evidencia corre desde la etapa de investigación hasta la dictación del auto de apertura del juicio oral.

Por tanto, la corte rechaza la exclusión solicitada por la defensa.”

En otra causa seguida ante el juzgado de garantía de Coquimbo, la defensa solicitó la exclusión de la declaración de los imputados y de los policías que la tomaron por haberse realizado sin el fiscal y sin la autorización de éste, fundando la solicitud de exclusión en la vulneración del derecho a guardar silencio. El Juzgado de Garantía de Coquimbo, en resolución de fecha 31 de marzo de 2004, excluye la prueba sobre la base de los siguientes argumentos:

“La inobservancia cometida es el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 91 del Código Procesal Penal. Hemos de dar por establecida la inobservancia por cuanto la Fiscalía no ha podido demostrar que el fiscal hubiera proporcionado efectivamente esta autorización.

La inobservancia del artículo 91 está vinculada con una garantía, el derecho del obligado a declarar contra sí mismo.

Como el artículo es una norma base que tiene por objeto desterrar los apremios ilegítimos de los cuarteles y por ello su falta de observancia exacta y puntual no está indicando que sean lesionado estos derechos.

Frente a la solicitud del fiscal que los policías declaren sobre otras diligencias sostenemos que, aceptar la postura de la fiscalía, esto es, que los testigos que conocen información teñida de ilicitud, han de declarar sobre todo lo que saben sin restricciones en el juicio oral habida consideración que de ordinario sucede este fenómeno, pues, de ordinario son unos mismos los policías que al investigar un caso, dispondrán de información limpia conjuntamente con conocimiento espurio, sería lo mismo que decir que la regla de exclusión por ilicitud no existe en

Sin embargo, el recurso a la buena fe también enfrenta casos en que rechazar una prueba ilícita puede parecer excesivo. En consecuencia, esto importa que se debe examinar la naturaleza de la violación o, si se prefiere, la gravedad de la violación producida, convirtiendo este criterio en un requisito necesario para validar la actuación.

La cuestión es si para esos casos el derecho chileno tiene una propuesta mejor justificada. Parece posible sostener que ella se puede encontrar en el principio de proporcionalidad. Éste cuenta con clara recepción en el proceso penal en general y, dentro de él, como fundamento de la restricción a los derechos de las personas, en particular. A su consideración se dedican las siguientes palabras.

#### 4) Principio de proporcionalidad.

El derecho chileno no admite cualquier actuación tendiente a la averiguación de delitos, ni en cualquier intensidad. La elección de su entidad y del grado en que restringirán los derechos debe resultar coherente con el hecho a esclarecer. En otros términos, tales actuaciones se encuentran sometidas al principio de proporcionalidad.

Así, las actuaciones de investigación fiscal deben ser pertinentes y útiles al esclarecimiento de los hechos<sup>258</sup>. A las mismas exigencias se subordina la admisión de las diligencias de investigación solicitadas por el imputado y los demás intervinientes<sup>259</sup>. El fiscal sólo puede imponer el secreto de las actuaciones respecto del imputado y demás intervinientes en los casos y por el plazo necesarios para la

---

nuestro sistema procesal.” . [ En línea] < <http://www.microiuris.cl> [consulta 13 de diciembre de 2007].

En este último fallo, podemos apreciar que la exclusión de prueba siguió la línea argumentativa de la buena fe de los funcionarios, recalándose la idea de la disuasión de éstos, la cual no tendría sentido en los policías si se hubiera admitido la prueba en cuestión.

<sup>258</sup> Artículo 180 del Código Procesal Penal.

<sup>259</sup> Artículo 183 del Código Procesal Penal.

eficacia de la investigación<sup>260</sup>. En fin, y siempre por vía ejemplar, la nulidad procesal sólo es admisible si como sanción resulta proporcionada al perjuicio a reparar<sup>261</sup>.

En cuanto a la afectación de derechos, las medidas cautelares están limitadas a los casos y por el tiempo estrictamente necesario para cumplir los fines del procedimiento<sup>262</sup>. Los exámenes corporales al imputado o víctima sólo proceden si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación<sup>263</sup>. Los registros de intercepciones telefónicas pueden ser utilizados en procedimientos distintos del hecho que la justificó cuando en ellas constataren antecedentes de delitos sancionables con pena de crimen<sup>264</sup>.

En consecuencia, entre los requisitos a los cuales ha de acomodarse la restricción de los derechos fundamentales en el proceso penal, encontramos el principio de proporcionalidad, que pone en relación el hecho investigado y el grado de restricción de los derechos. En otras palabras, en su virtud se debe ponderar la gravedad del ilícito y la medida a decretar.

Lo dicho permite deducir el modo en que la proporcionalidad enfrenta los casos que intenta resolver la cuestionada excepción de buena fe. Se trata de poner en relación, por una parte, la gravedad del hecho delictivo investigado. Y, por otra, la intensidad o gravedad de la infracción al derecho fundamental afectado.

Preciso es tener presente que respecto del hecho investigado, no se debe atender sólo a su gravedad jurídica en sentido estricto, esto es, relativa a la duración de la pena. También debe considerarse la gravedad social, es decir, la incidencia en la

---

<sup>260</sup> Los principios de pertinencia y proporcionalidad se desprenden del enunciado normativo del artículo 182, inciso tercero. Es precisamente el debate sobre su concurrencia lo que justificaría la posibilidad de reclamar la decisión fiscal ante el juez de garantía (artículo 182, inciso cuarto).

<sup>261</sup> Artículo 159 del Código Procesal Penal.

<sup>262</sup> Artículo 122 del Código Procesal Penal.

<sup>263</sup> La necesidad alude a la pertinencia (otro principio que gobierna la investigación), mientras que el que se trate de circunstancias relevantes refiere a la proporcionalidad. Estos mismos principios son los que debe verificar el juez de garantía en caso de ser procedente su intervención (Artículo 197 del Código Procesal Penal).

<sup>264</sup> Artículo 223 del Código Procesal Penal.

vida colectiva, tomando en cuenta circunstancias relativas a la calidad de las personas y al bien jurídico protegido<sup>265</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, estimamos que ante todo, es preferible atender a circunstancias que faciliten una evaluación objetiva y limiten espacios de arbitrariedad. Un buen soporte puede encontrarse, por ejemplo, en las valoraciones hechas por el propio derecho en la legislación y la jurisprudencia.

Respecto de los derechos fundamentales, la gravedad de su infracción también debería objetivarse al máximo. Para estos efectos, resulta conveniente atender específicamente a la relevancia de éstos o a la intensidad de su vulneración. Pues no resulta indiferente carecer de habilitación jurídica que contar con una insuficiente, ni da igual la relevancia del requisito que carece de esta cobertura.

En síntesis, la proporcionalidad constituye un principio de suma importancia en el derecho procesal penal. En el particular ámbito de la prueba ilícita, podría justificar ciertos casos de excepción de la regla de exclusión. Es decir, en virtud del principio de proporcionalidad podrían admitirse pruebas ilícitamente obtenidas. Esto siempre que se trate de actuaciones con algún soporte jurídico, aunque ese soporte sea insuficiente para afectar derechos fundamentales.

##### 5) Descubrimiento inevitable.

El supuesto de la excepción del descubrimiento inevitable es que sobre ciertos hechos no existen más pruebas que las ilícitamente obtenidas. En este evento, el juez debe evaluar si el curso de la investigación habría conducido de modo inevitable a evidencias válidas sobre esos mismos hechos. En caso afirmativo, puede excluir la prueba ilícita, pero no los hechos por ella acreditados.

---

<sup>265</sup> COLOMA, R. La prueba en el nuevo proceso penal oral, op. cit., p.156.

Como vimos en el capítulo anterior, bajo esta denominación la jurisprudencia norteamericana entiende que no cabe la exclusión de la prueba si, a pesar de haberse encontrado la evidencia por obra de un proceder ilegal, la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión.

Se pone como ejemplo clásico el caso *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431-1984; en él, la policía, vulnerando los términos de la Sexta Enmienda de la Constitución que consagra el derecho a la asistencia de un abogado de todo imputado requerido por la policía, obtuvo del sujeto el reconocimiento del lugar en que había enterrado o escondido un cadáver.

La Corte, con la disidencia de dos jueces, estimó que puesto que un grupo de búsqueda que venía trabajando a algunas millas del sector habría encontrado el cuerpo, en breve tiempo y en similares condiciones, procedía dar valor a la actividad probatoria ilegalmente producida, desde que la ilegalidad cometida en la obtención previa de la prueba no impediría su posterior redescubrimiento.

Sin embargo, pese a su acogida en la realidad comparada, desde el derecho chileno no parece posible admitir la excepción fundada en el hallazgo inevitable<sup>266</sup>. Más que un análisis de prueba, la reflexión judicial constituiría una teorización sobre

---

<sup>266</sup> Sin perjuicio de esta opinión, encontramos un fallo en la jurisprudencia nacional en que se rechaza la exclusión siguiendo una línea argumentativa basada en la excepción del descubrimiento inevitable.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Arica en causa rol 48-2006, rechaza la exclusión bajo las siguientes argumentaciones: “Es un hecho no controvertido, el que los imputados voluntariamente aceptaron que se les efectuaran exámenes corporales, a fin de determinar si en el interior de sus respectivos organismos transportaban contenedores de sustancias estupefacientes. Como los resultados fueron positivos, se procedió en virtud de normas establecidas en caso de delitos flagrantes, dando lectura de sus derechos.

Que en este mismo orden de ideas, cabe tener presente que, a uno de los imputados se le encontró droga en sus vestimentas, por lo que el cuestionamiento de los exámenes corporales podría no tener la relevancia que se les otorga.

En torno al artículo 197, denominado exámenes corporales, en que el juez de garantía asiló su declaración de inexistencia de la prueba, establece exigencias que deben ser cumplidas respecto de aquellas personas que tienen calidad de imputado, y en el presente caso aquello no ocurre.” [ En línea ] < <http://www.microiuris.cl> [consulta 13 de diciembre de 2007].

posibilidades o supuestos de prueba. Al respecto, estimamos que la aplicación práctica de esta excepción podría obligar a complicados experimentos mentales de reconstrucción de cursos causales hipotéticos.

El Código Procesal Penal dispone que la decisión judicial debe fundarse en pruebas<sup>267</sup>. Específicamente en las producidas en el juicio oral<sup>268</sup>, sin perjuicio de las excepciones expresamente reguladas en la ley<sup>269</sup>. Pero en la sentencia no sólo debe pronunciarse sobre las acogidas, sino también sobre las desestimadas, indicando de qué modo las primeras justifican cada hecho que da por acreditado<sup>270</sup>.

Esas exigencias normativas nos llevarían a rechazar la referida excepción. En efecto, su acogimiento permitiría una condena sin pruebas, basada en meras hipótesis. Si un determinado dato ha sido conocido por medio de un registro ilícito y no hay ninguna otra prueba que suministre el mismo dato, no hay prueba alguna válida que permita al tribunal tener presente, para la formación de su convencimiento, el dato en cuestión. La consideración de que el dato habría sido inevitablemente descubierto aunque no se hubiera llevado a cabo el registro ilícito es una mera hipótesis.

En definitiva, estimamos que el descubrimiento inevitable no puede ser admitido bajo el sistema jurídico chileno. Detrás de esta ingeniosa construcción, en realidad no hay prueba alguna. En consecuencia, su admisión llevaría a una relativización de la regla de exclusión que contraría normas fundamentales básicas, como por ejemplo, el derecho a un procedimiento e investigación racionales y justos.

#### 6) Fuente independiente de prueba.

La excepción de la fuente independiente se configura por la concurrencia de pruebas lícitas e ilícitas, pero aquéllas se han obtenido con independencia de éstas. Aplicando esta excepción, el juzgador puede formar su convicción sobre la información

---

<sup>267</sup> Artículo 342, letra c), del Código Procesal Penal.

<sup>268</sup> Artículo 340, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

<sup>269</sup> Artículo 296, del Código Procesal Penal.

<sup>270</sup> Artículo 297, incisos segundo y tercero, y 342, letra c), del Código Procesal Penal.

entregada por las pruebas no contaminadas. Es decir, por las que, al no ser dependientes o derivadas, son perfectamente válidas.

En Estados Unidos, este es el supuesto a que se refiere la jurisprudencia con la denominada doctrina de la “*independent source*”. Según esta doctrina, todas las pruebas que se hayan obtenido en virtud de datos o informaciones que no deriven de una prueba ilícita no quedarían privadas de eficacia. Y esto, incluso si se refieren a los mismos hechos que hubieran podido ser acreditados por la actuación en caso de haber sido lícita<sup>271</sup>.

El precisar si una prueba deriva o no de otra ilícita exige resolver problemas de conexión y comunicabilidad propias de la teoría de la prueba refleja, punto en el cual no nos detendremos en esta ocasión.

La prueba que proviene de una fuente independiente no parece objetable desde el derecho nacional. En efecto, como podemos advertir de lo expuesto anteriormente, la misma es perfectamente lícita e independiente de cualquier otra ilícita. Por tanto, ella no constituye, como puede apreciarse, una verdadera excepción a la regla de exclusión.

En efecto, la Ley número 20.053 que introdujo una serie de modificaciones al Código Penal, Procesal Penal y a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, en materia de seguridad ciudadana y reforzamiento de atribuciones preventivas de la policía, introdujo la siguiente modificación al artículo 132, relativo a la Comparecencia judicial, sustituyendo el inciso 2° de dicho precepto por los dos siguientes: “ En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por este, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiera procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando

---

<sup>271</sup> No ahondaremos en este punto y nos remitimos a lo ya señalado al respecto en el capítulo anterior.

en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.

En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de pruebas que hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”.

En nuestra opinión, la modificación incorporada recoge la excepción de fuente independiente, toda vez que señala, de manera expresa, que la declaración de ilegalidad de la detención no podrá utilizarse como argumento para solicitar, con posterioridad, la exclusión de prueba en razón de haberse obtenido con inobservancia de garantías fundamentales.

En consecuencia, se establece la no comunicabilidad de la primera declaración de ilicitud en virtud de una detención ilegal, con las pruebas que puedan obtenerse con posterioridad a ello y antes de la audiencia de preparación del juicio oral.

## CAPITULO VI: CONCLUSIONES

La reciente vigencia en el país del conjunto de cuerpos legales que constituyen la denominada “Reforma Procesal Penal”, ha traído al mundo jurídico chileno notables consecuencias: no sólo hemos reemplazado una legislación por otra, sino que, especialmente, hemos volcado la atención sobre aspectos de las relaciones entre las personas y la organización estatal, usualmente preteridos en nuestra historia institucional.

Todo ello ha abierto, al mundo jurídico nacional, ámbitos de conocimiento y debate ignorados hasta ahora. Dentro de este ámbito de conocimientos y nuevo debate se inserta el tema que ha sido objeto de la presente obra, a saber, la exclusión de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, llamada “Prueba ilícita” y, en particular, las excepciones a la inadmisibilidad de dicha prueba.

El tema de la prueba ilícita, si es fundamentalmente legal, se sitúa esencialmente en un ámbito de valores. En efecto, tras el reciente análisis arribamos a la siguiente idea: un proceso penal es un elemento de la vida política de un país. Es que el proceso penal decide cómo se regularán las relaciones del Estado y los hombres, del Estado y los ciudadanos, cuando aquél pone en juego el poder de que se le ha revestido. Cuando el Estado pone en funcionamiento su poder persecutorio y sancionatorio, se desata un cúmulo de actividades que deja al sujeto en una muy precaria situación de oposición.

Como suelen formular Cartas, Constituciones, Tratados y pensadores, el Bien Común es la justificación del proceder estatal. En consecuencia, si el Estado se explica por el hombre, quienes ejercen el poder han de sujetarse a recíprocos controles, bajo un marco preestablecido, lo que nos lleva a afirmar que la conducta estatal se desarrolla sometida a un marcado régimen de límites y controles. Por lo tanto, lo que

identifica a una Estado democrático de Derecho es la observancia de las fronteras que se autoimpone en su actuar.

Así, como toda conducta estatal persigue el Bien Común, sólo es permitido al Estado recurrir a medios éticamente aceptables, teniendo, además en cuenta que el sistema legal no puede aprovecharse de pruebas de cargo obtenidas a partir de una violación al mismo sistema legal.

De esta manera, encontramos en nuestro nuevo sistema procesal penal el Artículo 276, que “ordena al juez de garantía proceder a la exclusión de aquellas pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”, norma que lleva inmersa en sí y de manera innegable la idea de límite, la cual a su vez va de la mano de la noción de renuncia a parte o incluso, a toda la información, por estimarse de mayor valor ciertas razones que lo exigen, cobrando un protagonismo innegable el respeto los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, así como en los Tratados Internacionales ratificados por Chile.

Tras analizar nuestra realidad jurídica y contrastarla con el escenario que se da en sistemas como el norteamericano y el alemán, llegamos a la siguiente conclusión: cuestionar si corresponde introducir o excluir la prueba obtenida de manera ilegítima supone, en definitiva, plantear un conflicto de supremacía o subordinación entre la pretensión punitiva estatal (representada por el actuar de los órganos encargados de llevar a efecto la investigación penal, a saber: el ministerio público y la policía) y el derecho individual del imputado a que se respeten sus derechos y garantías fundamentales.

Este conflicto sede a favor de uno u otro, dependiendo de la realidad sociocultural de cada país y, en particular, de las circunstancias y necesidades sociales. A esta idea arribamos luego de estudiar la evolución que ha tenido la temática de la prueba ilícita en el ámbito comparado que, después de comenzar siendo un principio de aplicación absoluta, ha ido cediendo en atención a la ocurrencia de ciertos acontecimientos, como por ejemplo, los hechos acaecidos el 11 de septiembre de 2001

en Estados Unidos, así como también el cambio de ideología que se ha dado en su Suprema Corte, ex post a la Corte *Warren*.

Ahora bien, como señalamos en su oportunidad, las diferencias que pueden apreciarse en los países que fueron objeto de nuestro análisis, han de servir como referente, tratando de evitar caer en la tentación de “importar” acríticamente y en bloque sistemas interpretativos que se desarrollan en contextos normativos diferentes y responden a convicciones y necesidades sociales específicas, que no necesariamente tienen un correlato en Chile.

Esta elasticidad que se ha ido dando a la regla de exclusión, ha traído aparejado el desarrollo de una serie de excepciones a la inadmisibilidad de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, a saber, prueba ilícita a favor del imputado, hallazgo casual, buena fe en el agente, principio de proporcionalidad, descubrimiento inevitable, fuente Independiente de prueba, entre otras que han ido desarrollándose a nivel comparado.

A objeto de revisar la posibilidad que existe que dichas excepciones tengan aplicación en nuestro país, escogimos algunas de las desarrolladas en Estados Unidos y Alemania, que fueron aquéllas que consideramos podían tener más asidero bajo nuestra legislación, a saber, prueba ilícita a favor del imputado, hallazgo casual, buena fe del agente, principio de proporcionalidad, descubrimiento inevitable y fuente independiente de prueba.

A modo de conclusión, estimamos que si bien la fórmula legal utilizada por el legislador nacional es absoluta en el sentido de ordenar al juez de garantía que excluya las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, hay ciertos preceptos contenidos en el Código Procesal Penal que nos permiten vislumbrar elementos que nos podrían llevar a concluir que el texto normativo permite, en ciertas ocasiones muy calificadas, la valoración de prueba ilícita, lo que sin embargo no nos permite llegar a construir una regla general al respecto.

En consecuencia, será labor de la jurisprudencia admitir ciertas excepciones, cuando las circunstancias así lo demanden, teniendo presente un principio que a nuestro juicio constituye una de las piedras angulares del derecho procesal penal, cual es, el “Principio de Proporcionalidad”, el que aplicado a la materia de la prueba ilícita importa un examen entre el medio empleado y la finalidad a la cual se tiende, de forma que la prueba obtenida por medios inconstitucionales será admisible cuando consista en el único medio de evitar un desastre de grandes proporciones, lo que requiere una ponderación de los intereses en juego en el caso concreto a través del cristal de la inadmisibilidad y de la admisibilidad.

Pues bien, frente a la interrogante de si la inadmisibilidad de la prueba obtenida con violación a las normas constitucionales, es un principio absoluto, que no admite fisuras, o si, por el contrario, dicho principio debe tener válvulas de escape para que en ciertas situaciones excepcionales y también por vía de excepción la prueba ilícita sea admisible, nos inclinamos por la segunda alternativa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALEXY, R., "Teoría de los Derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

BAYTELMAN, A., "La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial", Informe de Investigación N°13, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002.

BINDER, A., "Justicia Penal y Estado de Derecho", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

BINDER, A., "El incumplimiento de las formas procesales", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOFILL, J., "Las prohibiciones de prueba en el Proceso Penal", Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XII, 1988.

CAFFERATA, J., "La prueba en el Proceso Penal", Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1986.

CARRIÓ, A., "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA, Boletín N°1630-07. Primer Trámite Constitucional, Tomo II, Historia de la Ley N°1. Nuevo Código Procesal Penal.

COLOMA, R., "La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral", Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición, 2001.

DONOSO, S., "Los Derechos y Garantías individuales en la evolución constitucional chilena", Editorial Conosur, Santiago, 2001.

DWORKIN, R., "Los Derechos en Serio", Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1997.

FERRAJOLI, L., "Derecho y Razón", Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.

FERRAJOLI, L., "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales", Editorial Trotta S.A., Madrid, 2001.

GÓMEZ, J., "El Proceso Penal alemán introducción y normas básicas", Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1993.

HASSEMER, W., "Crítica al Derecho Penal de Hoy", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.

HERNÁNDEZ, H., "La exclusión de la prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno", Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.

JAUCHEN, E., "Tratado de la prueba en materia penal", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

MAIER, J., "Derecho Procesal Penal Argentino", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MATURANA, C., "Aspectos generales de la prueba", Apuntes de clases, Universidad de Chile, Santiago, julio 2003.

MIDÓN, S., “Pruebas Ilícitas, Análisis Doctrinario y Jurisprudencial”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

MINVIELLE, B., “La prueba ilícita en el derecho procesal penal”, Editora Marcos Lerner, Córdoba, 1987.

MIRANDA, M., “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal”, J.M. Bosch Editores, Barcelona, 1999.

MUÑOZ, F., “Búsqueda de la verdad en el proceso penal”, Editorial Hammurabi, Sevilla, 2000.

TAVOLARI, R., “Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y Casos”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

VERDUGO, M., PFEFFER, E., NOGUEIRA, H., “Derecho Constitucional”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

ZAPATA, M., “La Prueba Ilícita”, Editorial Lexis Nexos, Santiago, 2004.

<<http://www.microjuris.com>. [ consulta de jurisprudencia 13 de diciembre de 2007].