



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**PRUEBA ILÍCITA EN MATERIA PENAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PERIODO 2014-2016**

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

AUTOR: RODRIGO BERNARDO NAZZAL MORGUES

PROFESOR GUÍA: RENÉE MARLENE RIVERO HURTADO

Santiago de Chile.

2017

Agradecimientos

A mi familia, por estar apoyándome en todo momento.

A las personas del 1er Juzgado de Garantía de Santiago, por permitir que vaya a su lugar de trabajo para recopilar información, y su buena disposición. Especial mención para la Jueza María Francisca Zapata García, por su constante ayuda, revisiones, discusiones y la simpatía de siempre. Sin usted, no habría sido posible llevar adelante esta tesis.

A mi profesora guía, Renée Rivero Hurtado, por hacer posible este trabajo. Siempre le estaré agradecido por la ayuda que me brindó.

A Rocío Nalda Palomer, por cada consejo, apoyo y ánimo, que fueron esenciales para la realización del presente trabajo. Gracias por estar siempre ahí.

Índice

Agradecimientos	1
Resumen	4
Introducción.....	5
Capítulo I: Generalidades de la prueba ilícita.....	8
1.1. Definiciones.....	9
1.2. Clasificación	10
1.3. La prueba ilícita y la verdad como fin del proceso penal.....	13
Capítulo II: Eficacia o Ineficacia probatoria de la prueba ilícita	17
2.1. Posiciones que postula la eficacia probatoria de la prueba ilícita	17
2.2. Posiciones que postulan la ineficacia probatoria de la prueba ilícita	18
2.3. Argumentos en Contra de la Exclusión	19
2.3.1. La búsqueda de la verdad justifica el empleo de cualquier medio.	20
2.3.2. La exclusión entorpece el accionar de la justicia.....	20
2.3.3. El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el acto investigado....	20
2.3.4. El alto costo social de la exclusión.	20
2.3.5. El falso efecto persuasivo.	21
2.3.6. La exclusión es una regla indiscriminada.....	21
2.4. Argumentos a Favor de la Exclusión.....	21
2.4.1. El fundamento ético.	22
2.4.2. El inevitable precio del sistema.	22
2.4.3. La necesidad de preservar los derechos individuales y las garantías constitucionales en función de la jerarquía asignada.....	23
2.4.4. El derecho a prueba no es absoluto.	24
2.4.5. El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares.	25
2.5. Ineficacia de la prueba ilícita, ¿Problema de admisibilidad o de valoración?	26
2.6. Análisis de la regla de exclusión establecida en el art.276 del Código Procesal Penal 29	
2.6.1. “El juez excluirá”	30
2.6.2. “Las pruebas obtenidas”	31
2.6.3. “Con Inobservancia”	32
2.6.4. “De garantías fundamentales”	32

Capítulo III: Oportunidades para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile.....	35
3.1. La ilicitud de la prueba durante la audiencia de preparación de juicio oral	35
3.2. La ilicitud de la prueba como fundamento del recurso de nulidad.....	39
Capítulo IV: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema.....	49
4.1. Sentencias relativas al Derecho a la Inviolabilidad del Hogar	53
4.1.1. Sentencia ROL N° 2304-2015, dictada el 1 de abril de 2015.....	53
4.1.2. Sentencia ROL N° 29.375-2014, dictada el 8 de enero de 2015.....	57
4.1.3. Sentencia ROL N° 47605-2016, dictada el 4 de octubre de 2016.....	61
4.1.4. Sentencia ROL N° 65303-2016, dictada el 27 de octubre de 2016.....	65
4.2. Sentencias relativas al Derecho a un Debido Proceso	69
4.2.1. Sentencia ROL 26838-2015, dictada el 12 de enero de 2016.....	70
4.2.2. Sentencia ROL 26838-2015, dictada el 12 de enero de 2016.....	74
4.3. Sentencias relativas al Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones	79
4.3.1. Sentencia ROL N° 46486-2016, dictada el 5 de septiembre de 2016	80
4.3.2. Sentencia ROL N° 27787-2016, dictada el 25 de julio de 2016	85
4.4. Sentencias relativas al Derecho a Guardar Silencio y Principio de la no Autoincriminación	88
4.4.1. Sentencia ROL N° 14781-2015, dictada el 3 de noviembre de 2015.....	89
4.4.2. Sentencia ROL N° 28451-2014, dictada el 30 de diciembre de 2014	95
4.4.3. Sentencia ROL N° 3828-2014, dictada el 16 de abril de 2014.....	98
4.5. Derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual.....	101
4.5.1. Sentencia ROL N° 1946-2015, dictada el 23 de marzo de 2015.....	102
4.5.2. Sentencia ROL N° 37018-2015, dictada el 29 de enero de 2016.....	106
Conclusiones	111
Fuentes.....	115
I. Bibliográficas:.....	115
II. Jurisprudenciales:.....	117

Resumen

En la presente memoria se investigará sobre cómo resuelve la Corte Suprema los recursos de nulidad que solicitan la exclusión de la prueba por haber sido obtenida con infracción de los derechos fundamentales del imputado, en su jurisprudencia más reciente (período 2014-2016). Para ello, se revisará el concepto de la prueba ilícita, sus clasificaciones, y su importancia dentro de las finalidades del proceso penal. Además, se expondrán las diversas posturas que han existido en torno a las consecuencias jurídicas de esta institución, se analizará su operatividad en Chile, y las oportunidades procesales previstas por el ordenamiento jurídico para hacer valer su ineficacia. Finalmente, se efectuará un análisis crítico de las principales sentencias dictadas por la Corte Suprema durante este lapso, donde se examinarán los razonamientos seguidos para excluir la prueba o confirmar las sentencias, todo esto mediante la utilización un esquema objetivo que permite razonar en base a los derechos fundamentales del imputado.

Palabras clave: Prueba ilícita; derechos fundamentales del imputado; regla de exclusión; jurisprudencia de la Corte Suprema.

Introducción

Es por todos conocida la evolución que ha sufrido nuestro derecho procesal penal durante las últimas décadas, donde imperaba un sistema de corte inquisitivo, en el cual los roles de acusador y juzgador se agrupaban en un mismo órgano -el juez-, y en el cual características tales como la búsqueda de la verdad material como principio fundador del proceso no encontraban mayores limitaciones ni restricciones, ni se entendía al imputado como un sujeto de derechos, sino que como objeto del proceso penal.

Tal sistema, no se condice con las exigencias propias de un Estado de Derecho, el cual tiene como su máxima el reconocimiento, respeto, garantía y promoción de derechos individuales que emanan de la dignidad de las personas, lo cual hizo necesario adecuar nuestro proceso penal, dirigiéndolo hacia un sistema acusatorio.

Éste último, tiene como característica esencial la separación de los roles de investigación y acusación, por un lado, los cuales son asignados a un organismo público autónomo como el Ministerio Público, y el rol de juzgar, por el otro, asignado a dos tribunales creados a partir de la Ley N° 19.665, que reformó el Código Orgánico de Tribunales, introduciendo los Juzgados de Garantías y los Tribunales del Juicio Oral en lo Penal.

Este sistema reformado, además, reconoce al imputado como sujeto de derechos, estableciendo un sistema complejo de garantías que buscan proteger los derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana, consagrados en la Constitución y tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, dentro del marco del desarrollo del proceso penal, estableciendo, a su vez, los requisitos que deben seguirse para que en ciertos casos excepcionales puedan verse restringidos, siempre y cuando haya una completa observancia a la legalidad vigente.

En ese entendido, la actividad probatoria cobra especial relevancia, no pudiendo quedar fuera de este mapa reformado. El procedimiento ordinario establecido en el Código Procesal Penal contempla tres grandes etapas.

La primera, la etapa de investigación, donde el Ministerio Público busca recabar las evidencias en las que sustentará la acusación que se siga contra el imputado; la segunda, denominada "intermedia", se inicia con la acusación, y tiene como objeto principal el

preparar la entrada al juicio, presentándose los elementos probatorios que serán rendidos como medios de prueba en el juicio oral, los cuales deben ser incluidos dentro del auto de apertura para que sean conocidos por el Tribunal del Juicio Oral en lo penal. Estas dos etapas son controladas por el Juzgado de Garantía.

La tercera, y última etapa, es la del Juicio Oral, cuyas audiencias son realizadas ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. En esta última etapa, se realizan los alegatos, y tiene como objetivo principal la rendición de los medios de prueba que servirán de base para fundar la sentencia, la cual puede ser absolutoria o condenatoria.

Como se puede apreciar, la prueba juega un rol central en cada una de las etapas del procedimiento, ya que en definitiva es el medio que tiene el juez para tomar la decisión.

La prueba se encuentra en el centro de convicción de los jueces, y de ahí se desprende su importancia: su suficiencia o insuficiencia, según sea el caso, será el eje que determinará el sentido de la decisión que se plasma en la sentencia. En virtud de la prueba, es que establecemos los hechos que constituyen el caso, y en virtud de esos hechos, a los cuales “se les atribuye potestativamente el carácter de verdaderos por medio de la sentencia definitiva”¹, es que se adopta la decisión condenatoria o absolutoria.

Acá es donde cobra relevancia la institución que nos convoca. La verdad a la que aspiramos llegar en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio, porque el sacrificio de la verdad material es el precio que estamos dispuestos a pagar para establecer un sistema que reconozca, proteja y garantice los derechos fundamentales.

Sólo la verdad obtenida con respeto a esos derechos puede ser considerada como jurídicamente válida, y, en definitiva, eso es lo que postula la normativa del Código Procesal Penal que reglamenta nuestro actual procedimiento.

En ese entendido, esta memoria tiene como objetivo central la realización de un análisis crítico de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema conociendo recursos de nulidad fundados en prueba que ha sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, dictadas en los últimos años, para así evaluar cómo nuestro máximo tribunal, que tiene como rol en esta materia el ser la última palabra en materia de balance entre el interés de la

¹ ZAPATA, M. La prueba ilícita, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 18.

persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales, resuelve los conflictos relativos a la prueba ilícita.

Para llevar adelante este propósito, estructuraremos esta tesis en cuatro capítulos.

En el primero, se contendrán nociones generales sobre la prueba ilícita, tales como las diversas definiciones que se han dado en la doctrina, nacional y comparada, para conceptualizar esta institución, así como las diversas clases de prueba ilícitas que existen. También se revisará la relación de esta institución con los fines del proceso penal.

El segundo capítulo nos haremos cargo de las consecuencias que se han propuesto para los efectos probatorios de la prueba ilícita, exponiendo aquellas teorías que propugnan tanto la eficacia probatoria de la prueba ilícita, como aquellas que postulan su ineficacia. Además, se determinará en qué sede se produce la ineficacia en nuestro país, y se realizará un examen de la regla de exclusión contenida en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal.

Luego, en el tercer capítulo, realizaremos un estudio de las oportunidades en las que se puede hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile, exponiendo las dos ocasiones en las que institucionalmente nuestra ley prevé esta posibilidad, ahondando en mayor profundidad en la segunda de las oportunidades, la cual es a través del recurso de nulidad, dada su vital importancia para el análisis de la jurisprudencia.

Finalmente, en el último capítulo, intentaremos realizar un análisis crítico de diversas sentencias emanadas de la Corte Suprema, en las cuales se expondrán los hechos sobre los que trata cada caso; la fundamentación seguida por el tribunal para la decisión del asunto; y un esquema elaborado por nosotros para evaluar la correcta o incorrecta aplicación de la regla de exclusión en cada caso particular, además de los comentarios o correcciones que estimemos importantes para su adecuada solución. Este último capítulo, a su vez, se subdividirá en cinco secciones, cada una encabezada por el derecho fundamental cuya infracción se denuncia en el recurso en virtud del cual la Corte Suprema conoce del asunto.

Atendido lo anterior, la hipótesis central de la tesis es que la Corte Suprema no aplica adecuadamente la regla de exclusión de la prueba ilícita cuando conoce de los recursos de nulidad.

Por ello, el objetivo general de la investigación será el indagar y revisar la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en materia de prueba ilícita, para así concluir si la hipótesis central tiene sustento práctico, o bien se trata de un supuesto errado.

Entre los diversos los objetivos específicos que persigue esta tesis, se pueden destacar, entre otros, el establecer qué se entiende por prueba ilícita, cuáles son las diversas clases de pruebas ilícitas que se han establecido en doctrina, indicar claramente cuáles son los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico con el establecimiento de esta institución.

A su vez, tiene como objetivo analizar los distintos tipos de ineficacia que puede producir su aplicación, destacando cuál nos parece más adecuado para conciliar el fin primordial de la prueba ilícita, consistente en el respeto y promoción de los derechos fundamentales. Para ello se analizará a profundidad la regla establecida en el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, lo que nos permitirá inclinarnos por una u otra solución.

Por último, podemos agregar que, entre los objetivos específicos de esta tesis, está la realización de un examen crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que busca permitir al lector la formación de una opinión en torno a si es correcta o errónea la aplicación de la regla de exclusión por parte del máximo tribunal de nuestro país, para lo cual nos aventuramos con ciertas opiniones personales en torno a la resolución adoptada por este tribunal.

Capítulo I: Generalidades de la prueba ilícita

La prueba ilícita en sí es un tema problemático. Desde su denominación, hasta su concepto y consecuencias, existen diversas posturas y opiniones. Por ende, lo primero que buscaremos realizar en este trabajo de investigación es exponer los diversos conceptos, para entender a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de prueba ilícita.

1.1. Definiciones

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 exclusión².

Como dijimos anteriormente, existen diversas definiciones, que discurren desde algunas que son muy generales, hasta otras que son muy estrictas. Por tanto, para comenzar una exposición sobre el tema, hay que hacerse cargo de los dos criterios que se siguen para su conceptualización: uno amplio y otro restringido.

Así, desde las definiciones más generales de prueba ilícita, aparecen las que la entienden como aquella que “ofende la dignidad humana”³ o 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 o la ley amparan”.⁴

En este mismo sentido, y entendiendo el criterio amplio como aquel en que la ilicitud de la prueba puede tener su origen o concepción en la transgresión de todo tipo de normas jurídicas e incluso principios generales del 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

² ZAPATA, M. La prueba ilícita, op. cit. p. 17.

³ SILVA MELERO, V. La prueba Procesal, Editorial Edersa, Madrid, 1963, p. 69.

⁴ DEVIS ECHANDÍA, H., citado por, MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 19.

categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales, o incluso de disposiciones o principios generales”.⁵

En contra de estas posturas generales, se han dado formulaciones muchísimo más estrictas, que centran el enfoque en la vulneración de normas de rango constitucional.⁶ Entre estas concepciones, encontramos autores que definen la prueba ilícita como “el medio de prueba obtenido extra-procesalmente mediante la violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente los derechos de la personalidad, prueba que se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de su ilícita obtención”⁷, o bien como aquella “recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y su manifestación como derecho a la intimidad”.⁸

Siguiendo este criterio más restringido, al cual adscribimos, aparecen autores nacionales tales como López Masle que la define como “la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen afectación de garantías fundamentales”⁹, o también Chahuán que la entiende como una “prueba obtenida o producida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter personal”.¹⁰

1.2. Clasificación

Existen diversas clasificaciones de prueba ilícita elaboradas por la doctrina, sin embargo, exponerlas todas excede el propósito del presente trabajo. Por esta razón, optamos por hacernos cargo, en términos sintéticos, de las más relevantes, con el objeto de entender en más profundidad la institución que nos convoca.

⁵ VESCOVI, E., citado por, MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial. op. cit., p. 34.

⁶ BERNARDETTE MINVIELLE, citado por, ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 17.

⁷ BERNARDETTE MINVIELLE, citando a Vigoriti en Opúsculos De Derecho Penal y Criminología. La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal. Editora Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p. 18.

⁸ PELLEGRINI, ADA. 1995. Pruebas ilícitas. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N° 10.

⁹ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 168.

¹⁰ CHAHUÁN SARRAS, S., Manual del nuevo procedimiento penal, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2002, p. 278.

La primera clasificación que podría hacerse dice relación con la extensión del vínculo causal entre el acto ilícito y el elemento probatorio. Así, podríamos distinguir entre las “pruebas ilícitas en sí mismas” o aquellas ilícitas “por derivación”, también denominadas indirectas o por efecto reflejo.

La prueba ilícita “en sí misma” es el elemento que sirve para verificar un hecho y que es practicado u obtenido directa e inmediatamente a través de un método o procedimiento ilegal. En otras palabras, “existe siempre una relación próxima e inminente entre el medio de prueba contaminado y la garantía o derecho personalísimo afectado por su recolección.”¹¹ Un ejemplo de este tipo de prueba lo sería si se ingresa a un hogar sin autorización judicial previa, en aquellos casos en que no está permitido hacerlo, y se incautan diversos elementos, tales como una agenda que contiene datos de terceras personas.

A su vez, la prueba ilícita “por derivación” es aquel acto en sí mismo lícito, que permite comprobar una circunstancia fáctica, pero al que accede por intermedio de información obtenida desde una prueba anterior e ilícitamente recogida. Dicho de otra manera, de esta noción participa “una prueba adquirida de modo regular, pero a la que se llega merced de conocimientos aprehendidos en forma ilegal.”¹² Continuando con el ejemplo dado anteriormente, la prueba ilícita por derivación, en ese caso, sería que mediante los datos que se encuentran contenidos en la agenda, la policía cite a declarar al tercero, cumpliéndose todas las formalidades legales para ello, y así obtener una prueba incriminatoria contra el imputado.

Una segunda clasificación que nos parece relevante destacar, es la que atiende al momento concreto en que se produce la ilicitud, dentro o fuera del proceso, ante lo cual se distingue entre la ilicitud “extraprocesal” e ilicitud “intraprocesal”.

La primera de ellas, esto es, la extraprocesal, es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en oportunidad de la obtención de la fuente de la prueba.

¹¹ LOCKHART, J. F., 2014, La “prueba ilícita” en el proceso Penal. Revista Intercambios, año XVI, N° 16, p. 5.

¹² MIDÓN, M., Pruebas ilícitas, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, p. 37 y 38.

Afecta, por tanto, “la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba”.¹³

La ilicitud intraprocesal, en cambio, es la que afecta a “un acto procesal, es decir, cuando afecta la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso.”¹⁴ Esta clasificación es de particular importancia, dado que es la que se da con mayor frecuencia en la práctica, y como se verá posteriormente, en la mayoría de las sentencias que se analizan como objeto de esta investigación la ilicitud se da extraprocesalmente.

Otro criterio que se ha dado para clasificar la prueba ilícita, que nos parece importante destacar, es uno ofrecido por la visión amplia de la institución, atendiendo a la causal de ilicitud, desarrollando una clasificación tripartita, cuyas categorías son las pruebas “expresamente prohibidas por ley”, las pruebas “irregulares o defectuosas” y, finalmente, las pruebas “obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales”.

La primera de ellas, queda reservada para aquellos supuestos en que exista una norma legal precisa y concreta de carácter prohibitiva.

La prueba irregular o defectuosa “es 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”.¹⁵

Dentro de la última categoría de prueba ilícita, esto es, las “obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales” se incluyen todas aquellas pruebas “en cuya obtención o producción se han vulnerado, de una forma u otra, alguno de los derechos fundamentales de las personas consagrados en el texto constitucional”.¹⁶

Finalmente, un último criterio que estimamos importante resaltar, es aquel que atiende a las consecuencias que se le asignan a la ilicitud, donde se clasifica en prueba de “producción prohibida”, cuando la consecuencia de la ilicitud consiste en la prohibición de admitir el

¹³ CAFFERATA NORES, J. I., La prueba en el proceso penal, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 14.

¹⁴ Ibid, p. 14.

¹⁵ MIRANDA, M., El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal, J.M. Bosch Editores, Barcelona, 1999, p. 48.

¹⁶ Ibid, p. 49.

elemento de prueba en el proceso, y prueba de “valoración prohibida”, cuando la consecuencia de la ilicitud es una “prohibición de valoración de la prueba al momento de la dictación de la sentencia.”¹⁷

1.3. La prueba ilícita y la verdad como fin del proceso penal

Una vez efectuada la exposición anterior, estamos en condiciones de analizar el trasfondo de la institución. Sea cual sea la definición que se opte por prueba ilícita, nos anuncia algo sumamente esencial: “la verdad a la que aspiramos a llegar en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio”.¹⁸

Antiguamente, la averiguación de la verdad histórica era la única meta que se le asignaba al proceso penal, que mantenía las bases de la inquisición a través de la persecución penal estatal. Esta idea se ha ido temperando con el reconocimiento internacional de los derechos que emanan de la dignidad del ser humano, que pasan a ser verdaderos límites a los fines perseguidos en el proceso.

La forma en como concluye el proceso penal es mediante una condena o una absolución, a la cual se le atribuye potestativamente el carácter de verdadero por medio de la sentencia definitiva. El medio que tienen los jueces para alcanzar esa convicción necesaria para tomar una decisión tan trascendental para la vida de una persona es a través de la prueba, la cual se puede entender en términos generales como “la suma de motivos que producen certeza”.¹⁹

Estos motivos, los cuales tienen su origen fuera del proceso, y por ende fuera de la mente de los sentenciadores, son el objeto de las actividades de investigación realizadas por el ente persecutor, que busca recabar antecedentes que luego serán incorporados al proceso con el objetivo de lograr la convicción en el ente juzgador, para acreditar su teoría del caso. Sin embargo, y acá es donde se encuentra una de las mayores diferencias entre el sistema antiguo procesal penal que nos regía, y el actual reformado, este derecho a valerse de pruebas no es absoluto, sino que posee diversas limitaciones. Estas limitaciones pueden responder tanto a cumplir determinados requisitos para poder acceder a los medios de prueba, como también

¹⁷ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 167

¹⁸ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 18

¹⁹ MITTERMAIER, K. Tratado de la Prueba en Materia Criminal, citado por ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit., p. 18.

al cumplimiento de formalidades que regulan la manera en que estos han de ser incorporados al juicio.

Así, un primer límite que se puede visualizar, es el exigido en el artículo 9 del Código Procesal Penal, que exige autorización previa de parte del Juez de Garantía, si se trata de una actuación del procedimiento que prive, restrinja o perturbe al imputado o un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura. De esta forma, la ley le encomienda a un órgano especializado el control de las actuaciones que vayan a afectar derechos fundamentales, de modo que la obtención de dicha autorización pasa a ser un requisito de validez para el acceso y posterior uso del elemento probatorio.

En un segundo orden de consideraciones, se encuentran los límites que dicen relación a la forma en cómo son incorporados los medios de prueba al juicio, tales como “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 objeciones a las preguntas que podrán formularse”.²⁰

Estos límites van de la mano de un criterio de ponderación, entre diversos valores a los cuales se les atribuye un mayor peso específico. En un régimen inquisitivo, el único valor realmente preponderante es el de la búsqueda de la verdad material, de modo que el derecho a la prueba pasa a ser casi como un derecho absoluto, por tanto, cualquier restricción que pretenda limitar el objetivo del proceso penal, debe ser desechado. 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 preferiría 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 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”.²¹

²⁰ Ibid, p. 19.

²¹ MAIER, J. Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 137.

De acuerdo a lo anterior, es que los autores coinciden en sostener que la renuncia a la verdad material es “el precio que las sociedades democráticas y el Estado de Derecho paga por la prevalencia de los derechos fundamentales.”²²

De este modo, entendiendo a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite o restricción al ejercicio del poder público, donde lógicamente se inserta el Judicial, es que no se puede entender como absoluto el derecho a valerse de medios de prueba para crear certeza en el órgano juzgador.

Esto no quiere decir, sin embargo, que el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, “a la búsqueda de la verdad material entendida en su sentido clásico como *adecuatio eri et intellectu*, sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no solo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de las normas, formalidades e “impurezas” del proceso penal”.²³

Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así -y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos”.²⁴

Todo lo visto, sin embargo, debe ser analizado con una cuota de recelo. Si bien es deseable, en el marco de un Estado de Derecho, el regular la acción tanto de los jueces como del ministerio público y los órganos auxiliares del mismo, para que se respeten los derechos fundamentales y esenciales de las personas, esto no puede excederse del marco racional que justifica el sacrificio de la verdad, pues esta decisión de inadmitir la prueba contaminada por ilicitud acarreará, para la mayoría de los casos, la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad penal de los involucrados en un hecho ilícito.

²² ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 20.

²³ MUÑOZ CONDE, F. Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal, Editorial Hammurabi, 2000, p. 97

²⁴ VIVES ANTON, T., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, Jornadas sobre la justicia penal, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, p. 947.

Esta consecuencia, es desde luego, la única salida que guarda correspondencia con un Estado Democrático de Derecho que reconoce como su deber prioritario el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, pero, siendo un precio que nuestra sociedad está dispuesta a pagar en atención a la entidad de estos derechos, su aplicación a cada caso concreto debe ajustarse estrictamente a los presupuestos pensados para su operatividad, a fin de “evitar favorecer la impunidad que, por sí misma, aparece fuertemente corrosiva del Estado de Derecho que se pretende proteger”.²⁵

Los intérpretes, y principalmente la jurisprudencia, deben ser especialmente pulcros a la hora de aplicar esta institución, pues están en tensión valores que son trascendentales para el correcto funcionamiento de la sociedad y la mantención de la paz social, con el respeto que todos merecemos. Su no uso implica ser cómplices de la violación de derechos fundamentales dentro del procedimiento que tiene en juego los bienes jurídicos más sensibles de la sociedad, mientras que su uso indiscriminado corroe las normas que nuestra misma sociedad estima como merecedoras de la persecución penal, impidiendo que se cumplan los fines retributivos y preventivos propios del Derecho Penal Sustantivo. Ferrajoli logra sintetizar esta idea de forma muy adecuada, al establecer que, “si una justicia penal completamente “con verdad” constituye una utopía, una justicia completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad”.²⁶

Si bien ha quedado inherentemente establecido a lo largo de esta exposición, aun no nos hemos hecho cargo de las consecuencias jurídicas que acarrea la ilicitud. El decidir que una prueba es ilícita nada dice sobre el efecto procesal que produce dicha calificación. Esos efectos no siempre han sido idénticos a lo largo de la historia en la doctrina y en los procedimientos comparados, razón por la cual es necesario referirse a la eventual eficacia o ineficacia de la prueba ilícita, para poder comprender cabalmente esta institución. A continuación, nos referiremos a este tema.

²⁵ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit., p. 24

²⁶ FERRAJOLI, L. Derecho y Razón, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995, p. 45.

Capítulo II: Eficacia o Ineficacia probatoria de la prueba ilícita

Si bien, hoy en día, existe amplio consenso en torno a que alguna consecuencia jurídica debe derivar de la ilicitud que la institución acarrea, no siempre se ha estado de acuerdo en que dichas consecuencias deban surtir efectos dentro del proceso, y más precisamente, efectos probatorios dentro del proceso. Así, han surgido dos grandes posturas, que argumentan en torno la eficacia o ineficacia probatoria de la institución de la prueba ilícita. Comenzaremos por hacer una referencia genérica a cada una de estas posturas, para luego sistematizar los argumentos que se han dado para fundar cada una de estas posiciones, siguiendo al efecto al profesor argentino Marcelo Midón.²⁷

2.1. Posiciones que postula la eficacia probatoria de la prueba ilícita

Esta posición es la que más se aviene y se ajusta a los fundamentos de un sistema inquisitivo, donde la búsqueda de la verdad histórica o material aparecen como el eje central del proceso penal, de modo que descartar los efectos de una prueba de acuerdo a la ilicitud que acarrea su obtención solo iría en contra del objetivo principal del procedimiento.

Al estar íntimamente vinculado con dicho sistema procesal penal, es que se podría considerar que fue durante largo tiempo la posición dominante en Latinoamérica.

Los partidarios de esta posición veían en la fuerza de convicción del elemento de prueba y su utilidad para el descubrimiento de la verdad, “una razón suficiente para su admisión y valoración, con independencia de la forma en que se hubiere obtenido”.²⁸ Así, desde el punto de vista de los objetivos del proceso, los que sostienen esta posición argumentan que no existe razón alguna para desconocer valor probatorio a estos elementos.

Esta posición queda muy bien reseñada, a nuestro juicio, por lo sostenido por la Corte Suprema de Estados Unidos, en *Irvine v. California*, donde se indicó que “El rechazo de la evidencia no hace nada por sancionar al oficial que actuó mal, mientras que puede, y probablemente provocará, liberar al imputado que actuó mal. Priva a la sociedad de sus remedios contra un quebrantador de la ley porque ha sido perseguido por otro. Protege a

²⁷ MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

²⁸ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit. p. 170

alguien contra el cual es descubierta evidencia incriminatoria, pero no hace nada por proteger a las personas inocentes que son las víctimas de los ilegales pero infructíferos registros”.²⁹

De acuerdo a esta postura, restarle valor probatorio a la prueba ilícita sólo acarrea un mal por otro mal. En este sentido, la ilicitud del actuar del ente persecutor no convierte en lícito el actuar del imputado, y, por tanto, las consecuencias de la institución no debiesen ser probatorias, dejando a salvo la admisibilidad y valoración de la prueba.

Con todo, no hay que confundirse, pues los partidarios de esta postura no desprecian los valores comprometidos en el respeto y protección de los derechos fundamentales, pero de acuerdo a los fines del proceso penal, y haciendo una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego, debe necesariamente prevalecer la reconstrucción de la verdad histórica. Por tanto, proponen otro tipo de consecuencias a la ilicitud, que, sin afectar la eficacia probatoria del elemento, sanciona el acto ilícito.

Entre estas consecuencias, generalmente se mencionan como disponibles “las acciones de indemnización de perjuicios que puede interponer el afectado, y las sanciones penales y administrativas que se pueden imponer al funcionario que comete la ilicitud”.³⁰

2.2. Posiciones que postulan la ineficacia probatoria de la prueba ilícita

La posición contraria a la expuesta precedentemente, es aquella que aboga por la ineficacia de los efectos probatorios del elemento de prueba que ha sido obtenido de forma ilícita, ya sea por la vía de la prohibición de valoración por el ente juzgador, y principalmente por la vía de la inadmisibilidad de la prueba ilícita. En torno a este punto, entre la ineficacia por la vía de la valoración o inadmisibilidad, nos haremos cargo en un apartado 3.5 de esta obra.

Por ahora, como modo de exposición genérica de esta postura, haremos una breve referencia al origen de la misma, la cual tiene una concepción jurisprudencial, principalmente en los Estados Unidos, pero que, en otras regiones del mundo, como España³¹ y Chile³², tiene un fundamento legal.

²⁹ Ibid, p. 171.

³⁰ Ibid, p. 172.

³¹ Art. 11.1 de la LOPJ prescribe que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

En Estados Unidos, la posición que aboga por la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, se denomina como la regla de exclusión (*exclusionary rule*), que constituye una barrera puesta a la incorporación de la prueba ilícita en la sede de admisión. Dos fueron los principales fallos norteamericanos que consolidaron esta postura, la cual es indiscutida en dicho país en la actualidad. En primer lugar, *Weeks v. United States*, que es “el primer caso donde la Suprema Corte de los Estados Unidos sostuvo la inadmisibilidad de la prueba obtenida en violación de la Enmienda IV, en el cual se negó eficacia a la evidencia obtenida a través de allanamientos y registros arbitrarios realizados por los agentes federales”.³³ Luego, y después de transcurrido más de 40 años, se incorpora a los sistemas estatales, a partir del caso *Mapp v. Ohio*, del año 1961.

Los que sostienen esta postura, contraria a la eficacia probatoria de la prueba ilícita, se fundan principalmente en el efecto disuasivo de la regla de exclusión.³⁴ Así, indican que las sanciones que hacen valer la responsabilidad civil, penal o administrativa del funcionario no son efectivas en la práctica, de modo que el único medio de asegurar un efectivo respeto por derechos fundamentales es mediante la ineficacia de los efectos probatorios. Sus razones van desde la “ingenuidad que constituye pretender que los propios organismos responsables de la ilicitud o los interesados en su admisibilidad (la policía y el ministerio público) instruyan las investigaciones administrativas y penales que le competen para la aplicación de estas sanciones, hasta la escasa relación de causa-efecto que existe habitualmente entre la violación de un derecho fundamental y la existencia de perjuicios indemnizables”.³⁵

Con el objeto de hacer un poco más clara la exposición, veremos en forma sistemática los argumentos que se han dado a favor y en contra de la regla de exclusión, siguiendo el orden ofrecido por el profesor Midón³⁶ como dijimos anteriormente.

2.3. Argumentos en Contra de la Exclusión

³² Vid infra 3.6.

³³ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit., p. 102.

³⁴ Vid Infra 3.4.5.

³⁵ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 174.

³⁶ MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial. op. cit., p. 72 y ss.

2.3.1. La búsqueda de la verdad justifica el empleo de cualquier medio

En este sentido, el argumento decisivo para sostener la eficacia del elemento probatorio es el fin buscado por el proceso penal, el cual es la reconstrucción histórica, de modo que es absolutamente necesario el descubrimiento de la verdad material, cualquiera sea su forma de obtención, pues de modo contrario no podríamos alcanzar el fin primordial el cual consiste en la defensa social. En ese entendido, el fin (búsqueda de la verdad material) justificaría el empleo de cualquier medio (elemento probatorio obtenido con vulneración de derechos fundamentales).

2.3.2. 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 prueba -en ocasiones categóricas y concluyentes- de la comisión de un delito. Por ende, lo que corresponde es “admitir la prueba, preconizándose la sanción (penal, civil o administrativa) del responsable del ilícito”.³⁷

2.3.3. El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el acto investigado

A lo que se refiere esta idea es que el acto ilícito cometido por el ente persecutor no extingue la responsabilidad criminal del imputado investigado. En muchas ocasiones, el prescindir de la prueba ilícita, por la vía de la inadmisibilidad, implica desprender al Ministerio Público de una prueba que puede ser concluyente para sustentar su acusación, de modo que si es excluida, carecerá de los medios para llevar adelante el juicio oral y obtener una sentencia condenatoria, pese a que se tiene certeza de la participación punible del imputado en los hechos, debido a que hay un medio que la demuestra, pero que no puede ser utilizada en el proceso, de modo que conllevará la absolución del delincuente (sea cual sea el delito o crimen que haya cometido), por estimarse más grave la no observancia celosa de la ley por parte del funcionario.

2.3.4. El alto costo social de la exclusión

Esta idea va de la mano del costo que paga la sociedad por la exclusión, en el entendido que se pierden las finalidades propias del derecho penal. En este sentido, argumentan que la

³⁷ Ibid, p. 76.

exclusión “privaría de eficacia a las normas que tienden a evitar las conductas que la colectividad reputa indeseables, porque ya no sólo el delincuente no recibirá su condigno castigo, sino que además la pena perdería la finalidad 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”.³⁸

2.3.5. El falso efecto persuasivo

Otro de los argumentos importantes para aquellos que postulan la eficacia de la prueba ilícita dice relación con el falso efecto disuasivo que provoca la exclusión de la prueba ilícita, toda vez que el directo afectado por la exclusión no es el funcionario policial que realizó el procedimiento de obtención de la prueba de forma ilícita, sino que el Ministerio Público, y en último término, la misma administración de justicia, pues se frustra un importante medio de prueba que permitiría condenar al delincuente. Por esta razón, aquellos que pregonan esta postura, consideran mucho más adecuado, como disuasivo, el hacer efectivas las responsabilidades penales, administrativas y civiles del funcionario, pues recién ahí se estaría tomando medidas directas ante su actuación ilícito; no por la vía de la exclusión, donde muchas veces ni se enteran de la suerte que haya seguido en el procedimiento del cual participaron en la etapa de investigación.

2.3.6. La exclusión es una regla indiscriminada

Por último, se sostiene que la regla de exclusión peca de excederse de sus propios fines, debido al uso indiscriminado de la misma. Se sostiene 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 arresto legítimo, sin perjuicio de carecer de la orden correspondiente) y los que han sido deliberadamente practicados en contravención al orden jurídico vigente”.³⁹

2.4. Argumentos a Favor de la Exclusión

³⁸ Ibid, p. 78.

³⁹ Ibid, p. 79.

2.4.1. El fundamento ético

Este fundamento se sostiene sobre una premisa básica: Que al Estado y, por ende, a la Administración de Justicia en tanto función estatal, 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 que simplemente esos objetivos no justifican el empleo de cualquier medio”.⁴⁰

Este argumento fue el que se usó para concluir una importante sentencia en relación a la materia de estudio por parte de la jurisprudencia argentina, más específicamente la Suprema Corte, que en el año 1981 en el caso “*Montenegro, Luciano Bernardino*”, sostuvo que: “otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la beneficiaria del hecho ilícito”.⁴¹

En este mismo sentido, se podría sostener que, por un lado, el aprovechamiento de medios de prueba obtenidos ilícitamente para fundar una sentencia implicaría incurrir en una contradicción, toda vez que la “Justicia” se vería resentida si quienes deben velar porque las leyes sean cumplidas son los primeros en violarlas, y por el otro, el proceder del Estado debe “ajustarse a la ley como imperativo del estado de derecho y admitir la viciadas probanzas significaría desconocer la función ejemplar que los actos estatales deben predicar de cara a la comunidad”.⁴²

2.4.2. El inevitable precio del sistema

Íntimamente vinculado con el argumento anterior, aparece este nuevo fundamento, que en razón de un criterio de ponderación entre dos intereses sumamente valiosos, tales como el castigo del delito y la dignidad de las personas, obliga que en caso de tratarse de una prueba obtenida a través de medios ilícitos se deba prescindir de ella, aun cuando eso signifique la

⁴⁰ Ibid, p. 52

⁴¹ “Montenegro, Luciano Bernardino”, 10/12/81, fallos CSJN 303:1938, Considerando 5°.

⁴² MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial. op. cit., p. 57.

impunidad de un delito, pues es el precio que toda sociedad democrática debe pagar si estima como valor universal la dignidad de la persona humana y los derechos esenciales que emanan de la misma.

Por tanto, al ser dos intereses que se contraponen en sí, debe necesariamente sacrificarse el de menor jerarquía. Ergo, “como a la dignidad humana habrá de reconocérsele primacía, la eventual inmunidad del delincuente habrá de convertirse en el inevitable precio del Estado de Derecho”.⁴³

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

De acuerdo a los argumentos precedentes, podemos sostener que se excluía la prueba obtenida por medios ilícitos debido a una supremacía asignada a uno de los axiomas, por estimársele de mayor valor. Ahora bien, considerando que Chile posee un ordenamiento jurídico que tiene en su cúspide la Constitución, los principios, derechos y garantías contenidos en dicho cuerpo normativo representan un límite que no puede ser sobrepasado. Y cuando de facto ese avance acontece, la norma, acto o hecho habrá de reputársele 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; debido proceso legal, etcétera), se hallan reconocidos y tutelados por las Constituciones y los 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 buena salud y buen funcionamiento del sistema”.⁴⁴

⁴³ Ibid, p. 60.

⁴⁴ Ibid, p. 64.

Por lo tanto, “no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados sino la Constitución misma”.⁴⁵ No es sino una adecuada interpretación de la Constitución y de los Tratados Internacionales sobre la materia, ratificados por Chile y cuyo contenido es elevando a rango constitucional por el mandato del inciso 2° del artículo 5° de la Carta Magna, la que nos lleva a inadmitir los elementos de prueba obtenidos por medios reñidos con los derechos fundamentales, y no la regla de exclusión, la que no hace otra cosa que confirmar el efecto producido por la contravención de los derechos y garantías contenidos en dichos instrumentos.

2.4.4. El derecho a prueba no es absoluto

El derecho a prueba, aun cuando se halla constitucionalmente asegurado, por estar inserto en las garantías de la acción y de la defensa y el contradictorio, no es absoluto, pues reconoce ciertos límites. Son ejemplos de los mismos las prohibiciones para deponer a las personas que deben guardar secreto, o la negativa para declarar por parte de parientes o afines del acusado.

De acuerdo a lo que hemos expuesto en párrafos precedentes, el proceso sólo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes. Que este derecho no pueda considerarse absoluto, obliga a que sus límites deban ser cuidadosamente preservados para salvaguardar la legalidad de la misma, ya que “la búsqueda de la verdad no autoriza al juez ni a las partes a sobrepasar los límites éticos y legales colocados en el proceso penal sensible a los valores de la dignidad humana”.⁴⁶

En este sentido, Roxin⁴⁷, 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 de nuestro estado.

⁴⁵ CARRIÓ, A. Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 236.

⁴⁶ Ibid, p. 67.

⁴⁷ ROXIN, C. Strafverfahrensrecht, München, 1983, citado por MIDÓN, M. Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial, op. cit., p. 67.

2.4.5. El efecto persuasivo de la exclusión respecto de futuros procedimientos irregulares

Este es el último de los argumentos sistematizados por el profesor Midón, siendo casi el fundamento por excelencia para originar la regla de exclusión de la prueba ilícita en la jurisprudencia estadounidense. Este argumento tiene una particularidad en relación a los demás reseñados: es el único que tiene una perspectiva de futuro, que busca trascender más allá del caso concreto en que se está excluyendo la prueba, por la vía de la educación para evitar futuras conductas atentatorias de los derechos fundamentales por parte de los entes encargados de la investigación penal.

En este sentido, el profesor al que hemos venido siguiendo en esta sección de la exposición, basándose en la jurisprudencia norteamericana, formula el argumento de la siguiente manera: “El excluir de un proceso la prueba ilegalmente conseguida ejerce un notable efecto disuasorio respecto de futuros procedimientos irregulares. No debe olvidarse que la policía está permanentemente sometida a directrices y presiones gubernamentales dirigidas a una mejor estadística de casos resueltos. 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”.⁴⁸

Este es el conocido efecto persuasivo o correctivo (“*deterrence*”), que junto con estimarse como un potente argumento para aceptar la ineficacia de la prueba ilícita, cumple un rol educativo fundamental para las policías, ya que al quitarle valor a los medios obtenidos mediante procedimientos ilícitos, incentiva el correcto desenvolvimiento de la función investigativa en aras de una mayor eficiencia, que además se condiga con el respeto y la promoción de los derechos fundamentales, lo cual es del todo deseable en un Estado de Derecho como nuestro país.

Ahora bien, atendiendo que la ineficacia de la prueba ilícita es la postura adoptada por nuestro país, esta será la sanción que analizaremos en adelante. El objeto de esta tesis consiste en el estudio de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema en la época actual, de modo que las consecuencias jurídicas que se le asignen a esta institución, aplicando la ley vigente al respecto, es de suma importancia.

⁴⁸ MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial. op. cit., p. 70.

Por esta razón, nos gustaría abarcar las dos vertientes que sustentan la ineficacia de la prueba ilícita, para argumentar cuál de las dos es la que nos parece más adecuada atendiendo a los fines de la institución, y exponer la posición adoptada por Chile, contenida en una sola frase del inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal.

2.5. Ineficacia de la prueba ilícita, ¿Problema de admisibilidad o de valoración?

Cuando enfrentamos esta problemática, tomamos una definición no sólo sobre cómo vamos a eliminar los efectos probatorios de la prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, sino que también es relevante pues determina qué Tribunal de los que tienen competencia penal será el encargado de tomar la decisión y la instancia procesal en que se dirimirá la ineficacia.

Las dos vertientes de la ineficacia de la prueba ilícita son: Por un lado, la que considera que la barrera contra la prueba ilícita ha de establecerse a nivel de admisión, y por el otro, la que entiende que ha de establecerse a nivel de valoración.

Como dijimos anteriormente, la diferencia no es banal. Por una parte, seguir la posición que postula la ineficacia en sede de admisión, implica que el tribunal que ha de juzgar el asunto - El Tribunal Oral en lo Penal en nuestro sistema- al momento de adoptar la decisión condenatoria o absolutoria ni siquiera conocerá del elemento probatorio que se vio contaminado por la ilicitud, por cuanto será el Juez de Garantía, en una fase previa al desarrollo del Juicio Oral, en la audiencia de preparación del mismo, el encargado de excluir o no dicha prueba. Por ende, si adopta la decisión de excluirlo, y dicha decisión no es revocada por la Corte de Apelaciones respectiva en sede de apelación⁴⁹, el Juicio Oral tendrá que necesariamente desarrollarse sin dicho elemento probatorio, sin que puede introducirse por ningún medio en atención a la exclusión.

Por el contrario, si establecemos la barrera en sede de valoración de la prueba, lo que ocurrirá será que el elemento probatorio será necesariamente rendido a través de algún medio de prueba en el Juicio Oral, y por ende será conocido por el Tribunal Oral en lo Penal, pero sujeto a la prohibición de valorar dicho medio al momento de formar su convicción. Lo que

⁴⁹ Recordar que el inciso 2° del art.277 le concede al Ministerio Público la facultad de apelar en contra del auto de apertura cuando haya sido excluido del mismo prueba de cargo en atención a lo dispuesto en el inciso 3° del art.276, esto es, cuando se haya excluido pruebas provenientes de actuaciones declaradas nulas y cuando *hubieren sido obtenido con la inobservancia de las garantías fundamentales*.

ocurrirá, en este caso, será que los jueces, una vez que conocen las circunstancias de su obtención, y deciden declararlo ilícito, tendrán que hacer un ejercicio mental que consiste en una supresión hipotética, pues no pueden considerarlo de modo alguno para fundar la sentencia.

Utilicemos un ejemplo que permita graficar la diferencia entre ambas vertientes. En virtud de una entrada y registro ilegal, la policía incauta diversas especies que habían sido denunciadas como sustraídas por parte de una víctima, y se encontraron en el domicilio del imputado.

Si ponemos la barrera a nivel de admisión, cuando el fiscal ofrezca dichas especies como prueba para ser rendidas en el Juicio Oral, se deberá decidir, en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, oficiada por el Juez de Garantía, el incluirlas o no en el auto de apertura. Al ser obtenidas en virtud de un registro ilegal, que contraviene el derecho a la vida privada y la inviolabilidad del hogar, naturalmente tendrá que ser excluida, de modo que el Juicio Oral en ningún momento se tomará conocimiento de dicha prueba.

Por el contrario, si la barrera es establecida a nivel de valoración, dicho debate en torno a la ilicitud se diferirá hasta la audiencia misma de Juicio Oral, de modo que una vez conocidas las circunstancias de su obtención –y consecuentemente la información que se quería rendir con dicho medio de prueba- el Tribunal Oral en lo penal tendrá que prescindir de la misma, suprimiendo mentalmente su existencia, sin poder valorarla a la hora de formar su convicción.

Teniendo a la vista ambas vertientes, creemos que la que impide el acceso del elemento probatorio es la única que realmente es compatible con un adecuado respeto a los derechos fundamentales y al evitar hacer uso de los efectos probatorios de las fuentes de prueba obtenidos de forma ilícita.

Esto se debe a la dificultad intrínseca que supone exigirles a los jueces que se abstraigan del hecho conocido mediante la prueba ilícita, y que esto no afecte su convicción por el mero hecho de tomar conocimiento de la ilicitud. Por esta razón, cuando la prueba ilícita se ataca a nivel de valoración, lo único que realmente sucede es que los sentenciadores disfrazan, en la fundamentación de la sentencia, el impacto que en su ánimo ha causado la prueba ilícita, “acudiendo a la mención de elementos probatorios válidos para justificar una convicción que, en la realidad de los hechos, han formado en sus mentes considerando también la prueba

ilícitamente obtenida. Y esto lo hace, incluso actuando de absoluta buena fe, en la convicción de que son capaces de prescindir mentalmente de dichos elementos probatorios”.⁵⁰

En este mismo sentido lo entiende Muñoz Sabate, que indica que bajo “nuestra concepción fenoménica de la prueba es indudable que el único modo de hacer viables (sic) la tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita sea centrando su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, y una vez más se verá obligado el juzgador, a fin de violentar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada”.⁵¹

En suma, el hecho de hacer el control en sede de valoración implica, pese a que se haga de buena fe y sin la intención de realizarlo, un eufemismo para utilizar como prueba de cargo contra el imputado los elementos de prueba obtenidos con infracción a los derechos fundamentales, toda vez que existe una imposibilidad de hecho para prescindir de ellos una vez que el Tribunal ha tomado conocimiento de éstos, de modo que mediante una presunta justificación en otros medios de prueba, tenderá a incorporar la información de la cual ha tomado conocimiento sólo en virtud de un elemento ilícito que el mismo Tribunal dice rechazar.

Por estas razones, es que estimamos que la decisión legislativa chilena, cuando se reformó el sistema procesal penal y se incorporó la ineficacia de la prueba ilícita a nuestro ordenamiento, fue la más adecuada, pues en términos muy simples puso la barrera en contra de los efectos en sede de admisión y no en la sede de valoración.

En atención a esto último, lo que resta dilucidar en torno a la ineficacia de la prueba ilícita en nuestro país es el análisis de la normativa relativa al tema, contenida en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal penal, que será revisada a continuación. A este respecto, seguiremos el análisis esbozado por la jueza y profesora María Francisca Zapata, quien de forma muy esquemática y clara analiza la regla de exclusión establecida en dicho artículo.

⁵⁰ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 179.

⁵¹ MUÑOZ SABATE, L., Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Editorial Praxis S.A., 4a ed., Barcelona, 1993, p. 77.

2.6. Análisis de la regla de exclusión establecida en el art.276 del Código Procesal Penal

El artículo 276 del Código Procesal Penal, que trata de la exclusión de pruebas para el juicio oral se encuentra dividido en cuatro incisos. De estos, el que nos resulta relevante para el tema que venimos tratando es el tercero, que prescribe en términos literales que:

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

Antes de entrar en profundidad a esta norma, vemos que contiene una regla de exclusión para dos supuestos distintos.

En primer lugar, debe ser excluida del juicio oral la prueba que provenga de actuaciones declaradas nulas, lo que no es precisamente la prueba ilícita en los términos restringidos al cual hemos adherido al inicio de esta exposición, por no tratarse de actuaciones que hayan infringido los derechos fundamentales, que es el elemento decisor a la hora de hablar de prueba ilícita.

Esto implica que el Código optó por hacer extensiva la regla de exclusión a otras categorías de pruebas, entre las que se encuentra la prueba ilegal, contenida en este inciso, como también la prueba manifiestamente impertinente, la que tuviere por objeto acreditar hechos públicos y notorios, y también la que fuere puramente dilatoria en cuanto los hechos que deben ser probados. Todos estos elementos probatorios deben ser excluidos de ser rendidos en el juicio, haciendo aplicable la regla de extensión.

Esto nos denota que es un error el identificar plenamente los términos de “regla de exclusión” con la “prueba ilícita”, siendo esta última uno de los tantos tipos de prueba a los cuales se les aplica la regla de exclusión con el objeto de prescindir de sus efectos probatorios.

En segundo lugar, se encuentra propiamente la prueba ilícita, la cual abordaremos en seguida.

Como dijimos anteriormente, y dada la importancia que posee este inciso para nuestra exposición, seguiremos la estructura aducida por la profesora Zapata⁵², quien, mediante un

⁵² ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit., p. 35 y siguientes.

análisis exegético de la norma, deja establecida la extensión y límites de la regla de exclusión contenida en la misma. Para tal efecto, se dividirá en cuatro partes la frase “*el juez excluirá las pruebas obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales*”.

2.6.1. “El juez excluirá”

Se trata de un mandato absolutamente imperativo para el juez en torno a descartar la prueba ofrecida, de modo que se excluya del auto de apertura de juicio oral. De esta forma, mediante ese simple uso de palabras, el Código Procesal Penal adhiere a la ineficacia de la prueba ilícita por la vía de la admisibilidad, dejándola fuera de la resolución que tiene dentro de sus menciones, como indica el artículo 277 letra e) del Código “*Las prueba que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a previsto en el artículo anterior*”.

En este sentido, al vincular el artículo 277 con el 276, se desprende que sólo serán rendidas como prueba los medios de prueba que hayan superado el control de admisibilidad que debe efectuarse ante el Juez de Garantía en la etapa de preparación de Juicio Oral.

Podría entenderse que esto contradice los términos del artículo 295, que establece la libertad de prueba como la primera de las disposiciones generales de la prueba en materia procesal penal, pero tal contradicción es sólo aparente, si la interpretamos en toda su dimensión.

Dicho artículo establece que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso podrán probarse por cualquier medio “*producido e incorporado de conformidad a la ley*”. Para que un medio sea incorporado de conformidad a la ley, es absolutamente necesario que se encuentre comprendido dentro del auto de apertura de juicio oral, debido a que esa es la forma por al que optó el legislador para poder rendir pruebas en la etapa procesal al efecto, esto es, la audiencia de juicio oral.

Si bien esta norma reconoce algunas excepciones⁵³, estas son muy estrictas y de ninguna manera tienen el efecto ni la intención de evitar la no rendición de prueba obtenida de forma ilícita que no hayan superado el filtro impuesto por la audiencia de preparación de Juicio Oral.

⁵³ Por ejemplo, el artículo 336 que permite rendir prueba que no se haya ofrecido oportunamente, siempre que se justificare que no se ha tenido conocimiento de la misma sino hasta el momento en que se está ofreciendo.

2.6.2. “Las pruebas obtenidas”

Lo excluido, 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”.⁵⁴

A lo que se refiere esta idea, es que lo que se excluye no es el medio de prueba particular que será rendido en el juicio, sino que el elemento probatorio apto para producir fe, para que este no sea introducido al juicio a través de ningún medio de prueba.

Esta forma de comprender esta frase, es consistente con el trasfondo de la exclusión de la prueba ilícita: reconocer y proteger los derechos fundamentales. Si lo que se excluyere fuere sólo el medio de prueba, esa fe de la que es apta de producir el elemento probatorio podría ser incluido a través de otro medio, engañando así la intención de prescindir de cualquier elemento que haya sido obtenido con infracción de los derechos fundamentales, entendiendo estos como los límites del ejercicio de la jurisdicción, que al ser una emanación de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y por tanto es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados tanto por la Constitución como también de los Tratados Internacionales sobre la materia que hayan sido ratificados por Chile, según los términos del artículo 5 de la Constitución Política de la República.

Un ejemplo podría ayudar a clarificar esta situación. Imaginemos que se excluye el arma homicida (objeto material), por haber sido el fruto de una entrada y registro ilícito en los términos del artículo 205 y 206 del Código Procesal Penal.

Si entendemos que lo excluido por este mandato es sólo el medio de prueba (objeto material), podríamos burlar el sentido de la norma incorporando al juicio dicha prueba mediante la declaración de un testigo (prueba testimonial del carabinero que realizó la actuación) o mediante una fotografía del mismo (prueba documental), de modo que toda la protección

⁵⁴ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit., p. 36

que hemos venido construyendo hasta este momento se derrumbaría, y se perdería todo el sentido de la institución en estudio, pues necesariamente se conocerá el elemento probatorio en juicio, y se utilizará como prueba de cargo contra el imputado pese a su ilícita obtención.

2.6.3. “Con Inobservancia”

En relación a este término, hay que recalcar que lo que produce la ilicitud es que, durante el procedimiento de obtención del elemento probatorio, no hubo una observancia de las garantías fundamentales.

Observancia es “cumplimiento exacto y puntual de los que se manda ejecutar”⁵⁵, por lo que en términos simples entenderemos que hay inobservancia cada vez que falta “un cumplimiento exacto y puntual de las garantías fundamentales”.⁵⁶

2.6.4. “De garantías fundamentales”

En relación a este punto, vale la pena detenerse para realizar unas distinciones, que han de pulir los términos utilizados por el legislador. El art. 276 habla de inobservancia de “garantías fundamentales”, en circunstancias que durante todo este trabajo de investigación hemos hablado de prueba obtenidas con infracción de “derechos fundamentales”, de modo que se vuelve menester realizar una distinción entre ambos conceptos, para comprender a qué se refiere esta norma.

Entre estos dos conceptos, la mayoría de la doctrina entiende que “no son idénticos entre sí, sino que habría una diferencia esencial entre ellos, en términos que el derecho está *tutelado* por la garantía”.⁵⁷

En este entendido, 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

⁵⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición.

⁵⁶ ZAPATA, M. loc. cit.

⁵⁷ Ibid, p. 37.

asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”.⁵⁸

Para Ferrajoli, siguiendo esta línea que distingue conceptualmente entre derechos subjetivos y garantías, entiende que los primeros son, “entonces, las expectativas positivas o negativas atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, mientras que las garantías son los deberes correspondientes, dictadas por normas jurídicas. A su vez, las garantías pueden clasificarse entre “garantías primarias”, que consisten en obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos; o “garantías secundarias”, que son obligaciones de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones”.⁵⁹

De acuerdo a lo expuesto, es que podemos sostener que existe una relación de tutela por parte de las garantías hacia los derechos, y por tanto no son términos idénticos.

Así las cosas, analizada la norma del artículo 276 inciso tercero a la luz de la distinción efectuada precedentemente, se puede concluir que la regla de exclusión constituye una garantía secundaria, toda vez que sanciona con ineficacia (por la vía de la inadmisibilidad) la violación a las obligaciones o prohibiciones correlativas de los derechos subjetivos, atribuida a un sujeto por la norma jurídica.

Tal como piensa Francisca Zapata, creemos que el legislador, al redactar la norma del artículo 276, no tuvo a la vista la distinción, y que asimilaba ambos conceptos, o bien, entiende que el aseguramiento del derecho, de acuerdo a la redacción propia del artículo 19 de la Constitución, constituye una garantía del mismo. Esto se condice de buena manera con aquellos que entienden que los derechos fundamentales “son innatos y anteriores a cualquier ordenamiento jurídico, y que son consagrados en las Cartas Fundamentales por otros motivos, tales como darles mayor divulgación, garantizar debidamente su ejercicio y para reglamentarlos adecuadamente”⁶⁰, y no que son otorgados por dicho cuerpo normativo.

⁵⁸ FERRAJOLI, L., Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

⁵⁹ Ibid, p. 20.

⁶⁰ VERDUGO, M., PFEFFER, E., Y NOGUEIRA, H. Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1999, p. 192.

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 las Constitución.

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 emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

De este modo podemos concluir 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”.⁶¹

Ya hemos analizado en qué consiste la institución de la prueba ilícita, y además hemos revisado cuales son las consecuencias jurídicas que se le atribuyen, estableciendo claramente cuál es el ámbito de aplicación de la misma y en qué casos ha de aplicarse.

Antes de entrar en la parte central de la tesis, la cual consiste en un análisis de la jurisprudencia de los últimos años emanada por el máximo Tribunal de la República sobre la materia de estudio, nos gustaría hacernos cargo de las diferentes oportunidades procesales en las cuales tiene aplicación la regla de exclusión de la prueba ilícita, pues es particularmente relevante para esta exposición no solo la exclusión que se da en la audiencia preparatoria de juicio oral por parte del Juez de Garantía, sino que también la que se puede dar en sede de recurso de nulidad por parte de la Corte Suprema, pues es en conocimiento de dicho recurso que se dictaron las sentencias que serán el objeto del análisis.

⁶¹ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit., p. 39 y 40.

Capítulo III: Oportunidades para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile

Como vimos anteriormente, de acuerdo al análisis de la regla de exclusión contenida en el artículo 276 de Código Procesal Penal, nuestro país optó por sancionar la ineficacia de la prueba ilícita en sede de admisibilidad.

De acuerdo a la estructura propia del juicio ordinario en sede penal, esto implica que la oportunidad procesal donde se discuta la ilicitud de un elemento probatorio sea por excelencia la audiencia de preparación de juicio oral, en la cual, mediante una resolución fundada pronunciada por el Juez de Garantía, éste deseche la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento que no haya fructificado la exclusión promovida en la fase intermedia, el sistema prevé una segunda oportunidad para hacer valer la ineficacia de esta institución, mediante la interposición de un recurso de nulidad, para que sea la Corte Suprema la que decida si debe excluirse o no la prueba que haya sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales.

3.1. La ilicitud de la prueba durante la audiencia de preparación de juicio oral

Cuando estudiamos la prueba ilícita en nuestro país, necesariamente debemos detenernos en la norma contenida en el artículo 276, la cual hace operativa en materia procesal penal la inadmisibilidad de la prueba ilícita.

Esta norma se encuentra inserta en Libro II, Título II, Párrafo 3° del Código Procesal Penal, titulado “Desarrollo de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral”, de modo que esta será la oportunidad procesal por excelencia para controlar la ilicitud de la prueba.

Como hemos venido sosteniendo, que esta sea la oportunidad por excelencia no es baladí, sino que es consistente con la decisión legislativa de sancionar la eficacia de la prueba ilícita en su vertiente de *admisión* de la prueba y no en la de *valoración* de la misma, pues si ese fuere el caso, necesariamente sería la audiencia del Juicio Oral, la cual es oficiada por el Tribunal Oral en lo Penal, la oportunidad procesal por excelencia para el control de esta institución.

Tal como se sostuvo en su oportunidad, el objetivo de inadmitir la prueba es precisamente que el elemento probatorio no sea siquiera conocido por Tribunal competente para conocer del juicio, siendo la sanción más eficiente para descartar los efectos de la prueba obtenida

ilícitamente, pues impide cualquier tipo de valoración, sea esta formal o informal sobre la misma, por parte del Tribunal que dictará la sentencia definitiva, sea esta de absolución o de condena.

Una vez hecha la precisión anterior, revisemos someramente cómo se desarrolla la audiencia, para que quede claro en qué momento se producirá el control. Para ello, nos basaremos en lo sostenido en el artículo 266 y siguientes del Código Procesal Penal.

En primer lugar, esta audiencia comienza con una exposición sintética, efectuada por el Juez de Garantía, de las presentaciones que haya efectuado los intervinientes. Luego, en el evento que no haya habido defensa escrita del imputado, el juez le dará la oportunidad de hacerlo verbalmente, siendo particularmente relevante lo que dice relación con las excepciones de previo y especial pronunciamiento, pues el juez deberá resolverlas de inmediato en esta audiencia, salvo los casos en que se le permite excepcionalmente dejar la resolución de la cuestión planteada para la audiencia de juicio oral.

Una vez concluido lo anterior, entramos de lleno en el objeto principal de la audiencia, tal como su nombre lo indica: preparar la entrada al juicio. Esto implica, necesariamente, hacerse cargo de las pruebas ofrecidas por las partes, las cuales eventualmente serán rendidas en el juicio oral. Decimos eventualmente pues deben superar un filtro impuesto por esta propia audiencia, la cual tiene como uno de sus principales objetivos la *depuración* de la prueba ofrecida.

En este sentido, en atención a lo dispuesto en el artículo 272, se abrirá un debate acerca de las pruebas ofrecidas, donde se podrán formular las “solicitudes, observaciones y planteamientos” que se estimaren relevante en relación a la prueba ofrecida por los demás, “para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del art. 276”.

Acá es donde cobra relevancia la institución en estudio, y éste es el momento donde el imputado y su defensor deben hacer valer las solicitudes de exclusión de prueba por haberse obtenido con inobservancia de las garantías fundamentales, las cuales deberán ser resueltas mediante resolución fundada por el Juez de Garantía.

Esto es sumamente relevante, pues sólo la prueba que haya superado este “filtro” o control por parte del Juez, podrá ser rendida en el juicio oral, de acuerdo a lo expresado en la letra e)

del artículo 277 que versa sobre el contenido del auto de apertura. Esto es especialmente importante para la institución en estudio, pues el legislador manifiestamente decidió “no incluir la decisión sobre exclusión de prueba entre las menciones de esta importante resolución, para asegurar la efectividad de la exclusión”.⁶²

Con la dictación del auto de apertura de juicio oral concluye la audiencia, resolución que también tiene entre sus menciones esenciales la determinación de la o las acusaciones que deberán ser el objeto del juicio.

Antes de revisar la segunda oportunidad procesal prevista para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita, nos parece relevante hacernos cargo de dos posibles interrogantes que podrían surgir en torno a la exclusión de la prueba ilícita en la audiencia de preparación.

En primer lugar, uno podría preguntarse si el Juez de Garantía puede excluir de oficio la prueba ilícita, en aquellos casos en que el defensor no haya promovido discusión alguna al respecto.

La respuesta se obtiene a partir de la lectura del artículo 276, el cual en términos imperativos impone al Juez de Garantía la aplicación de la regla de exclusión. Esto, además, resulta de toda lógica si se considera que a éste Tribunal le corresponde, conforme al art. 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales, la función de “asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

Siendo la función de control de la prueba ilícita el arma más poderosa en manos del juez de garantía para asegurar que los actos de investigación no afecten garantías fundamentales durante la etapa de investigación, resultaría un “contrasentido que esta función básica del juez pudiera quedar condicionada a la iniciativa de las partes”.⁶³

Por ello, si bien consideramos deseable que sea el defensor quien promueva el debate con el objeto de obtener la exclusión de la prueba, si éste no lo hace, no se le puede privar al Juez de Garantía el cumplir su función principal, la cual consiste en la cautela de garantías, de modo que indefectiblemente puede actuar de oficio en estos casos.

⁶² HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 193.

⁶³ Ibid, p. 213.

En segundo lugar, podría aparecer la interrogante relativa a si el Ministerio Público tiene legitimación activa para solicitar la exclusión de pruebas de descargo que se hayan obtenido de forma ilícita. Nos parece que, para resolver esta pregunta, es necesario referirse a los fundamentos que legitiman la exclusión de la prueba ilícita, ya que estos entregan los lineamientos necesarios para descartar esta posibilidad.

La institución de la prueba ilícita está unida de forma indisoluble de los excesos cometidos por el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y, fundamentalmente, en la actividad de investigación propia de la persecución penal.

Como vimos en párrafos precedentes, inherentemente a esta institución se encuentra una ponderación entre dos principios que son deseables desde el punto de vista del proceso penal: por un lado, la reconstrucción de la verdad histórica, en aras de poder sancionar las conductas que nosotros mismos como sociedad hemos tipificado como merecedoras de penas, mientras que, por el otro, está el respeto a los derechos fundamentales en la tramitación del procedimiento, sacrificando por ende el interés estatal y social de la aplicación de la pena para hacer prevalecer el interés público existente en el respeto de los derechos fundamentales, como exigencia esencial dentro de un Estado Democrático de Derecho.

Sin embargo, cuando se trata de prueba de descargo, parece evidente que “el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho de defensa y con un interés estatal preferente por impedir condena de inocentes”.⁶⁴

De acuerdo a esto último, no se ve una colisión entre dos principios que nos obligue a optar por sacrificar uno para hacer prevalecer el otro, sino que ambos se identifican y se vuelven uno solo: El reconstruir la historia con el objeto de aplicar la pena a aquellos que hayan tenido una participación punible dentro de un hecho que reviste los caracteres de delito, de modo que el Ministerio Público no tendría legitimación activa para solicitar la exclusión de prueba de descargo obtenida ilícitamente.

Esto podría, también, confirmarse normativamente, si tenemos a la vista el principio de objetividad que rige la investigación del Ministerio Público, que lo obliga a investigar con el

⁶⁴ Ibid, p. 216.

mismo celo no sólo los antecedentes que sustenten la responsabilidad del imputado, sino que también los antecedentes que la extingan. Además, como sostiene Hernández Basualto⁶⁵, una correcta interpretación del artículo 277 nos llevaría necesariamente a sostener que el Código Procesal Penal también deniega esta legitimación activa al fiscal, toda vez que es el único que sufre agravio si se excluyen las pruebas ilícitas (en el entendido que es el único que puede apelar contra el auto de apertura), de modo que, a contrario sensu, éste ente no se encontraría habilitado para solicitar la exclusión de la misma.

3.2. La ilicitud de la prueba como fundamento del recurso de nulidad

La segunda oportunidad prevista expresamente para lograr la inadmisibilidad de la prueba ilícita en nuestro sistema procesal penal es precisamente a través de éste recurso. Debido a la importancia que presenta éste método de impugnación para la adecuada inteligencia de nuestro trabajo, nos gustaría hacernos cargo de ciertos aspectos del mismo, para una correcta comprensión de la institución.

Cuando se reformó el sistema procesal chileno, uno de los puntos que generó mayor discusión fue la modificación del régimen recursivo para impugnar las resoluciones. Nuestra tradición jurídica tenía bastante arraigada la idea de un recurso de apelación de amplia procedencia, constituyendo el principio de la doble instancia.

Una de las principales reformas que se hizo fue el limitar, y restringir, el recurso de apelación, de modo que salvo los casos para los cuales se le consideró expresamente, no resulta aplicable como método válido de impugnación. Las resoluciones que son dictadas por el Tribunal Oral en lo Penal no se encuentran dentro de la causal que hace procedente este recurso, ni siquiera la sentencia definitiva que pone término al juicio oral. De este modo, se puede sostener sin problemas que el Tribunal Oral en lo Penal resuelve el conflicto penal en única instancia.

El resolver en única o primera instancia no resulta baladí, pues implica necesariamente el otorgarle competencia al tribunal superior que conocerá del recurso para conocer -y eventualmente modificar- los hechos que se hayan establecido por parte del tribunal de

⁶⁵ HERNANDEZ, H., La exclusión de la prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2005, p. 90.

menor jerarquía. Por tanto, el prohibir la apelación de la sentencia que emana del juicio oral, implica que habrá un sólo tribunal competente para el establecimiento de los hechos.

Esta idea de limitar la doble instancia va íntimamente vinculada con los principios de inmediación, oralidad y economía procesal, que son fundamentales dentro de los cimientos del sistema procesal penal reformado.

Se confía en que el Tribunal que dictará la sentencia en juicio oral -ya sea el Tribunal oral en lo penal conociendo del juicio ordinario, o bien el Juez de Garantía conociendo del procedimiento simplificado o de acción penal privada- deben formar su convicción, más allá de toda duda razonable, en base a la prueba que hayan apreciado de forma directa y a través de sus propios sentidos, producida durante el juicio oral. El aceptar la doble instancia, y hacer, a su vez, procedente ese estándar de convicción, significaría que habría que repetir todo el juicio, pero ante la Corte de Apelación, lo cual a todas luces sería un despropósito en consideración al grado de especialización exigido a los jueces con competencia criminal, como también a la eficiencia del sistema y de los recursos asignados al mismo.

Por todo lo anterior, resultó absolutamente imprescindible la creación de un nuevo recurso, que permita cumplir con el derecho al recurso⁶⁶, el cual es una garantía integrante del derecho al debido proceso legal, que permita la revisión integral de la sentencia por parte del tribunal superior jerárquico, pero sin que sea lesivo al respeto de los principios propios del sistema reformado, así como también a la convicción exigida. Este recurso es el denominado recurso de nulidad.

Habiendo hecho las precisiones anteriores, avoquémonos al estudio de este recurso, y su vinculación con la prueba ilícita.

El recurso de nulidad puede ser definido como un "recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el

⁶⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos declara en su artículo 8.2.e) que entre las garantías mínimas a que tiene derecho toda persona, en plena igualdad, durante un proceso penal, se encuentra el "derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior".

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 encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo”.⁶⁷

Es extraordinario en los dos sentidos que la doctrina le atribuye a dicha clasificación: por un lado, porque sólo procede contra las resoluciones que expresamente la ley las hace recurrible -sentencia definitiva dictada en el procedimiento ordinario, simplificado y de acción penal privada-, como también porque existen causales para su procedencia, no bastando el mero agravio para su interposición.

Vinculando este recurso con la materia en estudio, podemos apreciar que su aplicación se dará en aquellos casos en que el Juez de Garantía falle en el control de admisibilidad de la prueba, admitiendo que sea rendida en el juicio oral prueba ilícitamente obtenida.

Éste es el método previsto para solicitar la ineficacia de esta prueba en estos casos, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 277 del Código Procesal Penal, que, al limitar la aplicación del recurso de apelación del auto de apertura al caso en que la resolución excluya prueba y no al caso en que se niegue lugar a la exclusión, agrega en la parte final, a modo de compensación: “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”.⁶⁸

En aquellos casos en que se rinda en el juicio oral prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, resulta evidente que el método de impugnación de la sentencia será mediante la causal prevista en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, consistente en la primera causal genérica de este recurso, que preceptúa que:

“Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

⁶⁷ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 402.

⁶⁸ Ibid, p. 194.

En relación a esta causal prescrita, y de acuerdo a la normativa propia del recurso de nulidad contenida en el título IV del Libro III del Código Procesal Penal, podemos hacer constancia de los siguientes hechos:

- a) Que, si bien el error corresponde al Juez de Garantía, ya que éste fue el que erró al no excluir la prueba obtenida ilícitamente en la audiencia de preparación de juicio oral, nuestra ley sanciona los efectos de la etapa posterior, es decir, propiamente de la etapa de juicio oral, ya que la nulidad alcanza no sólo la sentencia definitiva, sino que también al juicio oral completo, salvo las excepciones legales en que sólo se anula la sentencia, de acuerdo al artículo 385.

El caso de la prueba ilícita no es de aquellos contemplados en dicho artículo, de modo que el efecto que produce la aceptación del recurso es el anular la sentencia y el juicio oral, además de la exclusión del auto de apertura de la prueba declarada ilícita, como bien se puede ejemplificar mediante sentencia pronunciada por la Corte Suprema el año 2012, que resolvió que “(...) se invalidan la sentencia y el juicio oral que le antecedió (...) y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado, excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos (...) en relación a todo el procedimiento que practicaron el día 7 de julio de 2011 desde el uso de una persona como agente revelador, inclusive, en adelante. Se excluyen, asimismo, dos actas de análisis técnico narcotest de esa misma fecha; los protocolos de análisis químico código de muestra N° 1 y 2 del acta N° 47 de 27 de julio de 2011; los informes de efectos de peligrosidad para la salud pública y un set de 5 fotografías correspondientes a droga y balanza digital, tomadas por funcionarios del OS7 de Carabineros de Ancud el 7 de julio de 2011”.⁶⁹

- b) Que, de acuerdo a lo indicado en la causal de la letra a), la infracción en relación a la prueba ilícita se da en tres momentos: (i) en la etapa de investigación, al obtenerse el elemento probatorio infringiendo los derechos fundamentales (infracción en una etapa del procedimiento); (ii) al recibirse la prueba ilícita por el tribunal de juicio oral (infracción durante la tramitación del juicio); y (iii) cuando se valora la prueba ilícita (infracción en el pronunciamiento de la sentencia).

⁶⁹ C. Suprema, 6 de junio 2012, ROL N° 2958-2012. [en: www.poderjudicial.cl]

- c) Que los derechos que se pueden ver afectados son cualesquiera de los contenidos en la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile, pero que en relación a la prueba ilícita, y como veremos en el capítulo siguiente, los más recurrentes son los que dicen relación al derecho al debido proceso legal, especialmente el derecho a la defensa, el derecho a guardar silencio y el principio de no autoincriminación; el derecho a la vida privada e intimidad, particularmente a la inviolabilidad del hogar y de la comunicaciones privadas; y el derecho a la libertad personal y seguridad individual.
- d) Que la causal de la letra a) del artículo 373 es de aquellos pocos casos de competencia *per saltum* de la Corte Suprema, de modo que el tribunal competente para conocer del recurso no es el inmediatamente superior a aquel que la dictó⁷⁰, sino que el tribunal de mayor jerarquía del país. Este se debió a la intención de entregar a Corte Suprema “la última palabra en materia de balance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales, a través de la elaboración de una jurisprudencia consistente en esta materia”.⁷¹ La alusión obedece, sin dudas, al rol que debe jugar la Corte Suprema en la definición de la extensión y alcances de las garantías individuales dentro de la sociedad chilena. Al habersele entregado competencia para decidir cuándo existe o no infracción sustancial de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales, se está “confiando al máximo tribunal no sólo la función de asegurar el respeto de esos derechos en las causas criminales, sino también la función de explicitar, con un alcance que excede el de cada caso concreto, cuál es la extensión que tienen los derechos y las libertades individuales en nuestra sociedad”.⁷²
- e) Que el recurso de nulidad, como bien su nombre lo explicita, es una de las formas de hacer valer la nulidad procesal, y por tanto debe entenderse regido por los mismos

⁷⁰ De acuerdo a la estructura piramidal de los tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial, la Corte de Apelaciones sería el superior jerárquico tanto de Juzgado de Garantía como del Tribunal Oral en lo Penal.

⁷¹ PFEFFER, E. Código Procesal Penal. Anotado y concordado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 370.

⁷² HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 430.

principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal, entre los cuales destaca con vital importancia el principio de trascendencia.

En relación a lo dispuesto por el art. 373 letra a), la Corte Suprema ha sido consistente en indicar que “no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio y la sentencia, ya que el carácter “sustancial” de la infracción exigido por la causal supone que la infracción sea de tal entidad que comprometa aspectos esenciales de la garantía”⁷³, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. La contravención constitucional alegada debe “afectar en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no ser de una importancia secundaria o no tenga importancia alguna para él”.⁷⁴

Junto con lo anterior, además se exige que dicha infracción a las garantías sea trascendente, en el entendido que esta infracción constituya una afectación grave a las posibilidades de actuación en el juicio, la igualdad de armas e influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Así, la Corte ha señalado que el “principio de trascendencia exige que para anular un acto procesal debe acreditarse un perjuicio para algún interviniente. En otras palabras, la desviación de las formas debe tener trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio”.⁷⁵ Por tanto, se exige necesariamente que haya existido indefensión, y se entiende que no habrá indefensión si la parte recurrente de nulidad estuvo en condiciones de ejercer todos sus derechos procesales como interviniente en el juicio y no quedó frente al oponente en situación de indefensión provocada por un menoscabo inaceptable de la igualdad de posiciones.

En suma, para que se dé lugar a la causal, no basta la mera infracción, sino que ésta debe afectar gravemente los aspectos esenciales de la garantía, y además debe influir sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Una vez ocurrido esto, se puede acceder a la misma y provocar los efectos que venimos analizando.

⁷³ Documento de Trabajo de la Defensoría Penal Pública, Unidad de Corte, “Recurso de nulidad y derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, diciembre 2016, Santiago, p. 8

⁷⁴HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 414 y 415.

⁷⁵ C. Suprema, 30 enero 2008, ROL N° 6.631-2007. [en: www.poderjudicial.cl]

- f) Que, por último, el recurso de nulidad, en razón del principio de buena fe procesal, debe ser preparado, tal como dispone el artículo 377 del Código Procesal Penal, que indica que éste recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

En el caso particular de la prueba ilícita, esta preparación se podría producir tanto si se solicitó la declaración de ilegalidad de detención en la audiencia de control de detención, y especialmente si se solicitó, según dispone el artículo 276, la exclusión en la audiencia de preparación de juicio oral. El fundamento de esta institución radica en impedir que los intervinientes se aprovechen del recurso, buscando anular todo el juicio oral sin haber hecho valer el vicio de forma anterior, como una medida de dilatación del proceso, lo que es contrario a todo principio de buena fe procesal o economía procesal.

Recapitulando lo que hemos venido sosteniendo a lo largo de esta sección, podemos apreciar que el momento crucial para decidir la ineficacia de la prueba ilícita en Chile es la audiencia de preparación del juicio oral.

La decisión que se adopte en esta sede, puede ser controlada por el Ministerio Público vía apelación del auto de apertura cuando se le haya excluido prueba en atención a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276, esto es, la prueba obtenida de actuaciones declaradas nulas o bien obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales; o, por la defensa, vía recurso de nulidad, no dirigido contra el auto de apertura sino que contra la sentencia definitiva, en caso que no se haya excluido prueba que haya debido excluirse en atención a la regla de exclusión contenida en la parte final del inciso tercero del mismo artículo. Así se estructura la ineficacia de la prueba ilícita en nuestro país, y estas son las oportunidades procesales para hacerla valer.

Finalmente, antes de comenzar el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta última época para evaluar el estado actual de la prueba ilícita en la jurisprudencia de nuestro tribunal de mayor jerarquía, nos gustaría revisar un último aspecto que nos parece relevante en atención a las oportunidades para hacer valer la ineficacia de esta institución. Este aspecto

dice relación con un momento intermedio entre las dos oportunidades que hemos estudiado en este capítulo, el cual es la audiencia de juicio oral, y la posibilidad de hacer valer la ineficacia en dicha instancia.

La interrogante podría establecerse en los siguientes términos: En caso que la prueba haya superado el filtro impuesto por la audiencia de preparación de juicio oral, pero el Tribunal Oral en lo Penal estima que se trata de prueba ilícita, *¿Puede éste tribunal negarse a valorar dicho elemento probatorio, como una forma de corregir el error cometido por el Juez de Garantía?*

La respuesta a esta interrogante es de suma importancia para el presupuesto de procedencia del recurso de nulidad, pues se vincula íntimamente con la trascendencia que pueda asignársele a la infracción del derecho fundamental.

En relación a este punto, seguimos la línea propuesta por el profesor López Masle, quien es de la idea -minoritaria en la doctrina- de que el Tribunal Oral en lo Penal debe, lamentablemente, valorar dicha prueba.

La opinión contraria es sustentada por Hernández Basualto, quien cree que “de las diversas posiciones que podrían mantenerse en esta materia hay al menos una que no parece admisible desde un punto de vista material, como es la de entender que el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita, sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo total abstracción de una ilicitud que no le corresponde declarar, pues cualquier otra interpretación implicaría sostener un supuesto deber de los jueces de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales”.⁷⁶

Si bien la postura reseñada recientemente es del todo sensata, e incluso deseable en términos estrictos, compartimos la opinión del profesor López en torno a que los efectos perjudiciales que produce en la estructura misma diseñada en Chile para el tratamiento de la ineficacia de la prueba ilícita nos obliga a desecharla.

Desconocida la responsabilidad privativa de los jueces de garantía en el control de la prueba ilícita, se impone como exigencia de una buena praxis profesional la renovación ante el

⁷⁶ HERNANDEZ, H., La exclusión de la prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno. op. cit., p. 91.

tribunal de juicio oral de todas las solicitudes de declaración de prueba ilícita que hayan fracasado ante el juez de garantía, lo que debilita la función de éste en la materia y constituye un estímulo para el juez se incline por negar lugar a la exclusión en la fase de admisión, transfiriendo así la función de controlar la prueba ilícita al tribunal de juicio oral en fase de valoración.

El fenómeno sólo acarrea efectos negativos para el sistema: la audiencia de juicio oral debe asumir la carga de recibir, no ya sólo la prueba de los hechos que fundamentan la acusación y la defensa, sino también la prueba sobre la ilicitud de la prueba, la que en el mejor de los casos convencerá al tribunal de juicio oral que nunca debió haber oído la prueba que llegó a sus oídos y le exigirá entonces el esfuerzo de la supresión mental de la prueba ilícita durante la valoración, con resultados del todo inciertos. “Todo el esfuerzo sistemático del ordenamiento procesal chileno por asegurar la ineficacia de la prueba ilícita a través de su exclusión en fase de admisión se habrá ido por la borda, y la declaración formal efectuada por el tribunal de juicio oral en la sentencia definitiva, en orden a que no ha valorado la prueba ilícita, no tendrá otro efecto que el de impedir que la parte afectada pueda impugnar la sentencia definitiva a través del recurso de nulidad. Formalmente, no existirá infracción alguna que haya influido en su parte dispositiva, porque los jueces habrán declarado en la sentencia que la prueba ilícita que se rindió ante ellos no fue considerada en absoluto; en la realidad de los hechos, sin embargo, la prueba ilícita indebidamente producida habrá determinado su convicción de una manera que es imposible soslayar”.⁷⁷

Pese a que esta solución pueda resultar contradictoria con el principio de economía procesal, toda vez que el tribunal de juicio oral fallará en conciencia de que el fundamento de su fallo ha sido obtenido con infracción de las garantías fundamentales, y que, probablemente sea anulado por la Corte Suprema en sede de nulidad, es la única opción compatible con el sistema que sustentamos, en torno a controlar la ineficacia de la prueba ilícita en fase de admisión.

Éste es el único sistema que realmente se condice con un respeto efectivo a los derechos fundamentales, pues la declaración de ineficacia en sede de valoración, inevitablemente influye en la convicción de los jueces orales en lo penal, aunque sea en términos informales,

⁷⁷ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno. op. cit., p. 200 y 201.

por lo cual -lamentablemente- servirá como sustento de la sentencia, pero sólo que ahora sin posibilidad de recurrir contra la misma.

Con todo, como dijimos anteriormente, esta postura es minoritaria, y no es lo que ocurre en la práctica.

Como revisaremos en el capítulo siguiente, en casi la totalidad de las sentencia analizadas, la defensa solicitó que se valore negativamente la prueba que haya superado el filtro de la audiencia de preparación y la eventual revocación por parte de la Corte de Apelaciones en sede de apelación interpuesta por el Ministerio Público, de modo que es posible sostener que en la práctica es habitual el buscar hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en sede de valoración, no declarándose incompetente el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal para conocer de ello, sin perjuicio que en la totalidad de los casos en que se solicitó, el tribunal desestimó la petición, negando la ilicitud, y valorando positivamente el medio apto para producir fe⁷⁸.

Por esta razón, estimamos que esos datos reafirman la postura sustentada en esta tesis, según la cual, sancionar la ineficacia en sede de admisión, es realmente la única alternativa realmente efectiva para servir de freno para la actividad estatal en cuanto a la persecución penal, descartando los efectos probatorios de la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales.

Ahora que hemos visto los distintos ejes necesarios para comprender la institución que nos convoca, estamos en condiciones de analizar a jurisprudencia emanada de la Corte Suprema en esta última época, con el objeto de poder sacar conclusiones en torno a la aplicación de la teoría de la prueba ilícita y su consecuente regla de exclusión en nuestro país.

⁷⁸ En este sentido, ver sentencias dictadas por: 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 5 de septiembre 2016, Rit N° 275-2016; 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 1 de diciembre 2010, Rit N°378-2010; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 28 de enero 2013, Rit N° 153-2013; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 26 de agosto 2016, Rit N° 150-2016.

Capítulo IV: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema

Esta sección es el eje central de la tesis. Nuestro objetivo principal es contar con las armas necesarias para analizar diversas sentencias emanadas de nuestro máximo tribunal, que, conociendo del recurso de nulidad, dirime sobre la ineficacia de la prueba ilícita en sede de admisión, siendo esta la segunda oportunidad institucional para tal cometido, como revisamos anteriormente.

Para llevar adelante esta labor, estudiamos una muestra aleatoria de 31 sentencia dictadas por la Corte Suprema, en el período que media entre el año 2010 y el año 2016, es decir, esta última década. Dentro de este período, nos enfocamos principalmente en los dos últimos años (2015 y 2016), donde intentamos abarcar el universo completo de sentencias sobre la materia.

El mecanismo utilizado para realizar este estudio fue la lectura y la confección de fichas sobre las sentencias, con el fin de objetivar y estandarizar los aspectos relevantes de cada sentencia que nos permitirán analizar críticamente la aplicación de la regla de exclusión derivada de la prueba obtenida con inobservancia de los derechos fundamentales.

Esto nos permitió determinar cuál es el derecho fundamental presuntamente vulnerado durante cada procedimiento; determinar adecuadamente cuáles son los hechos en los que se funda el recurso para obtener la nulidad procesal; entender correctamente cuál fue el razonamiento seguido por la Corte para fundamentar su decisión, así como también apreciar las razones dadas en los votos disidentes o preventivos que en muchas ocasiones son fundamentales para la correcta comprensión de los que se está fallando y un buen parangón con qué medir si la solución fue adecuada o no; entre muchas otras conclusiones que pudimos obtener a través de la realización de las fichas y del seguimiento de la causa durante su prosecución ante los tribunales de instancia.

A partir de estas conclusiones, también se pueden apreciar ciertos datos, tales como que de las 31 sentencias que fueron analizadas, en sólo 10 de ellas (32%) el recurso fue acogido, logrando la ineficacia de las pruebas en entredicho, mientras que en 21 (68%) la Corte optó por desechar el recurso, confirmando la decisión condenatoria.

Otro dato importante que pudimos recabar, fue que de los 31 recursos de nulidad que apreciamos, en 30 de ellos se solicitó la exclusión en la oportunidad procesal prevista para ello, esto es, la audiencia de preparación de juicio oral, dentro de las cuales, en 19 ocasiones (63%) dicha solicitud no llegó a buen puerto, siendo rechazada por el Juez de Garantía y, por tanto, incluidos dentro del auto de apertura dichos medios probatorios; en 11 ocasiones (37%) el Juez optó por excluir la prueba según lo dispone el artículo 276, pero dicha decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones respectiva, conociendo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público fundado en los términos del artículo 277, y por ello dicha prueba terminó siendo rendida en el juicio oral respectivo. La única vez que no se alegó en la audiencia de preparación, fue porque sólo se tomó conocimiento de la ilicitud con la declaración misma del testigo durante el juicio oral, razón por la cual la defensa solicitó la valoración negativa de dicho medio probatorio, lo cual no prosperó, siendo valorada de todos modos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

A su vez, en relación a los derechos fundamentales cuya violación fundan los recursos de nulidad analizados, el que con mayor frecuencia se denuncia es el derecho a la inviolabilidad del hogar, donde 10 recursos (32%) se fundaron en su infracción, seguido de los derechos a la libertad personal y seguridad individual, y el derecho a guardar silencio y principio de no autoincriminación, donde ambas categorías cuentan con 7 recursos (22.5%) -cada una- fundados en inobservancia de dichos derechos. Con menor número de denuncias se encuentra el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, y el derecho a la defensa y el debido proceso, donde en 4 (13%) y 3 (10%) ocasiones respectivamente su infracción justificó la revisión de la sentencia definitiva por parte de la Corte Suprema en sede de nulidad.

Una vez expuesto lo anterior, que nos permitirá tener una visión más global sobre esta sección, podremos avocarnos al examen pormenorizado de las sentencias. En éste análisis no se incluirán la totalidad de las sentencias estudiadas, por no ser necesario dada la similitud existente en diversos casos, de modo que, para no ser reiterativos, lo decidimos acotar a 13 sentencias, manteniendo una proporción que se asemeje a la cantidad de recursos que fueron acogidos y rechazados.

El presente capítulo se estructurará en cinco secciones, siendo el criterio para distinguir una de otra el derecho fundamental que fue presuntamente vulnerado, que tuvo como fruto un elemento probatorio.

Con la finalidad de realizar un análisis objetivo, del cual podamos extraer conclusiones que nos permitan apreciar si fue aplicada de forma correcta la regla de exclusión consecuente de la prueba ilícita, seguiremos una estructura “tipo” que utilizaremos en cada una de las sentencias que serán el objeto del estudio, inspirada en la forma de operar de la regla de exclusión contenida en el libro de Francisca Zapata⁷⁹, además de la exposición de los hechos del caso, el análisis de la normativa que garantiza el derecho fundamental según lo preceptuado en el Código Procesal Penal, y el análisis del raciocinio seguido por la Corte Suprema para acoger o rechazar el recurso.

Para entender cuál es la forma de operar de la regla de exclusión establecida en el artículo 276 del Código Procesal Penal, debemos tener a la vista la relación existente entre derecho fundamental y garantía⁸⁰, donde la garantía establece normativamente los deberes correspondientes a las expectativas de prestación o de no lesión de los derechos.

La labor de la garantía es hacer operativo el derecho, estableciendo la forma concreta de su ejercicio y, por ende, también fijando los límites del mismo. En general, las garantías suelen advertirse porque se trata de normas que establecen requisitos o secuencias previas o coetáneas a la realización del acto afectador del derecho fundamental resguardado por ellas.

Hechas estas precisiones, podemos advertir con claridad que para estar en presencia de aquellas inobservancias que la ley sanciona con la exclusión de la prueba obtenida, debe tratarse del “incumplimiento de una norma legal que contiene un mandato que en sí mismo constituye una garantía de un derecho fundamental y cuya transgresión implica o traduce la vulneración de este derecho”.⁸¹

A partir de lo anterior, el ejercicio que debemos realizar al analizar la sentencia consiste en determinar si la norma legal que señala un requisito u ordena una secuencia previa o

⁷⁹ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 40 y ss.

⁸⁰ Vid Supra 2.6.4

⁸¹ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 40.

coetánea al desarrollo de una diligencia se ubica en el sistema de garantías que rodea un derecho fundamental, de modo que podamos establecer que su no cumplimiento exacto implica la inobservancia del derecho, y por consiguiente deba ser excluida la prueba obtenida como fruto de dicha diligencia.

Para una correcta comprensión de lo que venimos señalando, es menester dejar en claro un punto. Al vivir en sociedad, ciertos derechos fundamentales no pueden ser considerados como absolutos, y se delega a la ley los casos y las formas en que pueden ser afectados. Se considera que, si “todos los derechos se van a ejercer en sociedad, necesariamente ellos deberán ser objeto de limitaciones a fin de superar las eventuales colisiones entre los particulares con la sociedad y el Estado, y entre los particulares entre sí”.⁸²

Esa “forma” que la ley señala, constituye el sistema de garantía de derecho frente a todo acto afectador del mismo y consiste en una compleja construcción conformada por una multiplicidad de normas que exigen un número importante de requisitos o secuencias para la realización de la diligencia que afectará el derecho fundamental. Estos requisitos o secuencias, previos o coetáneos, destinados a darle protección al derecho fundamental, y cuyo incumplimiento implica privar de efectos el acto transgresor, están contenidas en las que denominaremos, siguiendo a Zapata, “normas-garantía”.⁸³

Estas normas garantías constituyen un sistema que busca brindar protección al derecho fundamental, y dentro de dicho sistema, aparece el artículo 9 del Código Procesal Penal como elemento esencial, al exigir para cada actuación que vaya afectar un derecho fundamental, ya sea del imputado o de un tercero, autorización judicial previa, provocando así la participación del Juez de Garantía para que controle aquellos actos que impliquen una intromisión en los derechos fundamentales de las personas.

Siguiendo lo anterior, lo relevante para nuestro análisis es determinar si estamos en presencia de una norma garantía, pues su infracción implica la contravención de las formas establecidas por la ley para poder afectar el derecho fundamental, al no ser éste absoluto. En otras palabras, la inobservancia de ellas, implicará una infracción a los derechos fundamentales, y por tanto activará la regla de exclusión del artículo 276, privando de sus efectos al acto

⁸² VERDUGO, M., PFEFFER, E., Y NOGUEIRA, H. Derecho Constitucional. op. cit. p. 193.

⁸³ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 41.

transgresión, lo cual se materializa con la inadmisión de la prueba recabada en dicha diligencia.

En suma, esta forma de presentar el estudio de la materia nos obliga siempre a realizar un razonamiento secuencial, en línea con los derechos fundamentales consagrados tanto por la Constitución como por los tratados internacionales.

De modo que el ejercicio, en síntesis, es el siguiente: en primer lugar, debemos determinar si hubo un incumplimiento de la posible norma que establece requisitos o secuencias para la realización de una diligencia; en segundo lugar habrá que determinar si se ve comprometido o no un derecho fundamental de aquellos consagrados en la Constitución o los tratados internacionales; y por último, si dicho incumplimiento ha vulnerado el derecho fundamental, lo que nos estaría indicando que se ha violado una “norma-garantía” y por tanto debe activarse la regla de exclusión de toda la prueba que se haya obtenido en dicha diligencia.⁸⁴

Este razonamiento secuencial es el que intentaremos aplicar a continuación, inmiscuyéndonos en el raciocinio seguido por la Corte para poder realizar un análisis adecuado que nos permita sacar conclusiones en torno a la aplicación de la regla de exclusión en la jurisprudencia del máximo tribunal del país, conociendo del recurso de nulidad.

4.1. Sentencias relativas al Derecho a la Inviolabilidad del Hogar

Este derecho es uno de los que mayor sensibilidad genera, de modo que es el que concentra un mayor número de sentencia. En el presente trabajo, serán analizadas cuatro de ellas.

4.1.1. Sentencia ROL N° 2304-2015, dictada el 1 de abril de 2015⁸⁵

Hechos

En virtud de una orden judicial de detención emanada del Juzgado de Garantía de Quilpué, la policía concurrió al hogar de la imputada, con el objeto de intimar dicha orden, por el delito de hurto simple.

En el ejercicio de dicha diligencia, y mientras la imputada -adolescente- buscaba su cédula de identidad, los policías se percataron que tenía en su poder tubos de gas apilados y con sellos.

⁸⁴ En términos parecidos, ver ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 43.

⁸⁵ C. Suprema, 15 abril 2015, ROL N° 2304-2015. [en: www.poderjudicial.cl]

Al preguntar la procedencia de los mismos, tanto la adolescente como su cuñada, señalaron que les pertenecían, sin mostrar boletas o facturas que lo comprueben. Luego de la detención, y sin previa orden, la policía registró un vehículo que se encontraba fuera de la propiedad, donde encontraron en el maletero más tubos de gas.

Al llevar a la imputada a la Tenencia de la ciudad, junto con las especies, el personal de la misma tenía conocimiento que una vecina de sector había realizado una denuncia de sustracción de tubos de gas, esa misma mañana, razón por la cual la demandada termina siendo condenada por el delito de receptación.

Análisis

Normativa aplicable

El marco normativo aplicable al caso, para la adecuada resolución del mismo, está integrado por los artículos 9, 83, 84, 205, 217 y principalmente el 215.

En términos generales, el artículo 9 exige de autorización judicial previa en todos aquellos casos en que se vayan a afectar derechos fundamentales, tanto del imputado como de terceros; el 83 y 84 establecen el marco de actuación de la policía como sujeto procesal, donde el primero de ellos establece un listado de las diligencias que puede efectuar autónomamente, esto es, sin previa instrucción del fiscal, tales como prestar auxilio a la víctima, realizar la detención en casos de flagrancia, resguardar el sitio del suceso, recibir denuncias del público, entre otras, mientras que el 84 obliga a la policía a informar inmediatamente al Ministerio Público una vez recibida una denuncia o cualquiera de las actuaciones previstas en el 83, pues según dispone el art. 80, los responsables de la investigación y quien tiene la potestad exclusiva de dirigir la misma son los fiscales, no los policías.

En relación a los artículos 205 y 217, estos regulan la entrada y registro de lugares cerrados y la incautación de objetos y documentos, respectivamente, estableciendo los requisitos para la realización de dichas diligencias. El primero de ellos, previene que en casos en que se presumiere que el imputado o los medios de comprobación del hecho investigado se encuentren en un lugar cerrado, se podrá entrar y registrar el mismo, siempre que el propietario o encargado del lugar autorizare voluntariamente la práctica de la diligencia, o

bien cuando exista autorización judicial que permita el ingreso al hogar. El 217 permite incautar las especies que se encontraren en el registro, previa orden judicial.

Finalmente se encuentra el artículo 215, que es el más relevante para la solución del caso, que prescribe que si durante la diligencia de entrada y registro se descubrieren otros objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, se podrá proceder a su incautación, previa orden judicial.

Derecho fundamental comprometido

Se ve claramente comprometido el derecho a la vida privada, especialmente en lo relativo a la inviolabilidad del hogar. Además, se afectó el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse.

En relación a la vida privada y la inviolabilidad del hogar, nuestra Constitución Política, en su art. 19, garantiza estos derechos, en los numerales 4 y 5. Además, estos derechos gozan de consagración en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17).

La ley entiende que la inviolabilidad del hogar es un derecho imprescindible para asegurar el respeto y la protección de la vida privada, lo cual, a su vez, está intrínsecamente vinculado a la intimidad, que es el “derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida, es en cierta forma una emanación de la libertad personal y merece por lo mismo respeto y protección”.⁸⁶ Por esto, es imprescindible que se sigan todos los requisitos o secuencias establecidas en la ley para su intromisión, ya que de modo contrario, se afecta este derecho, y por tanto toda la prueba obtenida por dicha diligencia debe ser descartada.⁸⁷

⁸⁶ VERDUGO, M., PFEFFER, E., Y NOGUEIRA, H. Derecho Constitucional. op. cit. p. 250.

⁸⁷ Debido a la división sistemática en que se expone esta tesis, lo dicho en relación a este punto (derecho fundamental comprometido) es aplicable a las demás sentencias analizadas en la sección 4.1.

En cuanto al derecho a guardar silencio y al principio de la no autoincriminación, por no ser esenciales a la resolución del caso, serán tratados en extensión en la sección 4.4. del presente capítulo.

Norma garantía

Para este caso específico, la norma que busca garantizar el derecho fundamental a la intimidad, expresada en la inviolabilidad del hogar, es el artículo 215, que exige que en aquellos casos en que, realizando una entrada y registro a un lugar cerrado, se descubren nuevos objetos que permitan sospechar la existencia de otro hecho punible, estos podrán ser incautados previa orden judicial.

Esto es muy consistente con la decisión legislativa de otorgar al Juez de Garantía, como se desprende del artículo 9, el control de las diligencias o procedimientos que pudieren afectar los derechos fundamentales, obligando a solicitar autorización previa, siendo en sí misma esta norma una garantía de derechos fundamentales.

De acuerdo a los hechos del caso, queda en evidencia que una vez que la policía sospechó sobre la existencia de un nuevo hecho punible, inició de oficio una investigación, sin informarle al fiscal para que éste solicite autorización para la incautación, de modo que la prueba fue obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, lo cual activa la regla de exclusión del artículo 276, que actúa como garantía secundaria en la terminología de Ferrajoli⁸⁸, eliminando los efectos de dichos elementos probatorios, por medio de la inadmisión de la misma.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

Luego de hacer un análisis de lo preceptuado en los artículos que regulan la materia, determinó que nadie discute que la policía contaba con una orden judicial que los autorizaba para detener a la imputada, pero estima que se excedió de sus facultades al no solicitar una nueva autorización ante el hallazgo casual de nuevas especies que constituyen un ilícito distinto, de acuerdo a lo sostenido no sólo por el artículo 215, sino que también por el 9, lo cual no fue efectuado en el caso.

⁸⁸ Vid Supra 2.6.4.

Además, agrega que, habiendo concluido el trámite de detención, y al haber encontrado nuevas evidencias, se desconoció el tenor de los artículos 83 y 84, pues se dio inicio a una diligencia de investigación jurídicamente desconectada de la anterior, la que por su naturaleza también precisaba de la intervención del Ministerio Público, no siendo una diligencia de ejecución autónoma.

A su vez, estima que se violó el derecho a no auto incriminarse, y el derecho a guardar silencio, ya que se interrogó a la adolescente sobre la procedencia de los tubos de gas, sin prevenirle sus derechos como imputada, y además se excedió en torno a que sólo se puede declarar en presencia del defensor y del fiscal.

Por tanto, acoge el recurso, anula tanto el juicio como la sentencia, y dispone que se excluya del auto de apertura la declaración de la policía que efectuó el trámite, indicando que se pueden referir más allá del procedimiento de detención que legalmente estaban habilitados para ejecutar y un set de 11 fotografías del lugar de comisión del delito y del lugar de recuperación de las especies.

Nos parece del todo acertada esta decisión, pues se condice con lo razonado precedentemente, ya que hubo una infracción a una norma garantía, lo cual denota que se ha vulnerado un derecho fundamental, y por tanto lo que correspondía en este caso es la realización de un nuevo juicio con prescindencia de la prueba obtenida ilícitamente.

4.1.2. Sentencia ROL N° 29.375-2014, dictada el 8 de enero de 2015⁸⁹

Hechos

En diciembre de 2013, en la ciudad de Quilpué, en virtud de dos llamados anónimos a carabineros, uno por tener información sobre un domicilio donde un delincuente común del sector tenía especies sustraídas, y el otro por hurtos en diferentes domicilios del sector, los funcionarios carabineros decidieron concurrir al domicilio denunciado a verificar la información.

Constituidos en el lugar, los recibe la abuela del acusado, quien indica que la propietaria es su madre (bisabuela del acusado), y autoriza el ingreso al domicilio. Dicho inmueble tenía

⁸⁹ C. Suprema, 8 enero 2015, ROL N° 29375-2015. [en: www.poderjudicial.cl]

dos casas, ambas con salida a la calle, cerradas de forma independiente una de otra. En virtud de una información dada por la abuela, la policía se entera que el imputado no había asistido a una audiencia en el Juzgado de Garantía, razón por la cual deciden romper la chapa de la casa del acusado, con el objeto de realizar un control de identidad. En el marco de dicho procedimiento, dan cuenta de las especies denunciadas, deteniendo en flagrancia al imputado.

Contactados los denunciantes, estos reconocen las especies. Una vez finalizada la diligencia, la policía comunica el procedimiento al Ministerio Público, quien dispone la libertad del imputado.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada resolución de este caso, se debe tener a la vista lo que disponen los artículos 83, 84, 85, 129, 130 y fundamentalmente el 205.

En términos generales, los artículos 83 y 84 establecen en marco de actuación de la policía como sujeto procesal, donde el primero de ellos establece un listado de las diligencias que puede efectuar autónomamente, esto es, sin previa instrucción del fiscal, tales como prestar auxilio a la víctima, realizar la detención en casos de flagrancia, resguardar el sitio del suceso, recibir denuncias del público, entre otras, mientras que el 84 obliga a la policía a informar inmediatamente al Ministerio Público una vez recibida una denuncia o cualquiera de las actuaciones previstas en el 83, pues según dispone el 80, los responsables de la investigación y quien tiene la potestad exclusiva de dirigir la misma son los fiscales, no los policías.

El 85 se refiere al control de identidad, que consiste en un procedimiento que la ley le autoriza a realizar a las policías, sin orden previa, en aquellos casos en que existan indicios que permitan fundadamente sospechar que la persona ha cometido un delito o se dispone a cometerlo; de que pudiere suministrar información útil para la investigación criminal; o en el caso que se encapuche o busque disimular u ocultar su identidad⁹⁰.

⁹⁰ Al momento de los hechos analizados, no se encontraba vigente la reforma introducida al Código Procesal Penal por la ley N° 20.931, por tanto, no será considerada.

En relación a los artículos 129 y 130, estos se refieren a la detención en caso de flagrancia y la situación de flagrancia. El primero de ellos, obliga a la policía a realizar la detención, permitiendo incluso ingresar a un lugar cerrado, siempre y cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener. El segundo, establece un listado de situaciones en los que la ley entiende que hay flagrancia, que en términos simples son, el que actualmente estuviere cometiéndolo; el que acabare de cometerlo; el que huyere del lugar de comisión y fuere designado por alguna persona como autor o cómplice; el que en un tiempo inmediato a la comisión fuere encontrado con objetos o señales que permitan sospechar su participación punible; y el que en un tiempo inmediato fuere designado por la víctima o testigos como autor o cómplice del delito; entendiéndose tiempo inmediato las 12 horas que median entre la comisión y la captura del imputado.

Finalmente, el artículo 205, relativo a la entrada y registro de lugar cerrado, que previene que en casos en que se presumiere que el imputado o los medios de comprobación del hecho investigado se encuentren en un lugar cerrado, se podrá entrar y registrar el mismo, siempre que el propietario o encargado del lugar autorizare voluntariamente la práctica de la diligencia, o bien cuando exista autorización judicial que permita el ingreso al hogar.

Derecho fundamental comprometido

Se ve claramente comprometido el derecho a la vida privada, especialmente en lo relativo a la inviolabilidad del hogar (*Vid Supra 4.1.1.*).

Norma Garantía

En este caso, existen dos potenciales normas garantía. La aplicación de una u otra dependerá si nos encontramos en situación de flagrancia o no. Si hay flagrancia, la ley, en virtud de un criterio de proporcionalidad, prescinde de ciertos requisitos para ingresar a un lugar cerrado, con el objeto de lograr la detención del imputado. Para que exista flagrancia, concordando con el artículo 130, debemos encontrarnos en alguna de las situaciones previstas por dicho precepto, y que, además, la policía esté en una persecución actual, pues sólo en ese supuesto la ley disminuye el umbral de exigencia para la policía; en caso contrario, necesariamente debe seguirse el procedimiento contenido en el artículo 205. En este caso, ninguna de las situaciones de flagrancia se encuadra dentro de los hechos del caso, y por tanto debe descartarse esta opción.

Por tanto, la norma garantía del derecho fundamental en juego es el artículo 205, que como vimos, establece como requisito para la entrada y registro la autorización voluntaria del encargado del lugar, o bien autorización judicial. En este caso, aparentemente existe autorización, pero no cumple con el estándar requerido por el 205 para afectar el derecho a la inviolabilidad del hogar, toda vez que se trata de dos hogares distintos, con diferentes accesos y seguros para su protección, dentro de un inmueble, y por esta razón debe ser el que se vaya a ver afectado por la diligencia intrusiva el que autorice el acceso, y no el encargado del otro hogar, que por mucho que comparta el sitio, es independiente uno de otro.

Por esto último, al no existir ni autorización del encargado, ni autorización judicial, debemos arribar a la conclusión que los elementos probatorios recogidos fueron obtenidos con vulneración de los derechos fundamentales, al infringirse la norma garantía, y por tanto deben ser excluidos.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

La Corte, en una muy bien fundada sentencia, divide su razonamiento en orden a dos ideas.

En primer lugar, establece que es claro que la policía actuó al margen de la ley, pues buscó en todo momento saltarse el procedimiento regular establecido en la ley para la entrada y registro, fundándose en una pretendida flagrancia, que no es tal debido a circunstancias temporales (habían pasado más de 12 horas), de modo que, si quería realizar el procedimiento, debía solicitar orden al fiscal, y que éste solicite autorización judicial.

Luego, se avoca en el análisis del artículo 205, para establecer la ilicitud de la diligencia. Sostiene que es incontrovertido que la policía ingresó a una dependencia que se encontraba separada del inmueble principal y cerrada con llaves, destinada a la vivienda del acusado, acceso que se hizo forzando sus seguros contando sólo con el permiso de la persona propietaria de la habitación principal, pero sin reparar que se trata de una vivienda independiente y separada de ella.

Agrega, además, que la esfera de protección del artículo 205 no es en relación al derecho de propiedad, sino que es una garantía al derecho a la intimidad e inviolabilidad del hogar, de modo que la norma exige la autorización de la persona que verá mermado dicho derecho, y no el relativo a la propiedad de la misma. Como sólo se obtuvo el permiso de la propietaria,

pero no el de la persona que se vería afectada por dicha actuación intrusiva, y sin haber autorización previa del Juez de Garantía, necesariamente debe entenderse que hubo una infracción al 205, y consecuentemente una infracción a dichos derechos.

En razón de esto, acoge el recurso de nulidad interpuesto, invalida tanto la sentencia como el juicio oral, y ordena la exclusión de los testimonios de los carabineros que realizaron el procedimiento y el set de 12 fotografías en las que se apreciaban las especies encontradas en poder del acusado.

Nos parece sumamente interesante la argumentación ofrecida por la Corte, y adscribimos íntegramente a ella, pues se hace cargo de las dos potenciales “norma garantía”, entendiendo el fin de la norma para cada caso, y comparando con lo sucedido efectivamente.

Una vez descartada la flagrancia, que evidentemente no concurría, ya que habían transcurrido largamente las doce horas previstas en la ley, y, porque, además, la policía no se encontraba en una actual persecución que hiciera razonable atenuar las exigencias para la entrada a un lugar cerrado, la Corte se hace cargo de algo que había pasado inadvertido por el tribunal de instancia⁹¹: la verdadera racionalidad del artículo 205.

Pese a que existe una autorización de la persona que es dueña del inmueble, ésta no satisface el estándar, pues éste no es una garantía del derecho de propiedad, sino del derecho a la inviolabilidad del hogar, y, por tanto, a pesar de ser la dueña, no tiene el mérito para autorizar la diligencia, ya que se trata de un derecho subjetivo que le pertenece a una persona distinta, quien es el verdadero afectado, y sólo éste puede autorizar la entrada y registro.

En ese entendido, claramente estamos ante un caso de prueba ilícita, lo que justifica la decisión adoptada por la Corte.

4.1.3. Sentencia ROL N° 47605-2016, dictada el 4 de octubre de 2016⁹²

Hechos

En el mes de febrero de 2015, se inició una investigación en contra de la imputada, en la cual se pudo determinar que esta comercializaba droga con los vecinos de la población,

⁹¹ Ver sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 20 marzo 2014, Rit N° 289-2014. [en: www.poderjudicial.cl]

⁹² C. Suprema, 4 octubre 2016, ROL N° 47605-2016. [en: www.poderjudicial.cl]

transacciones que concretaba por medio de un teléfono, el cual fue debidamente interceptado. Actuaba de consuno con dos personas más, y mantenía la droga en los distintos inmuebles que poseían.

En virtud de una escucha telefónica, carabineros se percató que realizarían una nueva transacción, adoptando medidas de vigilancia y seguimiento, que les permitió detener a las imputadas en la vía pública, incautando en el acto una considerable cantidad de droga. Autorizados por una de ellas, personal de policía concurrió al inmueble de ésta, con el fin de conseguir más evidencia sobre la comercialización de la droga.

En el registro del hogar, en el patio de la casa, bajo un congelador, había unas baldosas sueltas, que, al ser removidas por la policía, evidenciaron una caja fuerte, en la cual había dinero y un arma de fuego, que no se encontraba inscrita ni autorizada. En razón de ello, y sin nueva orden judicial, personal de policía decidió incautar dicha arma.

La imputada terminó siendo condenada por micro tráfico y tenencia ilegal de armas.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada resolución del caso, hay que tener a la vista los artículos 205, 187 y 215. El primero de ellos, como hemos venido sosteniendo, es relativo a la entrada y registro de lugar cerrado, indicando que en casos en que se presume que el imputado o los medios de comprobación del hecho investigado se encuentren en un lugar cerrado, se podrá entrar y registrar el mismo, siempre que el propietario o encargado del lugar autorizare voluntariamente la práctica de la diligencia, o bien cuando exista autorización judicial que permita el ingreso al hogar.

El 187 se refiere a los objetos, documentos e instrumentos, durante la etapa de investigación, que parecieren haber servido para la comisión del hecho investigado, o que pueda servir de medio de prueba o, también, que se encuentren en el sitio del suceso al que se refiere la letra c) del art. 83 (que autoriza a la policía a recoger, identificar y conservar bajo sello estos objetos en el evento del resguardo del sitio del suceso).

Por último, el artículo 215, también revisado previamente, prescribe que si durante la diligencia de entrada y registro se descubrieren otros objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, se podrá proceder a su incautación, previa orden judicial.

Derecho fundamental comprometido

El derecho a la vida privada, principalmente en relación a la inviolabilidad del hogar como expresión de la intimidad (Vid Supra 4.1.1.).

De acuerdo a los matices del caso, la identificación de la norma garantía y su posible infracción la expondremos conjuntamente con el análisis de lo resuelto por la sentencia de la Corte Suprema, pues estimamos que dicha exposición, para este caso concreto, permitirá una mejor inteligencia del mismo.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso? (norma garantía)

En este caso, la Corte, en un fallo unánime, pero bastante discutible según nuestro entendimiento, argumenta que a partir del artículo 205, se puede establecer que para que sea válido el procedimiento de entrada y registro a un lugar cerrado, como el inmueble en cuestión, debe estar autorizado por el encargado, o bien autorizado de forma previa por el juez a solicitud del fiscal. Establece que se trata de la primera situación, pues al ser detenida la acusada, ésta, en el cuartel policial, autorizó la entrada al inmueble.

En este orden de cosas, agrega que dadas las particularidades del caso, donde se trata de tráfico de droga, es usual que ésta se esconda en distintos lugares de las casas, por lo cual la policía, al proceder al registro, actuó de forma correcta inspeccionando todos los lugares de la dependencia, de modo que no existían espacios limitados al proceder policial.

Por ello, entiende que los funcionarios no podían prever que se hallarían con especies de un ilícito distinto, por lo que el hallazgo del arma no está revestido de algún vicio de ilegalidad que pueda sostener una vulneración de garantías constitucionales.

Ahora bien, para justificar su incautación, la Corte acude a lo establecido en la Ley N° 17.798, que considera como conducta típica la posesión de armas no debidamente autorizadas,

colocando a la imputada en situación de flagrancia, lo que llevaría a sostener que la policía actuó de acuerdo a lo establecido en la ley al incautar dicha evidencia, pues en dicho caso nos encontramos bajo el supuesto del artículo 187, cuyo inciso primero ordena que los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, sean recogidos, identificados y conservados bajo sello, con el debido registro, mandato que ciertamente comprende los elementos de comisión de otro injusto penal, y no en el supuesto del artículo 215, que es el alegado por la defensa, que supone que la diligencia se haya efectuado previa orden judicial, que no fue lo ocurrido en este caso. Al haber sido autorizada la entrada, no rige dicha limitante, y por tanto no se podría afectar la legalidad de la incautación del arma de fuego.

Por todo lo anterior, la Corte rechaza el recurso, quedando firme la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral.

A nuestro entender, es del todo reprochable que en ningún momento del procedimiento se haya puesto en duda la autorización dada por la imputada, estando detenida, para la entrada y registro del inmueble. Siempre se alegó como vicio la incautación misma del arma sin orden judicial, y no la entrada al inmueble, cuestionando la validez de la autorización. Por tanto, debiendo forzosamente obviar lo anterior, intentaremos dilucidar si la argumentación de la Corte se ajusta a derecho, o si elude el sentido de la norma garantía.

Compartimos el primer acápite del razonamiento de la Corte, en el orden a que no existen lugares vedados para la policía en el evento de una entrada y registro válida si el hecho investigado es el tráfico de drogas, ya que naturalmente se puede esconder en cualquier espacio del inmueble, por lo que prohibir determinados lugares de la inspección sería absolutamente contraproducente para el éxito de cualquier investigación de estas características, y, por tanto, no es criticable el haber establecido que no hay infracción a los derechos fundamentales en el hallazgo del arma.

Lo que sí nos genera muchas dudas es la razón por la cual la Corte no aplica el artículo 215, prefiriendo el tenor del 187 para justificar la incautación. Creemos que es errónea la interpretación relativa al 215, por considerarla extremadamente literal, apartándose del sentido de la norma.

Si bien el tenor literal de la norma nos indica que aplica en aquellos casos en que ha existido una orden judicial que autorice el registro, es claro que también aplica para el otro caso previsto en la ley para validar la entrada, pues su finalidad es ser una especificación del artículo 9, que exige orden judicial para todas aquellas diligencias que afectaren derechos fundamentales, no siendo esto una excepción a dicho principio, pues claramente la intención al autorizar el ingreso -asumiendo válida dicha autorización- dice sólo relación con el hecho investigado, esto es, el tráfico de drogas.

Es un exceso ampliar esa voluntad a cualquier otro hecho punible que sea posible de encontrar, pues sería lo mismo que otorgarle valor al silencio, lo cual es absolutamente inadmisibles en un sistema que tiene como uno de sus cimientos el respeto a los derechos fundamentales. Por tanto, cualquier otra actuación que afecte estos derechos, requerirá de autorización judicial, de acuerdo a la estructuración misma del sistema protector de garantías contenido en el Código Procesal Penal.

Además, la vinculación efectuada por la Corte del artículo 187 con la letra c) del 83, nos parece improcedente para este caso, pues no estamos en un evento de resguardo de sitio del suceso, donde lógicamente la ley autoriza de forma excepcional el actuar autónomo de la policía, sino que estamos en el marco de una investigación mucho más amplia, que incluye escuchas telefónicas, dirigida por un fiscal, siendo éste quien debe decidir el destino de la investigación, más aún si se hallaron objetos de otros hechos punibles, y por tanto debe aplicar el artículo 215 y no el 187.

Por todo lo razonado precedentemente, estimamos que la norma garantía en este caso es el artículo 215, y al haber sido inobservado, se vulneró el derecho a la inviolabilidad del hogar, lo cual tuvo como fruto prueba de cargo que fundó la condena en torno a la tenencia ilegal de armas, la cual debió ser excluida.

4.1.4. Sentencia ROL N° 65303-2016, dictada el 27 de octubre de 2016⁹³

Hechos

Producto de una llamada telefónica anónima a la BICRIM de Melipilla, en la cual se denunciaba que en un inmueble -perfectamente individualizado- ubicado en Pomaire existía

⁹³ C. Suprema, 27 octubre 2016, ROL N° 65303-2016. [en: www.poderjudicial.cl]

un cultivo ilícito de cannabis, personal de la BICRIM decide verificar el hecho, constituyéndose en el lugar.

Al tocar la puerta del domicilio, contesta una persona adulta, quien era la suegra del imputado, que aparecía como encargada del hogar, y que voluntariamente les permitió el acceso.

En razón de ello, se encuentran con 15 plantas de Marihuana, lo cual llevó a la detención por flagrancia del imputado, luego que la mujer que autorizó el ingreso lo sindicó como responsable del cultivo, sin contar con las autorizaciones legales.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada comprensión del caso, se debe tener presente lo preceptuado en los artículos 83, 84, 174 y 205 del Código Procesal Penal.

Los artículos 83 y 84 establecen en un marco de actuación de la policía como sujeto procesal, donde el primero de ellos establece un listado de las diligencias que puede efectuar autónomamente, esto es, sin previa instrucción del fiscal, tales como prestar auxilio a la víctima, realizar la detención en casos de flagrancia, resguardar el sitio del suceso, recibir denuncias del público, entre otras, mientras que el 84 obliga a la policía a informar inmediatamente al Ministerio Público una vez recibida una denuncia, sin perjuicio de realizar las actuaciones previstas en el 83, en aquellos casos que corresponda.

El artículo 174 se refiere al contenido de la denuncia, exigiendo la identificación del denunciante, su domicilio, narración de los hechos, la designación de quienes hubieren cometido el ilícito, y de las personas que lo hubieren presenciado, siempre y cuando le constaren al denunciante.

Por último, se encuentra el artículo 205, que, como hemos venido sosteniendo en reiteradas ocasiones, es relativo a la entrada y registro de lugar cerrado, indicando que en casos en que se presumiere que el imputado o los medios de comprobación del hecho investigado se encuentren en un lugar cerrado, se podrá entrar y registrar el mismo, siempre que el

propietario o encargado del lugar autorizare voluntariamente la práctica de la diligencia, o bien cuando exista autorización judicial que permita el ingreso al hogar.

Derecho fundamental comprometido

Se ve únicamente comprometido el derecho a la vida privada, en especial el de la inviolabilidad del hogar, como expresión de la intimidad (Vid Supra 4.1.1).

Norma garantía

En este caso, la norma que busca garantizar el derecho fundamental que se verá afectado con la diligencia, es el artículo 205, que establece los requisitos o las secuencias que deben seguirse para poder entrar y registrar un lugar cerrado como el hogar en donde el imputado mantenía las plantas de Cannabis.

Tal como sabemos, este artículo valida la actuación en dos supuestos. El primero, en aquellos casos en que el propietario o el encargado del inmueble autorice; el segundo, cuando se cuente con una autorización judicial que permita el ingreso al hogar, aun en contra de la voluntad del encargado. En el caso concreto, nos encontramos en el primer supuesto, pues una vez recibida la denuncia, la policía decidió comprobar su veracidad constituyéndose en el lugar, y solicitó acceso a la persona que aparecía como encargada del lugar, quien se los concedió, lo cual implica que se cumple con la norma establecida en la ley para la afectación del derecho a la inviolabilidad del hogar.

Por tanto, al menos en lo relativo a la norma garantía, esta sí fue observada en el proceso, de modo que no merecía que se aplicase la sanción prevista en el artículo 276 del Código.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

En un fallo bastante extenso, examinó tanto las posibles infracciones al procedimiento, que no acarrearían una inobservancia a los derechos fundamentales, como también una revisión del artículo 205, para rechazar el recurso interpuesto. Se basó en los siguientes lineamientos para concluir lo anterior.

En primer lugar, se hace cargo de la posible infracción a la norma relativa al contenido de la denuncia. Indica que, si bien la denuncia es anónima, para el caso de las drogas, este mecanismo se ha hecho muy efectivo, y si cuenta con una detallada individualización del

inmueble, reviste de la seriedad necesaria para iniciar las primeras pesquisas investigativas, no siendo la falta de identificación del denunciante (en términos del artículo 174) razón suficiente para restar validez a lo anterior.

En relación a la alegación en torno a una infracción al artículo 84, por no solicitar instrucciones al fiscal de turno una vez recibida la denuncia anónima, la Corte lo desecha mediante una interpretación exegética del artículo 83 indicando que constituye un deber y no una facultad para la policía realizar las primeras diligencias de investigación, y por tanto el actuar está ajustado a derecho, toda vez que se cumplió el registro posterior y se informó inmediatamente al fiscal una vez terminada la diligencia.

Por último, en lo relativo a la entrada y registro, sostuvo que se cumplió lo previsto en el 205, que exige el consentimiento del encargado del lugar, o bien autorización del juez. En el caso, se obtuvo autorización de quien parecía la encargada del lugar de acuerdo a la información que tenían los policías, de modo que se valida el procedimiento, por lo que no queda más que concluir que los elementos probatorios obtenidos en dicha diligencia no se encuentran contaminados, pudiendo ser utilizados en el juicio oral, como efectivamente ocurrió.

En términos estrictos, estamos contestes con la Corte en cuanto la decisión adoptada, por cuanto de acuerdo a las probanzas efectuadas en juicio, quedó demostrado que se cumplió con la norma garantía que regía este caso, de modo que la afectación al derecho fundamental de inviolabilidad del hogar fue realizada dentro de los cánones establecidos por la ley para ello.

Con todo, se podría llegar a disentir en cuanto a la normativa relativa a las facultades de la policía y el contenido de la denuncia. Nos parece que es una buena ocasión para recalcar algo determinante en relación a la prueba ilícita: se trata de un criterio de ponderación entre dos intereses, ambos sumamente importantes, y que se sacrifica uno -búsqueda de la verdad- en pos de darle preeminencia al otro -respeto y protección a los derechos fundamentales- por encontrarnos en un Estado democrático de Derecho.

Esto último siempre debe estar presente en cualquier análisis, debido a que ese sacrificio de la verdad sólo se justifica en determinadas ocasiones, y no se puede abusar de la institución, ya que junto con la infracción a los derechos fundamentales, la impunidad injustificada también corroe sensiblemente el Estado de Derecho, de modo que hay que ser muy minuciosos y

precisos a la hora de distinguir la naturaleza de las normas, para que podamos aplicar la regla de exclusión exclusivamente en aquellos casos en que realmente hubo una infracción a derechos fundamentales, y no una simple infracción a cualquier norma de índole procesal.

4.2. Sentencias relativas al Derecho a un Debido Proceso

En la mayoría de las sentencias relativas a la prueba ilícita se hace referencia a la posible infracción al derecho a un debido proceso, debido a la causal con que se hace valer la ineficacia en esta sede -art. 373 a)-, ya que gran parte de la doctrina nacional identifica “la infracción sustancial de derechos fundamentales con una infracción al derecho al debido proceso”⁹⁴, lo que produce que toda sentencia se base en cierta medida en este derecho. Pese a lo anterior, nosotros estimamos que la causal del art. 373 letra a) excede el marco del debido proceso, siendo este último uno de los tantos derechos fundamentales que pueden ser contravenidos en el marco del proceso penal, pero no el que incluye a todos los demás.

En este sentido, en este apartado sólo están incluidas aquellas sentencias que se basan exclusivamente en una infracción a este derecho, de modo que se acota bastante el espectro de fallos susceptibles de ser examinados en este acápite.

El debido proceso constituye un derecho asegurado por la Constitución, y consiste en que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, confiriéndole al legislador el artículo 19, N° 3, inciso quinto, de la Constitución la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa.

Es pacífico en doctrina entender que, dada la amplitud de los términos empleados por el constituyente, es labor de la jurisprudencia y la doctrina demarcar cuáles son las garantías que se ven incluidas en este derecho, ante lo cual hay consenso en que al menos está compuesto por el derecho a la defensa, derecho al recurso, derecho a un juez imparcial, derecho a la fundamentación de la sentencia, a que se respeten los procedimientos fijados por ley, entre otras⁹⁵.

⁹⁴ CAROCCA, A. El nuevo sistema procesal penal, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 2003, p. 318 y ss.

⁹⁵ En este sentido ver C. Suprema, 29 enero 2015, ROL N° 29359-2014 y C. Suprema, 5 septiembre 2016, ROL N° 46.489-2016 [en: www.poderjudicial.cl]

En la presente sección, revisaremos dos sentencias que se refieren a estas garantías, las cuales analizaremos a continuación.

4.2.1. Sentencia ROL 26838-2015, dictada el 12 de enero de 2016⁹⁶

Hechos

En el marco de una investigación por tráfico de estupefacientes, se dispuso de un agente revelador.

Durante el desarrollo del procedimiento, el Juez de Garantía excluyó la prueba testimonial del agente revelador debido a la falta de registro de la autorización a la policía para usar dicha técnica.

Sin embargo, esta exclusión no cumplió su fin, pues el Tribunal de Juicio Oral, mediante los testimonios de otros policías que eran parte de la investigación, conoció de la actuación de éste agente, y estimó que ésta no fue ilegal, desechando la idea de que la falta de registro vulnera el derecho a la defensa técnica del imputado, y valoró positivamente tanto la prueba directa como la indirecta que se produjo a causa de este procedimiento.

Es importante recalcar que, a partir de las drogas adquiridas por el agente revelador irregular, se produjo una situación de flagrancia que sirvió de base para proceder en forma autónoma a la entrada y registro del inmueble habitado por los imputados, la incautación de evidencias y de drogas que fueron objeto de análisis pericial, y facultaron la detención y el inicio del proceso controlado judicialmente, que terminó con la condena.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada solución del juicio, se deben tener a la vista los artículos 8, 93, 182 y 227 del Código Procesal Penal; y el artículo 25 de la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes.

El artículo 8 establece el ámbito de defensa, en el que se comprende para el imputado el derecho a defensa letrada desde la primera actuación en su contra, como también el derecho a

⁹⁶ C. Suprema, 12 enero 2016, ROL N° 26838-2015. [en: www.poderjudicial.cl]

formular planteamientos y alegaciones, y la facultad para intervenir en las actuaciones judiciales y demás actuaciones del procedimiento.

El artículo 93 se refiere a los derechos y garantías del imputado, donde destaca con particular importancia, dada los hechos del caso, la letra c) del mismo, que otorga al imputado la facultad de solicitar al fiscal diligencias investigativas tendientes a desvirtuar las imputaciones en su contra, además de otros derechos contenidos en diversas letras tales como el derecho a ser asistido por un abogado, el derecho a la intimación, el derecho a guardar silencio, entre otros.

El artículo 182 cobra importancia en este caso, en lo relativo a su inciso segundo, que le otorga al imputado y su defensor el derecho a examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación del fiscal, como también a revisar los registros de la investigación policial.

El artículo 227, por su parte, contiene una obligación procesal, que consiste en que el ministerio público debe dejar constancia de sus actuaciones, tan pronto como se pudiere, utilizando cualquier medio que asegure fidelidad, así como también el acceso a la misma de aquellos que tienen, de acuerdo a la ley, derecho a acceder a ellos.

Finalmente se encuentra el artículo 25 de la Ley N° 20.000, que le otorga ciertas facultades al ministerio público, con el fin de hacer más eficiente la investigación del narcotráfico, para cometer determinados delitos a través de la policía, eliminando su ilicitud por medio de la autorización legal, siempre y cuando se observe el tenor establecido para la práctica de dicha actuación. En ese sentido, para que la actuación del agente revelador⁹⁷ sea lícita, debe estar autorizado por el fiscal, y sus delitos deben ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, y guardar proporción con la misma.

Derecho fundamental comprometido

El derecho a la defensa, especialmente el relativo a la defensa técnica. Se trata de una de las garantías más importante para que exista un debido proceso dentro del procedimiento penal.

⁹⁷ Agente revelador es el funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga.

El derecho a la defensa puede ser entendido como “aquella facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe”.⁹⁸

En relación al derecho a defensa, existen dos aristas. Por un lado, “la defensa material, que comprende el derecho a la información; derechos de intervención en el procedimiento; y derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal. Por el otro, la defensa técnica, que comprende el derecho a la autodefensa técnica; y el derecho del imputado a designar un letrado de su confianza, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se solicite por el ministerio público o se decrete de oficio por el tribunal la designación de un defensor penal público”.⁹⁹

Este derecho a la defensa, tanto en su esfera material como técnica, se encuentran reconocidos en la Constitución, artículo 19 N° 3 inciso 2, 3 y 4, así como también en tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente en los artículos 14 N° 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Norma garantía

Estimamos que la norma garantía en este caso no es un sólo artículo, sino que la adecuada interpretación de los artículos 8, 182 y 227.

En este entendido, tanto el artículo 182 como el 227 son instrumentales para que efectivamente se pueda llevar a cabo la defensa técnica del imputado.

Así, el artículo 182 habilita al defensor para acceder tanto a los registros del fiscal como de la policía, con el objeto de idear su teoría del caso y recabar pruebas que permitan sustentar su posición, mientras que el 227, al obligar al fiscal a registrar sus actuaciones, permite que existan dichos registros en los cuales el defensor pueda estructurar la defensa del imputado. Por tanto, el artículo 8, al establecer el ámbito de defensa, reconociendo el derecho a un

⁹⁸ VASQUEZ, J. El proceso penal. Teoría y práctica, Edición Universidad, Buenos Aires, 1986, p. 49.

⁹⁹ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J., Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 228 y ss.

abogado defensor desde el inicio, así como también el derecho a participar e intervenir en el procedimiento, requiere necesariamente que exista registro de las actuaciones, por un lado, y que se le permita el acceso, por el otro, con el objeto de que no sea un derecho meramente nominal, sino que sea efectivo en la práctica.

Según los hechos del caso, es incontrovertido por los intervinientes que no hubo registro de la autorización otorgada por el fiscal a la policía para el uso de un agente revelador, de modo que la defensa en ningún momento del procedimiento advirtió la existencia del mismo, siendo este “factor sorpresa” contrario a un adecuado derecho de defensa técnica, absolutamente inadmisibles para la garantía del debido proceso.

A su vez, a partir de la propia extensión del mandato del artículo 276 inciso 3°, se debe excluir no sólo aquella prueba que directamente se vincula con dicha infracción, sino que todo lo que se haya obtenido como consecuencia de la misma, incluyendo la indirecta que deriva de la ilicitud.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

El razonamiento seguido por la Corte Suprema en este caso es encomiable, pero a nuestro juicio pudo haber sido un poco más enfático en ciertos puntos que haremos mención.

Antes de comenzar a argumentar, la Corte realiza un ejercicio muy similar al que proponemos en esta tesis, al indicar que, para verificar si se infringió el derecho a un debido proceso, y la consecuente afectación al derecho a defensa, se requiere establecer si los agentes policiales observaron las condiciones previstas en la ley para llevar a cabo la actuación cuestionada y, en caso de haberlas quebrantado, si ello afecta los derechos constitucionales invocados.

Para ello, se hace cargo de la institución de agente revelador, determinando su función y los requisitos para que la ley elimine la ilicitud de su actuar. Luego, indica que es un hecho pacífico la omisión del registro de la actuación en la carpeta investigativa, infringiendo no sólo lo sostenido en la Ley 20.000, sino también el artículo 227 del Código.

Establece que esta obligación no sólo es fundamental para cumplir la ley especial (eliminando la ilicitud del hecho delictivo), sino que también para los fines del artículo 227, es decir, el adecuado registro con motivo de garantizar el acceso a la información o contenido por parte

de la defensa de aquellas diligencias y actuaciones que forman parte del proceso penal, con el fin de poder ejercer plenamente los derechos que tiene el defensor para cumplir su función, y así evitar sorpresas en el ámbito probatorio.

Indica que a partir de la ilicitud base, se deriva la ilicitud de las demás actuaciones, pues fue el actuar del agente revelador el que provocó la situación de flagrancia que habilitó a los policías a la entrada y registro del inmueble de forma autónoma, donde se recabó evidencia que resultó fundamental para el proceso penal.

Por todo lo anterior, acoge el recurso, excluyendo no sólo el testimonio del agente revelador, sino que también toda aquella prueba que derivó de su actuación, incluyendo los documentos, objetos, pericias y declaraciones de demás policías.

Si bien adscribimos plenamente a lo resuelto por la Corte, estimamos que sí erró en un aspecto.

Chile no cuenta con una norma expresa que acoja la idea que tanto la prueba ilícita directa como indirecta deba ser excluida del juicio, a diferencia de España, que en el artículo 11.1 de la LOPJ¹⁰⁰ establece que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, de modo que la labor de la jurisprudencia se torna elemental para determinar la extensión del mandato contenido en el artículo 276 inciso 3°.

Por esta razón, si bien implícitamente reconoció la doctrina del fruto del árbol envenenado¹⁰¹, al no explicitarlo faltó a su deber de tribunal unificador de la jurisprudencia, pudiendo asentar las bases para la aplicación de la misma por parte de los demás tribunales del país, dejando pasar una buena oportunidad para cumplir dicha finalidad.

4.2.2. Sentencia ROL 26838-2015, dictada el 12 de enero de 2016¹⁰²

Hechos

¹⁰⁰ Ley Orgánica del Poder Judicial

¹⁰¹ Doctrina que postula que la ilicitud se extiende a los actos que son su consecuencia, corriendo, por tanto, la misma suerte que la prueba obtenida en virtud del procedimiento originario atentatorio. Así, las subsecuentes pruebas son “fruto” del procedimiento viciado, y por tanto reciben de allí el veneno que las condena a su inadmisibilidad, en los mismos términos que el árbol del que crece. Ver ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 29.

¹⁰² C. Suprema, 29 enero 2015, ROL N° 29359-2014. [en: www.poderjudicial.cl]

En razón de diversas sustracciones de sacos de fertilizantes ocurridas en Curacautín, la víctima del delito concurre a carabineros a realizar una denuncia. La víctima era íntimo amigo de la Juez Titular del Juzgado de Garantía y suegro de la secretaria del Tribunal.

Una semana después de la denuncia, la fiscal del caso solicitó verbalmente una orden de detención para los imputados, y una orden de registro para el inmueble del otro imputado por la receptación, las cuales fueron autorizadas por la jueza titular del Juzgado. En la audiencia de control de detención, se solicitó la recusación de la jueza, la cual fue acogida.

Posteriormente, en la audiencia de preparación, se solicitó la exclusión de la prueba obtenida a partir de la orden de detención emanada de la jueza titular, lo cual fue acogido por el juez no inhabilitado, pero revocado por la Corte de Apelaciones de Temuco, en razón de haberse dictado cuando aún la Jueza tenía plena competencia para conocer del asunto, pues no se había declarado la inhabilidad.

Los imputados terminan el procedimiento siendo condenados al delito de hurto y al delito de receptación, respectivamente.

Análisis

Normativa aplicable

Es tan angular el problema en cuestión, que no posee una gran cantidad de normas que busquen regularlo. Por el contrario, bastan ciertos principios generales contemplados en el Título I del Código Procesal Penal para tratar el tema. En este sentido, son relevantes, particularmente dos artículos: el primero y el segundo.

El artículo 1 indica que ninguna persona podrá ser condenada sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Agrega que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad a las normas del Código.

A su vez, el artículo 2 se refiere al juez natural, impidiendo que las personas sean juzgadas por comisiones especiales, exigiendo que el tribunal que conocerá y resolverá el asunto será el que señale la ley y que se hallare establecido antes de la ocurrencia del hecho.

Derecho fundamental comprometido

El derecho a un juez imparcial. Esta es una de las garantías más elementales del derecho a un debido proceso, al ser un requisito indispensable para la solución de cualquier litigio. Esto se debe a que se trata de una condición necesaria para la legitimidad del proceso, ya que, si el tribunal lo desconoce, lo aleja de su rol de tercero ajeno al pleito y genera una lógica desconfianza por parte de los ciudadanos sobre la labor encomendada de hacer justicia.

Se trata de una garantía con vasto reconocimiento en tratados internacionales, contemplada en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como también, de forma implícita, en el inciso sexto del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

La doctrina entiende por imparcialidad del juzgador el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea “equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia. Juez es sinónimo de imparcialidad, es la esencia misma inherente a la justicia. Si el proceso es la forma civilizada como presupuesto para la realización del Derecho Penal, es indispensable que el encargado de decidir sólo podrá hacerlo con justicia si es imparcial, esto es, si no tiene inclinación favorable o negativa respecto a alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso”.¹⁰³

Norma garantía

Debido a la carencia de normas que sistemáticamente garanticen el derecho a un juez imparcial, la norma garantía relativa al caso concreto es el principio contenido en el artículo 1 del Código Procesal Penal.

Al ser tan amplio su tenor, es complejo discernir en torno a si fue infringido en el caso concreto, de modo que la eventual contravención del mismo como justificativo de la regla de exclusión lo trataremos en el análisis de la sentencia, al existir diversos matices necesarios de considerar para una adecuada solución del conflicto.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

¹⁰³ Jauchen, E. Derechos del Imputado, Rubinzal - Culzoni Editores, primera edición, 2007, p. 210.

Adoptando un razonamiento complejo de calificar, la Corte termina rechazando el recurso interpuesto por la defensa, en base a dos consideraciones.

En primer lugar, indica que es fundamental para resolver el conflicto el determinar desde qué momento afecta la causal de inhabilidad la validez de la actuación. En este punto, estima que producen sus efectos desde que han sido manifestadas por el propio tribunal, sea acogiendo algún planteamiento vía recusación amistosa o presentación realizada en dicho sentido; o desde que así lo declare el tribunal llamado a conocer de una alegación de ese tipo, pues es desde aquel instante en que se tiene por configurada la situación de parcialidad que afecta al juez, lo que se traduce, en el caso en concreto, que lo actuado con anterioridad se encuentra amparado en la confianza de imparcialidad, a menos que se probare, previa alegación específica, que el juez actuó en conocimiento de hacerlo bajo causal de inhabilidad, cuestión que no fue planteada por la parte recurrente, desestimando así el recurso.

Agrega, en segundo término, que al momento de solicitar la autorización, la policía ya contaba con antecedentes concretos y suficientes que daban cuenta que las especies hurtadas se encontraban en una bodega de propiedad del acusado, pues fue justamente él quien autorizó, voluntariamente, el ingreso de la policía y de la víctima, en un primer momento, a dichas instalaciones.

En virtud de dicho ingreso, se pudo constatar la existencia de sacos de fertilizantes, los cuales resultaron ser de las mismas características de los que habían sido hurtados desde la instalaciones de la víctima, antecedentes que ponen de manifiesto que la obtención de la prueba que se quiere excluir, vía alegación de prueba ilícita, no tiene como único origen la entrada y registro autorizada por el juez a quien posteriormente se le cuestiona la imparcialidad, lo que se traduce en una pérdida de trascendencia de dicha diligencia, elemento esencial al tiempo de analizar un recurso como el que se analiza.

En razón de ambas justificaciones, termina desechando el recurso. A nuestro parecer, los argumentos ofrecidos por la Corte no son del todo correctos, en especial el relativo al momento desde el cual la causal de inhabilidad condiciona la validez de la actuación. Si bien se puede estar de acuerdo con la parte resolutive del juicio, ya que también estimamos que el recurso debía ser rechazado, la argumentación ofrecida para sustentar la posición nos parece deficiente.

En primer lugar, la Corte sostiene que la inhabilidad condiciona la validez desde que se hace valer en juicio, ya sea por medio de la recusación amistosa, o desde la declaración del tribunal llamado a conocer de la acusación, pues recién ahí se configura la situación de parcialidad, con una sola excepción, que consiste que el imputado y su defensa demuestren específicamente que el juez actuó en conocimiento de la inhabilidad, lo cual no fue efectuado por los intervinientes afectados en este caso.

En los hechos del caso, desde el comienzo del procedimiento, en la audiencia de control de detención, se hizo valer la inhabilidad, siendo éste el primer momento en que la parte interesada podía alegarlo, siendo aceptada por el juez no inhabilitado, decisión que se ratificó en la audiencia de preparación, al excluir la prueba. Sin embargo, la Corte de Apelaciones, siguiendo este mismo criterio, revocó, al considerar que al momento de la expedición de la orden aún estaba habilitado para hacerlo.

Esto último, a lo cual adscribe la Corte Suprema, nos parece contrario a toda expectativa de integridad y probidad judicial, además de imponer una carga excesiva en los hombros del imputado, exigiéndole demostrar específicamente que el juez conocía su inhabilidad.

No debe olvidarse que la función jurisdiccional se justifica sobre la base de un consenso de la sociedad en torno al abstenerse de ejercer auto tutela como método de solución de conflictos, confiándole a un tercero imparcial -el tribunal- la función de resolver los litigios, de modo que se debe responder a dicha confianza y expectativa generada dentro de un Estado de Derecho.

Por tanto, si el juez que dictó la orden tenía conocimiento -evidentemente lo tenía- en torno a la amistad con el denunciante respecto del cual se solicitó, éste, de oficio, debió haberse declarado inhábil para conocer del asunto, garantizando así una adecuada imparcialidad, cualidad de la esencia de la jurisdicción.

En relación al segundo punto, concordamos, tal como lo hicimos en el capítulo anterior, que debe ser un perjuicio trascendente el que genere la nulidad del juicio, como emanación del principio de protección. Sin embargo, estimamos que la Corte implícitamente está usando otro criterio distinto a la falta de trascendencia para descartar la exclusión de la prueba.

En este sentido, nos parece que la Corte utiliza la doctrina de la “fuente independiente”¹⁰⁴, que postula que no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta por medio de un cause investigativo distinto del empleado para la recolección de elementos probatorios ilícitos.

Si bien a través de ambos obtenemos el mismo resultado -rechazo del recurso-, pareciera ser que la idea de que la policía ya contaba con antecedentes concretos y suficientes que daban cuenta que las especies hurtadas se encontraban en una bodega de propiedad del acusado, porque él, voluntariamente les había permitido el ingreso, es más consistente con la doctrina de la fuente independiente que de falta de trascendencia del perjuicio, pues la policía había tomado conocimiento de dichos antecedentes de forma lícita, con independencia de la diligencia ilícita que pudo haber contaminado la prueba, y eso es lo que termina justificando su licitud.

4.3. Sentencias relativas al Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones

Muy vinculado con el derecho a la inviolabilidad del hogar aparece este otro derecho, por ser ambas emanaciones del derecho a la vida privada e intimidad de las personas. Es particularmente relevante el tratamiento del mismo, debido a que el Código Procesal Penal es particularmente riguroso al reglamentarlo, respondiendo al mandato constitucional que hace que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas no sea un derecho absoluto.

En efecto, esta extensa regulación devela la idea que las diligencias que dicen relación con la interceptación las comunicaciones privadas son de aquellas que afectan en mayor medida el derecho a la intimidad de las personas. Por esta razón, los resultados obtenidos a partir de estas no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento cuando la interceptación hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en ella.

En la presente tesis, examinaremos dos sentencias dictadas por la Corte Suprema en la que se pronuncia sobre presuntas infracciones a éste derecho, siendo rechazados los recursos en ambos casos.

¹⁰⁴ Se tratará a mayor profundidad en la sección 4.4.3 de éste capítulo.

4.3.1. Sentencia ROL N° 46486-2016, dictada el 5 de septiembre de 2016¹⁰⁵

Hechos

En el marco de una investigación por tráfico de drogas, a la que se llegó por medio de interceptaciones telefónicas y por un control de identidad donde se registró el vehículo en el que el imputado se desplazaba, se incautaron diversas drogas y un arma que no se encontraba inscrita.

En el recurso, lo que se denuncia es, en primer lugar, la interceptación de comunicaciones, donde había una orden para interceptar un teléfono de un número determinado, que correspondía a un nombre también determinado, quien era el blanco de la investigación. Sin embargo, resultó que el teléfono en cuestión le correspondía a otra persona distinta de quien se había solicitado la orden, y la policía, sabiendo o conociendo de este hecho, y sin informar al fiscal ni contando con una nueva autorización judicial, siguió utilizando dichas ´escuchas´.

En segundo lugar, se cuestiona la procedencia del control de identidad, pues en virtud de las escuchas telefónicas, ya se sabía concretamente quién era la persona. Estaba perfectamente individualizada; pero aun así se le controló la identidad, y a partir de dicha diligencia, y el subsecuente registro del vehículo, se terminó incautando la droga y el arma, que se utilizaron para fundar la sentencia condenatoria.

Análisis

Normativa aplicable

Para una adecuada solución del caso, se deben tener a la vista los artículos 85 y 222 del Código Procesal Penal, además del artículo 24 de la Ley N° 20.000.

El artículo 85 se refiere al control de identidad, establecido como una de las facultades en que la ley habilita a las policías para actuar autónomamente, y consiste en un procedimiento que tiene como objeto determinar la identidad de una persona cuando se dan determinados indicios en torno a que una persona hubiere cometido o intentado cometer un delito; de que

¹⁰⁵ C. Suprema, 5 septiembre 2016, ROL N° 46.489-2016. [en: www.poderjudicial.cl]

podiere suministrar información útil para la investigación de un delito; o bien porque se encapuche o busque ocultar o disimular su identidad.

El artículo 222, relativo a la interceptación de comunicaciones, que, respondiendo al mandato contenido en la Constitución en el numeral quinto del artículo 19, establece los casos y formas en que puede realizarse esta diligencia.

En particular, éste artículo exige, estrictamente, que existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, en torno a que una persona hubiere cometido o participado en un hecho que mereciere la pena de crimen, y cuando sea imprescindible para la investigación, previa autorización judicial. Esta orden sólo puede afectar al imputado o a personas de quien se tengan sospechas fundadas, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones, y también, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios. El contenido de la orden también es muy exigente, pues se requiere indicar circunstanciadamente el nombre y la dirección del afectado, y señalar la forma de la interceptación y su duración, indicando que no puede superar los 60 días, prorrogables por el mismo período previa concurrencia de los mismos requisitos.

Finalmente se debe tener a la vista el artículo 24 de la Ley N° 20.000, que hace aplicable la interceptación de comunicaciones a todos los delitos previstos en ella -no sólo los que merecen pena de crimen-, y además no hace aplicable la restricción de la indicación circunstanciada del nombre y la dirección del afectado, bastando la consignación de las circunstancias que lo individualizaren.

Derecho fundamental comprometido

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, como expresión del derecho a la intimidad.

Como mencionábamos precedentemente, este derecho afecta la esencia misma de la vida privada de las personas, de modo que el legislador fue particularmente riguroso al regularlo, estableciendo no sólo los requisitos o secuencias para su afectación, sino que también indica, expresamente, que de no cumplir esos requisitos, los resultados no podrán ser utilizados en el procedimiento como medios de prueba, como dispone el artículo 225.

Esto es así, por cuanto se trata de una “proyección de las particularidades personalísimas del individuo que constituye el núcleo de lo íntimo, secreto o confidencialidad que toda persona tiene y conforme a lo cual proyecta su vida y le infunde un sello característico propio e irrepetible, por lo que se trata de un atributo cercano a la dignidad humana; razón por la que la intimidad, unida a la libertad, es la base de ese derecho”.¹⁰⁶

Este derecho se encuentra consagrado en la Constitución en el artículo 19 N° 5 y también en tratados internacionales ratificados por Chile, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17).

Norma garantía

En este caso, al tratarse de una investigación por tráfico de drogas, debemos considerar como norma garantía el artículo 222 en relación al artículo 24 de la ley especial sobre la materia, que atenúa en cierta medida las exigencias establecidas por Código. Por tanto, debe tratarse de un delito previsto en dicha ley, que es lo que efectivamente ocurrió, y que además se cumplan dichos requisitos. El artículo 24 exige una individualización del afectado, no tan exigente como el 222, pero de todas formas no permite la “interceptación innominada” de las comunicaciones, sino que el blanco debe ser una persona determinada, previa autorización judicial.

En el caso particular, tenemos que se había autorizado la interceptación para una persona distinta de quien era la efectivamente afectada por la medida intrusiva, y que la policía tomó conocimiento de ello, y aun así tomó provecho de la misma.

En ese entendido, creemos que hubo una contravención a la norma garantía, existiendo vulneración del derecho fundamental, toda vez que hubo una intromisión grave de parte de la policía a las comunicaciones de una persona, sin que el juez haya autorizado intervenir el teléfono de la misma, de modo que naturalmente se debió haber activado la norma de exclusión contenida en términos generales en el artículo 276 del Código, y particularmente el artículo 225 relativo a la prohibición de utilización de los resultados de la interceptación

¹⁰⁶ Cea Egaña, J. L., Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, p. 198.

cuando estos se haya efectuado en contravención a la secuencia de requisitos establecidos en la ley, como aconteció en este caso.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

En una sentencia bastante cuestionable a nuestro entender, la Corte rechazó el recurso deducido por la defensa.

En relación a la primera infracción denunciada, esto es, la inobservancia al artículo 222, donde se realizó la interceptación a nombre de una persona que resultó ser distinta a quien le pertenecía el teléfono, sin que haya mediado una nueva autorización judicial, la Corte la desestima, indicando que dicha circunstancia fue establecida después de la autorización, por lo que era desconocido tanto para la policía como por el tribunal.

Agrega que esta interceptación se inserta dentro de una investigación mayor, que incluía a otras personas tales como la pareja del condenado, cuyos teléfonos fueron intervenidos días después, los que en la sumatoria permitieron el seguimiento y la posterior detención de todos los acusados.

Por ello rechaza la impugnación, por estimarla extremadamente formal, ya que sólo cuestiona la singularización referida al artículo 222 del CPP, pero que no se hace cargo de los presupuestos tenidos en cuenta para la práctica del mecanismo de averiguación que consagra la ley de drogas, y teniendo en cuenta que el hecho que el teléfono le haya pertenecido a otra persona constituye una contingencia no prevista, que permite aplicar el artículo 223 inciso final de Código, el cual autoriza a utilizar la información si fuere relevante para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen.

En relación a la segunda infracción, referida al control de identidad realizado, la Corte entiende que hay una pluralidad de indicios en los cuales se puede fundar la diligencia, tales como una investigación previa que lo involucraba con el tráfico de drogas e interceptaciones telefónicas que confirmaron las gestiones de transporte de drogas, los que justificarían un control de identidad, rechazando la denuncia.

No nos pronunciaremos sobre la segunda denuncia, pues los presupuestos del artículo 85 y lo relativo al control de identidad serán examinados en la sección 4.5 de éste capítulo.

En relación a la sección que nos convoca, creemos que el fallo se encuentra errado.

Nos parece que, de una forma sumamente compleja de sintetizar, la Corte intenta vincular los hechos con lo prescrito en el inciso final del artículo 223, que sirve para evitar la destrucción de los registros, si estos contuvieren información útil para otro procedimiento, seguidos por hechos que pudieren merecer pena de crimen. Además, sugiere que la denuncia no se hace cargo de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 20.000, que es más laxa en cuanto a las exigencias de la medida.

Nos parece que acá hay un doble error.

En primer lugar, estos hechos no son útiles para otro procedimiento, pues fue en ese mismo procedimiento donde se utilizaron los resultados obtenidos, por cuanto no es aplicable la norma citada. Además, de la circunstancia de que se trate de una contingencia no prevista, no sigue un impedimento para la policía de dar cuenta de la situación al fiscal, con el objeto que éste solicite la correspondiente autorización, y así proseguir con el procedimiento conforme a la ley.

En segundo lugar, tal como lo establecimos en el análisis de la norma garantía, la ley especial rebaja las exigencias del artículo 222, pero no al punto de permitir interceptaciones innominadas, sino que siempre se requiere la consignación de las circunstancias que permitan la individualización del afectado, lo cual no ocurrió en el caso, y por tanto lo que correspondía aplicar era lo dispuesto en el artículo 225, lo que implica la inutilización de los resultados de la medida.

Esto último es lo que advierte la ministra Muñoz, en su voto disidente, al cual adscribimos, estableciendo que la policía se extralimitó de sus facultades al no comunicar la situación al fiscal, en el entendido que se vulneran la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones y de respeto y protección de la vida privada invocadas en el recurso, ya que al haberse iniciado la indagación conforme las instrucciones del fiscal, las diligencias intrusivas que siguieron y estimaron necesarias, también debieron ser autorizadas por el Juez de Garantía competente, único ente con competencia para disponerlas, de manera que la interceptación telefónica de una persona respecto de la cual no se tenía autorización, contamina la prueba, la cual debe excluirse.

4.3.2. Sentencia ROL N° 27787-2016, dictada el 25 de julio de 2016¹⁰⁷

Hechos

Un auxiliar de un colegio es abordado por tres sujetos, quienes proceden a intimidarlo, golpearlo y maniatarlo, sustrayéndole su teléfono celular, y un manajo de llaves, dirigiéndose luego a la biblioteca del establecimiento. En dicho lugar, forzaron la puerta de acceso e ingresaron y llevaron diversas especies tales como televisores, parlantes y computadores.

Cuando se estaban fugando del lugar, fueron sorprendidos por el hermano del auxiliar, quien decide perseguir al acusado, a quien se le cae su propio celular particular. Ante esto, el hermano de la víctima lo recoge, y junto a la ayuda de personal de policía, logran reconocer al acusado, por medio de la revisión de las fotografías contenidas en el dispositivo, verificando su identidad y domicilio en la comisaría.

Producto de dicho reconocimiento, la policía concurre al domicilio del imputado, a las 3 de la mañana, antes de que hayan transcurrido 12 horas, y obtiene la autorización de la madre del mismo para la entrada y registro -constando esto en el acta-, diligencia en la que detienen al imputado, con elementos de comprobación del delito, y además con un arma tipo hechiza en su poder, por lo cual termina siendo condenado por el delito de robo con violencia y porte ilegal de armas.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada solución del caso se debe tener a la vista los artículos 9, 83, 129, 130 y 205 del Código Procesal Penal.

Como hemos visto, el artículo 9 es la base del sistema de garantías de derechos fundamentales, el cual exige en términos generales autorización judicial previa para la realización de cualquier diligencia que vaya a afectar los derechos fundamentales del imputado.

¹⁰⁷ C. Suprema, 25 julio 2016, ROL N° 27787-2016. [en: www.poderjudicial.cl]

El 83 se enmarca dentro del actuar de la policía sin orden del fiscal, permitiéndole a estos auxiliares diversas diligencias como prestar auxilio a la víctima, realizar la detención en caso de flagrancia, el resguardo del lugar, recibir denuncias, entre otras.

Los artículos 129 y 130 regulan la detención en caso de flagrancia, los cuales debe relacionarse con el 83 en razón de estar permitida la actuación autónoma de la policía su realización. El 130 establece las situaciones de flagrancia, contemplando cinco casos: el que actualmente estuviere cometiéndolo; el que acabare de cometerlo; el que huyere del lugar de comisión y fuere designado por alguna persona como autor o cómplice; el que en un tiempo inmediato a la comisión fuere encontrado con objetos o señales que permitan sospechar su participación punible; y el que en un tiempo inmediato fuere designado por la víctima o testigos como autor o cómplice del delito; entendiéndose por tiempo inmediato las 12 horas que median entre la comisión y la captura del imputado.

Finalmente se encuentra el artículo 205, que como hemos visto precedentemente, establece que en casos en que se presumiere que el imputado o los medios de comprobación del hecho investigado se encuentren en un lugar cerrado, se podrá entrar y registrar el mismo, siempre que el propietario o encargado del lugar autorizare voluntariamente la práctica de la diligencia, o bien cuando exista autorización judicial que permita el ingreso al hogar.

Derecho fundamental comprometido

En este caso, se ven claramente comprometidos los derechos a la vida privada e intimidad, tanto en su expresión de inviolabilidad del hogar (Vid Supra 4.1.1.) como en la de inviolabilidad de las comunicaciones (Vid Supra 4.3.1).

Tal como lo hemos hecho en algunos análisis anteriores, estimamos que en este caso el examen relativo a la norma garantía se comprende mejor si se realiza a la par con la exposición de lo sostenido por la Corte, dada la interpretación de normas que se debe efectuar para su adecuada solución.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

A nuestro entender, la Corte realiza una muy buena ponderación de los intereses en juego, para concluir que el recurso debe rechazarse, ya que, según los presupuestos fácticos del mismo, debe primar la eficacia en la persecución penal.

Comienza estableciendo el marco normativo que regula el caso, analizando los artículos 80, 83, 130 y 205, indicando que se debe verificar si hubo una infracción normativa, y si dicha infracción implica una vulneración de derechos.

En relación a los hechos constitutivos del caso, estima que la forma en cómo la policía tomó conocimiento del imputado legitima su actuación, cumpliendo con su deber de detener en caso de flagrancia.

Sostiene que se ajusta a derecho, toda vez que la víctima se encontraba golpeada y maniatada, y carabineros contaba con una evidencia que les permitiría la identificación del agresor, y estando dentro del límite temporal propuesto por el artículo 130, parece de toda lógica estimar que la conducta de la policía es correcta, restándole trascendencia a la omisión denunciada en el ejercicio de las garantías que la Constitución reconoce al imputado.

Además, señala que no puede existir expectativa de privacidad, si se recoge el teléfono caído en persecución en la vía pública, rechazando la denuncia de violación al derecho a la comunicación privada, estimando que el actuar de la policía se ajustó a derecho en atención a criterios de evaluación sobre la emergencia o necesidad de premura de la intervención.

En relación a la alegación hecha en torno a que la entrada y registro se hizo fuera del marco establecido en el artículo 205, la Corte señala que los términos de la norma validan el actuar policial, desde que el consentimiento de ingreso fue prestado por quien aparecía como encargado del inmueble, en consideración a la información proporcionada por los funcionarios policiales, de manera que no es posible reprochar ilegalidad por omisión en el cumplimiento de los requisitos.

Estimamos correcta la decisión adoptada por nuestro tribunal supremo. Si bien, en términos estrictos, al no existir una norma particular, debiese aplicarse el artículo 9, los mismo hechos del caso nos llevan a validar el actuar, pese no tener autorización.

No puede perderse de vista que la víctima se encontraba herida y maniatada, y que se contaba con un medio que permitía encontrar a los autores del delito, el cual, si no se usaba con celeridad, perdería toda su eficacia. Además, debe considerarse que fue recogido en una persecución privada, por parte del hermano, en la calle.

A todo lo anterior, se debe agregar que nos encontramos en situación de flagrancia, lo que permite a la policía actuar de forma autónoma, con el objeto de dar una real efectividad a la persecución penal.

En atención a lo mencionado precedentemente, no se podría arribar a otra respuesta más que validar el actuar, tanto por el hecho de que no se trata de una intervención de las comunicaciones, sino que solo una revisión de fotografías para identificar al implicado, como también por el hecho que se cumplió con la normativa del artículo 205 al contar con autorización del encargado del lugar para proceder a su entrada y practicar la detención.

Esto es consistente con la intención del legislador, al establecer que excepcionalmente la policía podrá actuar autónomamente en precisos y determinados casos, fijando un límite temporal para su vertiente más gravosa (las detenciones) con el objeto de eliminar o reducir al máximo la discrecionalidad en el actuar policial del que se derive restricción de derechos. Así es como se buscó conciliar una efectiva persecución y pesquisa de los delitos, con los derechos y garantías de los ciudadanos, y así lo estableció, también, la Corte.

4.4. Sentencias relativas al Derecho a Guardar Silencio y Principio de la no Autoincriminación

Este derecho es una emanación del derecho a la defensa, pero dada la cantidad de sentencias en las que se ve comprometida esta faz de ese derecho, preferimos tratarlo en una sección separada.

La consagración de este derecho marca una de las profundas diferencias existentes entre los dos sistemas procesales penales que han imperado en nuestro país.

Por un lado, en el sistema inquisitivo, la búsqueda de la confesión era uno de los objetivos del ente investigador, pudiendo ser utilizada la confesión provocada en contra del procesado, siempre y cuando se cumpla determinados requisitos tales como que se preste ante el juez de la causa en forma libre y espontánea, que el hecho confesado sea verosímil en atención a las circunstancias personales del procesado y que la confesión concuerde con otros medios que buscan comprobar las circunstancias que configuran el hecho punible.

Sin embargo, en un sistema acusatorio, como el que rige actualmente, la declaración del imputado sólo es vista como un medio de defensa del imputado, y por tanto éste es

plenamente soberano sobre la decisión relativa a declarar o no declarar, y se establecen ciertos requisitos que deben observarse para que éste pueda hacerlo válidamente en el proceso.

Por tanto, en nuestro sistema, el derecho a no declarar en contra de uno mismo -en su faz activa: derecho a declarar, y en su faz pasiva: derecho a guardar silencio-, es “manifestación viva del derecho a defensa y asiste al imputado desde los actos iniciales del procedimiento hasta su término. Ello trae como consecuencia la proscripción del sistema procesal penal de todo mecanismo coactivo, al igual que toda argucia, engaño o promesa para obtener la declaración del imputado contra su voluntad”.¹⁰⁸

En esta sección, serán analizadas tres sentencias, de particular importancia, para examinar el tratamiento que le da la Corte a este derecho.

4.4.1. Sentencia ROL N° 14781-2015, dictada el 3 de noviembre de 2015¹⁰⁹

Hechos

La investigación comenzó por una denuncia de presunta desgracia, donde el fiscal entregó una instrucción particular a la PDI.

La PDI concurre donde el imputado -menor de edad- y su madre, para consultarle sobre la presunta víctima. El imputado indica que la conoce, y que ésta lo acosaba.

Posteriormente, en base a declaraciones de testigos de oídas que indicaban que el imputado habría dado muerte a la víctima, personal de la BICRIM decidió llevar a uno de ellos al lugar donde se rastreaba el cuerpo, sin resultado positivo.

Debido al fracaso anterior, ese el mismo día, tres funcionarios concurren nuevamente donde el imputado, sin presencia -ni instrucción del fiscal-, ni tampoco del defensor, y le afirman que sabían todo y que era mejor que cooperara. Ante esto, el imputado rompe en llanto, confesando el hecho, y los dirige al lugar donde ocultó el cuerpo y el arma homicida.

Una vez ocurrido lo anterior, el fiscal ordenó citar al imputado, acompañado de su madre y con su defensor, oportunidad en que se acogió a su derecho a guardar silencio.

¹⁰⁸ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 88.

¹⁰⁹ C. Suprema, 3 noviembre 2015, ROL N° 24781-2015. [en: www.poderjudicial.cl]

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada solución del caso, se deben tener a la vista los artículos 91 y 93 letra g) del Código Procesal Penal, además del artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes.

El artículo 91 se refiere a la declaración del imputado ante la policía, regulando cuatro situaciones: (i) el imputado solo ante la policía; (ii) el imputado solo ante la policía y desea declarar; (iii) el imputado solo ante la policía y desea declarar, pero no es posible que declare inmediatamente ante el fiscal; y, (iv) el imputado que se encuentra ante la policía con su defensor.

Resulta particularmente relevante el primer caso, donde este artículo indica que la policía no podrá interrogar autónomamente a un imputado sin su defensor, pudiendo sólo realizar preguntas conducentes a la constatación de la identidad del sujeto.

El artículo 93 establece un listado de derechos y garantías del imputado, donde destaca la letra g) que reconoce el derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

Finalmente, el artículo 31 de la Ley N° 20.084, que, complementando al artículo 91 del Código en caso que se trate de un adolescente, indica que sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.

Derecho fundamental comprometido

Se ve afectado el derecho a defensa, especialmente en su dimensión pasiva, en torno al derecho a guardar silencio y la no autoincriminación.

Se trata de un derecho que tuvo un lento desarrollo en el derecho comparado, el cual tiene como punto de inflexión la quinta enmienda agregada por la declaración de Derechos a la

Constitución de Estados Unidos, donde se estableció la garantía de “no ser compelido, en un proceso criminal, a dar testimonio contra uno mismo”.¹¹⁰

También fue muy relevante un fallo dictado por la Corte Suprema de dicho país, conocido como “*Miranda con Arizona*”, donde esta garantía alcanzó su máxima extensión, al exigirle a la policía informar al imputado de su derecho a guardar silencio; a que todo lo que diga puede ser usado en su contra; a contar con un abogado durante el interrogatorio; a asesorarse con el abogado antes de hablar; y la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de no tener recursos.

Este fallo hizo eco en nuestra legislación, al ser contemplada dentro del artículo 135 del Código la exigencia de informarle al detenido su derecho a la intimación; a ser asistido por abogado desde los actos iniciales y a guardar silencio.

Constitucionalmente, este derecho se puede derivar del artículo 19 N° 3 en relación al debido proceso, como también a través del N° 7, como manifestación del derecho a la libertad personal y seguridad individual, principalmente en lo dispuesto en la letra f) del mismo, que prohíbe obligar al imputado a que declare bajo juramento sobre hecho propio.

Además, tiene amplia consagración en tratados internacionales ratificados por Chile, especialmente el artículo 8.2 g) y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Norma garantía

La norma garantía que protege este derecho fundamental en el caso particular es la interpretación armónica del artículo 91 del Código con el 31 de la Ley N° 20.084.

Estos establecen los requisitos que deben observarse para que sea válida la declaración del imputado adolescente en el marco de una investigación criminal.

Como vimos anteriormente, se trata de un caso en que la policía busca la declaración del imputado, sin la presencia del fiscal ni de su defensor, con preguntas que van más allá de la mera constatación de su identidad, la cual era perfectamente conocida por la policía.

¹¹⁰ ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 90.

Se debe agregar lo establecido en la Ley 20.084, en el entendido que contiene diversos principios que buscan complementar la regulación ordinaria, al tratarse de personas que por su grado de desarrollo personal o de madurez, no están igualmente capacitados que los adultos para tomar decisiones con libertad y por ende para comprender las consecuencias procesales de las mismas, obligando a ser aún más rigurosos en el proceder relativo a la declaración.

De esta forma, como no se le advirtieron sus derechos como imputado, y especialmente por provocar la confesión por medio de un temor infundido por los mismos policías que lo compelieron a hablar -al decirle expresamente que saben todos los detalles y que le conviene cooperar-, podemos establecer que hubo una inobservancia de la norma garantía, que a su vez lesiona el derecho fundamental a no auto incriminarse, y por tanto, toda la prueba que se haya obtenido a partir de la declaración, tales como el cuerpo, el arma homicida, las pericias realizadas, las fotos vinculadas al hallazgo, etcétera, deben ser excluidas del proceso en atención a la regla de exclusión.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

En un fallo más que discutible, a nuestro juicio, la Corte rechazó el recurso fundando su sentencia en una de las doctrinas seguidas en el derecho comparado para atenuar los efectos exclusorios de la prueba derivada de aquella que fue obtenida ilícitamente.

La Corte comienza estableciendo, como hecho indubitado, que la declaración del imputado es ilegal, por cuanto así ha sido declarado por el tribunal de instancia -quien excluyó el testimonio de los policías- y admitido por el ministerio público, y, por tanto, lo que está en discusión, dice relación con el uso que se le dio a determinados medios probatorios, tales como las fotos, el cadáver, el arma homicida, al haber sido valorados por el tribunal para fundar la condena.

Para dirimir lo anterior, expone la doctrina del fruto del árbol envenenado¹¹¹, e indica que el fondo de la cuestión debatida radica en determinar de qué manera las pruebas discutidas pueden considerarse consecutivas o dependientes del acto cuya ilicitud no es discutida.

¹¹¹ Vid Supra nota 109.

Acá es donde introduce la doctrina del hallazgo inevitable, citando al respecto a la Corte Suprema de USA, estableciendo que era suficiente para establecer la licitud del hallazgo y la admisión de las pruebas que de él se derivan la existencia de elementos probatorios que permitiesen demostrar que la evidencia cuya licitud se discute "pudiese haber sido descubierta por medios lícitos", de modo que se cortaría el vínculo causal de ilicitud que contamina la prueba.

Analizando si esto concurre en el caso, sostuvo que, en virtud de la declaración de un bombero rescatista, el punto donde se encontró el cadáver, se encontraba comprendida en la planificación del rastreo destinado a la tarea de ubicar el cuerpo de la persona cuya presunta desgracia se había denunciado, lo cual fue determinante para que la Corte opte por rechazar el recurso.

Nos parece que la razón del por qué la Corte optó por este camino, deriva de la similitud entre los hechos del caso con los hechos que fundaron la sentencia del caso "*Nix contra Williams*, 467 E.U. 431 (1984)", pero no consideró las particularidades mismas de cada caso, ni tampoco los requisitos que se exigen en la actualidad para la aplicación de esta teoría.

En el fallo norteamericano, los hechos son los siguientes: en virtud de una súplica por parte de la policía al acusado, para dar una "cristiana sepultura", el acusado confesó ser el culpable de un homicidio y llevo a la policía al lugar donde había enterrado a la víctima. El Tribunal excluyó las declaraciones del acusado, sin embargo, "no aceptó que el cuerpo de la víctima fuera también excluido como resultado del interrogatorio ilegal ya que el mismo se habría descubierto en cualquier caso durante la búsqueda que estaba teniendo lugar antes de la declaración por más de doscientos voluntarios según un plan de rastreo que incluía la zona donde finalmente se encontró el cadáver".¹¹² Se le suplicó porque estaba nevando, y eso dificultaría aún más la búsqueda.

Como se puede apreciar, los hechos son muy similares, razón por la que creemos que la Corte vio una oportunidad para introducir esta doctrina en nuestra jurisprudencia. Sin embargo, no consideró dos cosas.

¹¹² MIRANDA, M. La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Revista Catalana de seguretat pública, Barcelona, mayo 2010, p. 144.

En primer lugar, que en la sentencia analizada el imputado es un adolescente, y existiendo una ley especial con normas que refuerzan la rigurosidad que se debe seguir en relación a sus declaraciones, no puede ser desestimada sin una argumentación más profunda que permita abstraernos del tenor, y del sentido de la ley.

En segundo lugar, y más importante aún, en este fallo la Corte desconoce los exigentes requisitos que existen en el derecho comparado para la aplicación de la teoría del hallazgo inevitable. En términos generales, esta teoría postula que “no cabría la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una actuación policial respetuosa con los derechos fundamentales, independiente de la inicial ilicitud cometida”.¹¹³

Sin embargo, dado que la teoría parte de un supuesto que no se corresponde con lo efectivamente acontecido, la doctrina ha exigido dos requisitos adicionales para que sea aplicable.

- A. Que el “Estado acredite *fehacientemente* que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original”¹¹⁴ (las letras cursivas son nuestras); y
- B. Que su aplicación se “limite exclusivamente a actuaciones policiales de buena fe, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a «acelerar» por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente”.¹¹⁵

A nuestro parecer, ninguno de los dos requisitos se cumplió en el caso: (i) No se acreditó fehacientemente que de todas formas se hubiese obtenido la prueba, debido a que del hecho que el bombero declarara que la zona donde estaba el cuerpo estaba dentro de la planificación de rastreo no se desprende indefectiblemente que se encontrarían las prueba; y (ii) porque el interrogatorio de la policía fue realizado de absoluta mala fe, pues engañaron al imputado y lo compelieron a declarar ofreciendo, tácitamente, mejores condiciones en caso de condena.

¹¹³ Ibid. loc. cit.

¹¹⁴ Ibid, p. 145.

¹¹⁵ Ibid, p. 145.

Por tanto, al ser esta teoría ampliamente lesiva del Estado de Derecho, y al permitir la destrucción de la presunción de inocencia a través elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales, se debe ser sumamente exigente en su aplicación, lo cual no ocurrió en este caso particular.

4.4.2. Sentencia ROL N° 28451-2014, dictada el 30 de diciembre de 2014¹¹⁶

Hechos

En el marco de una investigación de un robo con violación, al realizarse el empadronamiento del sitio por parte de la policía, se obtuvo información respecto de un sujeto que reunía las características dadas por la víctima, a quien se le entrevistó, al día siguiente, por funcionarios policiales en calidad de testigo.

En dicha oportunidad se le planteó la realización del examen de hisopado bucal, con lo que estuvo de acuerdo, ya que negaba participación en los hechos. Le fueron leídos sus derechos como testigo y se le indicó que, si se establecía coincidencia entre su muestra de ADN y la que se halló en el calzón de la víctima, se le vincularía con el ilícito que se estaba indagando.

En razón de esa prueba pericial biológica, se estableció la autoría del sujeto, y termina siendo condenado.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada solución del caso, se debe tener presente lo dispuesto en los artículos 7, 91, 93 y 197 del Código Procesal Penal.

El artículo 7 se refiere a la calidad de imputado, posición en el proceso que goza la persona a quien se le atribuye participación punible desde la primera actuación del procedimiento en su contra, hasta la completa ejecución de la sentencia, y a la cual se le asocian una serie de facultades, derechos y garantías.

¹¹⁶ C. Suprema, 30 diciembre 2014, ROL N° 28451-2014. [en: www.poderjudicial.cl]

El art. 91 se refiere a la declaración del imputado ante la policía, regulando cuatro situaciones: (i) el imputado solo ante la policía; (ii) el imputado solo ante la policía y desea declarar; (iii) el imputado solo ante la policía y desea declarar, pero no es posible que declare inmediatamente ante el fiscal; y, (iv) el imputado que se encuentra ante la policía con su defensor. En el primer caso, la policía sólo puede realizar preguntas tendientes a la constatación de la identidad.

El artículo 93 se refiere a los derechos y garantías asociados a la calidad de imputado, dentro de los cuales destacan el derecho a la información sobre los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales, a solicitar diligencias al fiscal, a solicitar sobreseimiento definitivo, a guardar silencio, entre otros.

Finalmente, el artículo 197, relativo a los exámenes corporales, que permite este tipo de pericias biológicas si fuere necesario para la investigación, siempre que no menoscabare la salud o la dignidad del interesado, que puede ser el imputado o el ofendido por el hecho punible. Para que pueda realizarse, se requiere el consentimiento del interesado, o la autorización del juez en caso de negativa de éste.

Derecho fundamental comprometido

Se afecta el derecho a la defensa, en especial el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse (Vid Supra 4.4.1.). También el derecho a un debido proceso (Vid Supra 4.2).

Norma garantía

En este caso, la norma garantía que protege estos derechos es el artículo 197, en relación al artículo 7 del Código.

Es importante destacar que el artículo 197 permite este tipo de exámenes sólo al imputado o la víctima, no siendo aplicable a cualquier otra persona, debido a la finalidad misma de esta fuente de prueba que tiene por objeto vincular a una persona con un hecho punible.

Por esta razón, no es permisible que sea realizada a testigos, ya que a estos no se les atribuye participación punible, restando cualquier sentido a su utilización en testigos.

Por tanto, si en los hechos, se le realizó este examen a una persona que poseía la calidad de testigo, al cual la policía contactó como tal, y se le leyeron sus derechos en dicha calidad, no

puede ser sometido a este examen, porque lo que denota en realidad, es que se le está tratando como imputado, pero haciéndolo prescindir de todos los derechos y garantías que le asisten en esa calidad, tales como el derecho a guardar silencio y los demás contenidos en el artículo 93.

Por todo lo anterior, al haberse realizado esta prueba a una persona que no era considerado imputado, ni le fueron informados sus derechos como tal, hubo una inobservancia a una norma garantía, que denota la infracción al derecho fundamental, razón por la cual debe aplicarse la regla de exclusión.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

La Corte, en un fallo muy bien argumentado a nuestro parecer, acoge el recurso, invalidando el juicio oral y excluyendo la prueba.

Al analizar los hechos, estima que desde un comienzo hubo una errónea consideración para con el acusado, por cuanto tuvo un tratamiento como testigo, se le leyeron sus derechos en tal calidad, pero se le realizaron diligencias propias de un imputado, pues son tendientes a determinar la participación punible de una persona en el hecho investigado. Además, se produce una clara infracción al artículo 197, que establece que estas diligencias biológicas sólo se pueden realizar al ofendido o al imputado, mas no a los testigos.

Por lo anterior, establece que la actuación de la policía, tratándolo como testigo, fue contraria a la ley, y, además, engañosa, pues no pusieron en evidencia sus probabilidades de actuación ni los derechos con que contaba en su calidad real -imputado-, de modo que el consentimiento que este brindó tampoco es válido, pues no tenía conocimiento de los derechos que le asisten a dicha calidad.

Agrega que no es prudente dejar en manos de la policía la determinación del atributo legal que tiene una persona en un momento determinado en relación a la investigación de un hecho punible, pues en el extremo permitiría vulnerar los derechos del imputado, utilizando información brindada por la persona en su contra, sin mayor advertencia, lo que no puede ser tolerado.

La Corte afirma que el tratamiento dado como aparente testigo a quien surgía como sospechoso de haber participado en los hechos y, por ende, tenía la calidad de imputado,

significó negarle el conocimiento y eventual ejercicio de los derechos consagrados a su favor desde los inicios del proceso penal en los artículos 7 y 93 del Código Procesal Penal.

Tal situación deja en evidencia no sólo un incumplimiento legal, sino que además un quebrantamiento de la garantía constitucional del debido proceso, pues se le negó su calidad de sujeto de derechos dentro del proceso penal, y fue considerado como objeto del mismo, tal como si estuviéramos en un sistema inquisitivo. Por todo lo anterior, acoge el recurso.

Nos parece sumamente interesante la sentencia, pues pone el foco no sólo en el caso concreto, sino que tiene una perspectiva de futuro, previendo que el tolerar situaciones como las descritas permitirían una utilización abusiva, como subterfugio, para la vulneración de los derechos de los imputados para obtener pruebas de cargo, lo que no puede ser admisible en nuestro sistema procesal penal.

4.4.3. Sentencia ROL N° 3828-2014, dictada el 16 de abril de 2014¹¹⁷

Hechos

En abril de 2012, un poco antes de la media noche, en Nueva Imperial, una persona resulta fallecida, en la vía pública, producto de 3 disparos efectuados a corta distancia.

Carabineros, al hacer un empadronamiento del lugar, se contacta con uno de los locatarios del sector, quien indica que fue el “Pichi” el que efectuó los disparos. Al constituirse en el domicilio del imputado, producto del conocimiento que existía en torno al padre del mismo -carabinero jubilado-, se logró una autorización para la entrada y registro del domicilio, sin que se encuentre el arma, pero detienen al imputado.

En la comisaría, entre las 5.00 y las 6.30 am, y sin presencia ni del fiscal ni del defensor, el imputado reconoció su participación en los hechos e indicó el lugar donde se encontraba el arma que utilizó, razón por la cual la policía volvió a concurrir al inmueble, quienes, nuevamente autorizado por el propietario, registraron el hogar, encontrando el arma homicida y las municiones.

Discutida la legalidad de la detención, esta fue declarada ilegal, por no encuadrar en ninguna de las situaciones de flagrancia del artículo 130, y en la audiencia de preparación de juicio

¹¹⁷ C. Suprema, 16 abril 2014, ROL N° 3828-2014. [en: www.poderjudicial.cl]

oral se excluyó parte de la declaración que podían prestar los funcionarios policiales, pero no excluyó el arma incriminada ni las municiones.

Análisis

Normativa aplicable

Se debe tener a la vista los artículos 91, 130 y 205 del Código para el adecuado entendimiento del caso.

El artículo 91 se refiere a la declaración del imputado ante la policía, regulando cuatro situaciones: (i) el imputado solo ante la policía; (ii) el imputado solo ante la policía y desea declarar; (iii) el imputado solo ante la policía y desea declarar, pero no es posible que declare inmediatamente ante el fiscal; y, (iv) el imputado que se encuentra ante la policía con su defensor. En el primer caso, la policía sólo puede realizar preguntas tendientes a la constatación de la identidad.

El artículo 130 establece un listado de situaciones en los que la ley entiende que hay flagrancia, que en términos simples son el que actualmente estuviere cometiéndolo; el que acabare de cometerlo; el que huyere del lugar de comisión y fuere designado por alguna persona como autor o cómplice; el que en un tiempo inmediato a la comisión fuere encontrado con objetos o señales que permitan sospechar su participación punible; y el que en un tiempo inmediato fuere designado por la víctima o testigos como autor o cómplice del delito.

Finalmente, el artículo 205, relativo a la entrada y registro de lugar cerrado, que previene que en casos en que se presume que el imputado o los medios de comprobación del hecho investigado se encuentren en un lugar cerrado, se podrá entrar y registrar el mismo, siempre que el propietario o encargado del lugar autorizare voluntariamente la práctica de la diligencia, o bien cuando exista autorización judicial que permita el ingreso al hogar.

Derecho fundamental comprometido

Se ven afectados el derecho a la defensa, específicamente a guardar silencio y no auto incriminarse (Vid Supra 4.4.1); el derecho a la libertad personal y seguridad individual (Vid Infra 4.5); y el derecho a la inviolabilidad del hogar (Vid Supra (4.1.1)).

En este caso particular, tal como lo hemos expuesto en ciertos casos precedentes, nos parece más conveniente realizar el análisis de la norma garantía en conjunto con lo expuesto por la Corte para la solución del asunto, dada la variante que utiliza ésta para su resolución.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

La Corte, en un razonamiento bastante acotado, confirma lo resuelto por el Juez de Garantía al negar la exclusión en la audiencia de preparación, y lo sostenido por la Corte de Apelaciones en la apelación del auto de apertura.

Sin extenderse mucho, ni ahondar demasiado en los argumentos, funda su sentencia en la convicción que los elementos probatorios en discusión fueron obtenidos a través de una fuente independiente a aquella declarada ilícita -la declaración ante la policía en las condiciones señaladas- en base a dos consideraciones, que, en su sumatoria, justificaría su utilización.

En primer lugar, la declaración de un testigo, que fue preciso en señalar que vio al imputado disparar un arma de fuego, particularmente un revólver, y que éste lo hizo en la vía pública.

En segundo lugar, del hecho que la entrada y registro del domicilio del imputado se valida con el consentimiento prestado por el padre del mismo para el acceso, padre quien es además el propietario del inmueble y del arma homicida.

Por tanto, estima que no existe una conexión de ilicitud entra la prueba de cargo utilizada para fundar la sentencia, y la diligencia declarada ilícita, rechazando el recurso.

Como puede observarse, la Corte no discute la ilegalidad de la declaración, producto de la infracción de la norma garantía contenida en el artículo 91, el cual constituye una vulneración de derechos fundamentales. Apoya esta posición, sólo que se aparta de la aplicación de la garantía secundaria, esto es, la sanción ante la infracción de la norma que consistiría en la exclusión, por medio de la utilización de una conocida excepción a la exclusión de la prueba derivada de una ilícita, es decir, una atenuación a la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

La teoría de la fuente independiente se trata de la “existencia de un cause investigativo diferente que permite obtener prueba por una vía distinta de la empleada para coleccionar los elementos de prueba considerados ilegales”.¹¹⁸

No se trata propiamente de una “excepción” en términos estrictos a la regla de exclusión, sino que se trataría de una “prueba limpia, no contaminada por la ilicitud del acto transgresor, por preceder de una fuente autónoma. Para que sea aplicable será necesario que exista, por tanto, una verdadera desconexión causal entre la prueba ilícita original y la prueba derivada”.¹¹⁹

A nuestro juicio, nos parece un exceso la aplicación de esta teoría al caso concreto, por cuanto no se vislumbra esa desconexión causal que aduce la Corte.

En efecto, existe un testigo que sitúa al imputado en el lugar, y declara haber observado como disparaba el arma, lo cual podría justificar la primera entrada y registro al inmueble hogar del imputado, registro donde no se obtuvo prueba alguna.

Sin embargo, fue sólo una vez realizado el interrogatorio ilícito, en condiciones injustificables, que se pudo realizar el segundo registro, donde se obtuvo toda la evidencia que fue introducida como medio de prueba para fundar la sentencia.

De este modo, salta a la vista que no fue el hecho de haber visto al imputado disparando en la vía pública lo que llevó a la policía hacia el hallazgo del arma, sino la declaración prestada en la comisaría, lo cual, descarta, necesariamente la aplicación de la teoría de la fuente independiente.

Por tanto, la Corte debió haber acogido el recurso, anulando el juicio y excluyendo esta prueba, por haber sido obtenida con infracción de derechos fundamentales.

4.5. Derecho a la Libertad Personal y Seguridad Individual

Se trata del último de los derechos fundamentales cuya infracción se denuncia en las sentencias analizadas que será objeto de nuestro escrutinio en la presente tesis.

Se trata de derechos muy sensibles dentro del proceso penal, dado que la afectación de los mismos puede darse a través de medidas cautelares personales irregulares, o bien controles

¹¹⁸Edwards, C. La Prueba Ilegal en el Proceso Penal, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000, p. 126.

¹¹⁹ MIRANDA, M. La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones. op. cit. p. 143.

de identidad que se apartan de los supuestos legales, de modo que su vulneración es latente en el marco de la investigación.

Si bien la libertad incluye diversas esferas, la que nos interesa a este respecto es la que dice relación con la libertad personal, entendida esta como libertad ambulatoria. Se trata de la “posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos”.¹²⁰ Esta incluiría tres grupos de derechos: i) el derecho a residir en cualquier lugar; ii) derecho a permanecer o trasladarse; y, iii) derecho a entrar y salir del territorio.

Por su parte, la seguridad individual es más bien instrumental a la libertad personal pues consiste en la “tranquilidad producida por la ausencia de toda forma de arbitrariedad y de abuso de poder o desviación de poder que afecte la autodeterminación de la persona”.¹²¹

En este último acápite, examinaremos dos sentencias relativas a presuntas infracciones de estos derechos.

4.5.1. Sentencia ROL N° 1946-2015, dictada el 23 de marzo de 2015¹²²

Hechos

En Viña del Mar, carabineros recibió una llamada anónima donde se indicaba que un sujeto con determinadas características se encontraba comerciando droga en el sector de Caleta Abarca.

Funcionarios de la policía, sin dar aviso al fiscal, se constituye en el lugar indicado, procediendo a realizar un control de identidad a un sujeto que se encontraba sentado en dicho lugar.

¹²⁰ GARCIA MORILLO, J. Los derechos de libertad (I). La libertad personal, en Derecho Constitucional, v. I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. 1ª ed.: s. d. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 245.

¹²¹ NOGUEIRA ALCALA, H. La libertad personal y las dos caras de Jano en el Ordenamiento Jurídico Chileno, en Revista de Derecho, v. XIII, UACH, diciembre 2002, p. 161.

¹²² C. Suprema, 23 marzo 2015, ROL N° 1946-2015. [en: www.poderjudicial.cl]

En dicho procedimiento fueron encontrados paquetes de diario con pequeñas porciones de marihuana -6 gramos-. Carabineros detienen al imputado y lo traslada al cuadrante, lugar donde se lo entrevista sobre el origen de la droga, sin previa información de sus derechos, manifestando el detenido que en su domicilio tenía más droga. Bajo esas circunstancias, carabineros solicita la intervención la OS-7, funcionarios que, previa delegación del fiscal, toman la declaración del imputado.

El detenido, además, autorizó el ingreso al domicilio, lugar donde se incautaron 19 gramos más de marihuana, y se realizaron las fijaciones fotográficas correspondientes.

Análisis

Normativa aplicable

Para su solución, se deben tener a la vista los artículos 80, 83, 85, 91, y 205 del Código Procesal Penal

El artículo 80 establece que las policías ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales, de acuerdo a las instrucciones que éstos impartan

El 83 establece aquellos casos, excepcionales, en que la policía puede actuar de forma autónoma, sin previa instrucción, tales como prestar auxilio, realizar la detención por flagrancia, resguardar el sitio del suceso, recibir denuncias del público, etcétera.

El artículo 85 se refiere al control de identidad, que consiste en un procedimiento que la ley le autoriza a realizar a las policías, sin orden previa, en aquellos casos en que existan indicios que permitan fundadamente sospechar que la persona ha cometido un delito o se dispone a cometerlo; de que pudiere suministrar información útil para la investigación criminal; o en el caso que se encapuche o busque disimular u ocultar su identidad.

El artículo 91 se refiere a la declaración del imputado ante la policía, regulando cuatro situaciones: (i) el imputado solo ante la policía; (ii) el imputado solo ante la policía y desea declarar; (iii) el imputado solo ante la policía y desea declarar, pero no es posible que declare inmediatamente ante el fiscal; y, (iv) el imputado que se encuentra ante la policía con su defensor. En el primer caso, la policía sólo puede realizar preguntas tendientes a la constatación de la identidad.

Finalmente, lo establecido en el artículo 205, que, como hemos visto en reiteradas ocasiones, regula la entrada y registro a un lugar cerrado, estableciendo que sólo será válido en caso que se cuente con el consentimiento del encargado del hogar, o bien autorizados judicialmente.

Derecho fundamental comprometido

Se trata de un caso complejo, que compromete diversos derechos fundamentales tales como el derecho a guardar silencio (Vid Supra 4.4.), el derecho a la inviolabilidad del hogar (Vid Supra 4.1.1) y, principalmente, el derecho a la libertad personal y seguridad individual.

Éste último, se trata de un derecho que se encuentra consagrado tanto en la Constitución, como también en diversos tratados internacionales ratificados por Chile. Así, nuestra Constitución lo consagra en el numeral séptimo del artículo 19, especialmente sus letras a) y b); mientras que la Convención Americana de Derecho Humanos lo hace en su artículo 7 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político los consagra en sus artículos 9 y 12.

Norma garantía

La norma garantía que protege este derecho fundamental es el artículo 85, que establece los requisitos para que se pueda realizar el control de identidad, el cual afecta claramente la libertad personal.

Según este artículo, la policía sólo excepcionalmente se encuentra habilitada para la realización de este procedimiento, en aquellos casos fundados, que, de acuerdo a las circunstancias, existieren indicios de que la persona ha cometido un delito o se dispone a cometerlo; de que pudiere suministrar información útil para la investigación criminal; o en el caso que se encapuche o busque disimular u ocultar su identidad.

Por tanto, para determinar si hubo una inobservancia, debemos verificar que efectivamente hayan existido indicios que permitan sospechar fundadamente alguna de estas causales.

De acuerdo a los hechos expuestos, el único indicio existente es una denuncia anónima recibida telefónicamente por carabineros, sin que se haya individualizado el denunciante, sin que se tenga dato alguno sobre su persona y sin que haya declarado en juicio, de modo que la veracidad de su existencia no es del todo confiable.

En razón de esa llamada, carabineros, sin pasar la denuncia a fiscalía para que éste ente instruyera los pasos a seguir, se constituye en el lugar, y realiza un control de identidad a una persona que se encontraba sentada en el sector. No había indicio alguno, sólo la presunta similitud con las características otorgadas en la denuncia.

Por tanto, al no haber más indicios, no se cumplen con los requisitos establecidos en la norma garantía, lo que denota una infracción al derecho a la libertad persona, debiendo haber sido excluida la prueba obtenida a partir de esta diligencia ilícita.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso?

En un fallo bastante bien desarrollado desde nuestra óptica, la Corte acoge el recurso, excluyendo toda la prueba que se obtuvo a partir del control irregular de identidad, no sólo la que fue directamente recogida por la diligencia ilícita.

Luego de establecer el marco normativo que regula la situación, se avoca a los hechos del caso, estableciendo pormenorizadamente cada una de las infracciones que se vislumbran en el procedimiento.

En ese entendido, la Corte sostiene que la primera infracción se da en torno al artículo 80, pues la policía actuó autónomamente en supuestos que la ley le ordena hacerlo previa instrucción del ministerio público.

Una vez hecho lo anterior, se hace cargo del control de identidad, donde establece que no existen indicios que justifiquen este procedimiento. También hace alusión a la desconfianza que provoca que no se haya tomado datos del denunciante ni que éste haya tenido participación posterior durante el juicio, de modo que no podía realizarse esta diligencia, sino que lo que correspondía era pasar los antecedentes a fiscalía.

Además, descarta la idea sostenida por el Tribunal Oral, que convalidó la falta de indicios en un principio sobre la base que efectivamente se encontró drogas en su poder, lo cual critica la sentencia en estudio al sostener que sólo la verdad obtenida con respeto a los derechos fundamentales puede ser entendida como jurídicamente válida, de modo que debía aplicarse la regla de exclusión.

También agrega que fue en razón de éste control ilícito que el imputado quedó en situación de flagrancia, por lo que la ilicitud también se extiende a la detención realizada.

Por tanto, concluye que, al no haber indicios ni situación de flagrancia que permitiese la actuación autónoma de la policía, se actuó fuera del marco legal, lo que conlleva una lesión a los derechos fundamentales denunciados, de modo que todas las evidencias obtenidas por dicho procedimiento deben ser consideradas ilícitas, así como también, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el contenido de las pesquisas, las fotografías, pericias y testimonios que hayan derivado de tal indagación.

Nos parece bastante acertada la sentencia, pues razona en base a los derechos fundamentales, entendiendo muy bien la funcionalidad de la norma de exclusión como garantía secundaria. Además, extiende los efectos a otros actos que podrían parecer válidos, como la incautación de la droga en el inmueble del imputado, la cual se alcanzó mediante la autorización del mismo, ya que, pese a que la defensa no cuestionó la validez de dicho consentimiento, de todas formas debía ser excluida, debido a que se llegó a la declaración y a la autorización mediante actos previos que son considerados ilícitos por contravenir derechos fundamentales.

4.5.2. Sentencia ROL N° 37018-2015, dictada el 29 de enero de 2016¹²³

Hechos

En virtud de un robo con violencia en un servicentro de Valparaíso, se hizo una denuncia, que fue dada a conocer al fiscal, el cual dio una orden amplia de “identificar a los sujetos que participaron en el delito”, sin dar más instrucciones.

En razón de dicha orden, concurre al sitio del suceso un equipo investigador de la policía para exhibir sets fotográficos a víctimas y testigos, entrevistando a un testigo, el cual proporciona el nombre del presunto autor, quien ya era investigado por diversos y reiterados robos en el mismo lugar.

¹²³ C. Suprema, 29 enero 2016, ROL N° 37018-2015. [en: www.poderjudicial.cl]

En virtud de tal reconocimiento, se realizan indagaciones en los datos del imputado, obteniendo la dirección del hogar del mismo, donde concurre la policía con el objeto de detener al imputado.

En dicho lugar, logran recabar más evidencia, al ser autorizada la entrada a dicho inmueble por la abuela de imputado, habiendo un acta de la autorización por parte de la policía, pero sin que haya quedado consignado esta circunstancia en el parte.

Todos estos hechos ocurrieron dentro de las 12 horas siguientes a la comisión del hecho.

Análisis

Normativa aplicable

Para la adecuada solución del asunto, se debe tener a la vista los artículos 80, 83, 130, 187 y 205 del Código Procesal Penal.

En relación a los primeros dos, nos remitiremos a lo ya expuesto en el análisis anterior (Vid Supra 4.5.1), para no ser reiterativos en la misma idea.

El artículo 130 se refiere a las situaciones en que se habilita a la policía -y a cualquier persona- a realizar la detención por flagrancia, contemplando cinco casos: el que actualmente estuviere cometiéndolo; el que acabare de cometerlo; el que huyere del lugar de comisión y fuere designado por alguna persona como autor o cómplice; el que en un tiempo inmediato a la comisión fuere encontrado con objetos o señales que permitan sospechar su participación punible; y el que en un tiempo inmediato fuere designado por la víctima o testigos como autor o cómplice del delito; entendiéndose por tiempo inmediato las 12 horas que median entre la comisión y la captura del imputado.

El artículo 187 se refiere a los objetos, documentos e instrumentos, indicando que, si se tratare de aquellos que parecieren haber servido o estado destinados a la comisión del hecho, o los que de él provengan o pudieren servir de medios de prueba, y estuvieren en poder del imputado al momento de practicar la detención en flagrancia, se podrá proceder a su incautación en forma inmediata.

Finalmente, lo establecido en el artículo 205, que, como hemos visto en reiteradas ocasiones, regula la entrada y registro a un lugar cerrado, estableciendo que sólo será válido en caso que se cuente con el consentimiento del encargado del hogar, o bien autorizados judicialmente.

Derecho fundamental comprometido

En este caso podrían verse comprometidos diversos derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a un debido proceso (Vid Supra 4.2); el derecho a la inviolabilidad del hogar (Vid Supra 4.1.1); y el derecho a la libertad personal y seguridad individual (Vid Supra 4.5).

Tal como lo hemos efectuado en otras ocasiones, creemos que en este caso es más conveniente realizar el análisis relativo a la norma garantía en conjunto con la exposición del raciocinio de la Corte para la resolución del caso, debido a la secuencia lógica que se debe adoptar para fundar la solución -a nuestro juicio- correcta.

¿Qué sostuvo la Corte Suprema en este caso? (norma garantía)

La Corte divide el análisis del recurso en dos partes: La primera, referida a la actuación de la policía sin orden del fiscal, y la segunda referida a la entrada y registro del inmueble donde es detenido el acusado y además se procede a incautar evidencia de relevancia investigativa.

En relación a la primera, indica que esta Corte ha sostenido en diversas ocasiones que el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación a la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación.

Señala las normas que rigen el actuar de la policía, donde se encuentra el artículo 83, que les otorga cierta esfera de autonomía donde pueden actuar sin necesidad de instrucción previa del fiscal, nombrando dichas facultades tales como practicar la detención en casos de flagrancia, resguardar el sitio del suceso, consignar declaraciones voluntarias, realizar controles de identidad bajo los supuestos legales, recibir las denuncias del público, etc, para enmarcar la forma en que deben actuar.

Pese a lo anterior, indica que en este caso, sí se cumple con el requisito de actuar previa orden del ministerio público, pues éste entregó la instrucción de identificar al sujeto, de modo que los funcionarios únicamente se limitaron a seguir las directrices dadas por la fiscal con mayor

o menor precisión, y por tanto no actuaron autónomamente al exhibir los set fotográficos a los testigos del hecho, al revisar las cámaras de seguridad del lugar y al indagar los datos del domicilio de quien es sindicado en forma precisa, con nombre y apellido, como responsable del ilícito, descartando así una infracción al artículo 83.

En relación a la vaguedad de la instrucción, la Corte realiza una ponderación, para indicar que se trata de un hecho que cuya calificación jurídica es de pena de crimen, y el exigir o negar validez de las evidencias obtenidas a partir de carabineros solo significaría burocratizar el sistema, y no resulta particularmente necesario o exigible bajo la óptica de prevenir una persecución policial.

Más aun, en el supuesto de no existir una instrucción del fiscal, del mismo modo no se podría cuestionar la validez de la misma, pues nos encontramos en un supuesto de flagrancia establecido por el código, tomando en consideración que los funcionarios aprehensores se encontraban dentro del plazo de doce horas aludido por el inciso final del artículo 130 del Código Procesal Penal, junto con existir una sindicación directa de un testigo presencial contra el imputado y, además, se contaba con grabaciones de seguridad donde era posible identificar su vestimenta y el uso de un arma en apariencia de fuego que coincide con las especies que se incautan en el inmueble donde es detenido. Además, se debe considerar que el artículo 187 inciso final le permite a la policía incautar dichos objetos de forma inmediata si se trata de una situación de flagrancia.

En relación a la segunda parte, relativa a la denuncia de violación de la intimidad y la inviolabilidad del hogar, infringiéndose el artículo 205, establece que la defensa no desconoce el hecho que haya existido una autorización por parte del encargado del lugar (la abuela), sino que sólo cuestiona el que no se haya consignado en el parte policial, y por tanto se encontraría al margen de la ley.

Para descartar esto, cita el artículo 205, y valida la actuación de la policía sosteniendo que de acuerdo a las circunstancias del caso -el inmueble quedaba a pocas cuadras del sitio del suceso- era del todo razonable presumir que el imputado se encontraría en su domicilio con las especies del delito, de modo que, al tener un objetivo definido, y la autorización del encargado, como se desprende del acta de autorización, se cumple a cabalidad con el 205.

Por último, en cuanto a que no se consignó la autorización en el parte policial, sostiene que de ello no se desprende la ilicitud de la diligencia, más aún debido a que la defensa no rindió prueba para demostrar la ilicitud, y existen dos testigos de la actuación que indican que la autorización fue debidamente prestada.

En términos generales, la sentencia nos parece correcta, pues se coloca en cada uno de los supuestos en que podría cuestionarse la licitud de la actuación, para ir descartando cada una de ella.

De todas, la que pareciera ser más relevante para la presente sección, es la que dice relación con la detención misma, ya que la norma garantiza que cautelaría por el derecho a la libertad ambulatoria sería el artículo 130, que establece las situaciones bajo las cuales la policía puede realizar la detención -medida cautelar personal que recae sobre la libertad personal-, de modo que si no nos encontramos en alguno de estos casos, debe necesariamente entenderse que hubo una inobservancia a las garantías fundamentales, y por tanto excluirse la prueba.

Debido a lo anterior, hay que verificar si efectivamente la detención se efectuó en alguna de las situaciones de flagrancia del artículo 130. Según se desprende de los hechos, pareciera ser que la letra e) es la aplicable (como también lo sostiene la Corte en la sentencia), pues la detención se llevó a cabo dentro de las doce horas desde la comisión del delito, y la captura misma se produjo debido a que los testigos presenciales del hecho señalaron al imputado como el autor del mismo, con lo cual se cumpliría con la normativa, debiendo desecharse la idea relativa a la infracción ilícita al derecho a la libertad ambulatoria.

Si bien puede ser criticable desde el punto de vista legislativo esta situación de flagrancia, ya que en términos estrictos no se condice con el origen de la palabra “flagrancia”¹²⁴, de modo que pudiera ser deseable que en casos como este el fiscal solicite una orden de detención al juez, ya que fue producto de las investigaciones dispuestas por dicho ente las que otorgaron mérito para realizar la detención, al estar dentro de las 12 horas previstas por la ley, se valida la actuación, y puede ser calificada como situación de flagrancia, descartando cualquier reparo contra el procedimiento seguido.

¹²⁴ “Que se está ejecutando actualmente”, según Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición.

Por último, es interesante lo sostenido por la Corte en relación a la alegación de la defensa para restar validez a la autorización dada por la abuela del imputado para el ingreso, fundada en la falta de constancia de la misma en el parte policial. Es muy acertado que no lo haya tomado en consideración, debido a que esto no conlleva una infracción de derechos fundamentales que justifique el sacrificio de la verdad en aras de un fin más trascendente, y por tanto no es de aquellos casos en que se deba aplicar la regla de exclusión contenida en el artículo 276 del Código Procesal Penal.

Conclusiones

A lo largo de esta memoria hemos podido escudriñar cómo está contemplada la institución de la prueba ilícita en nuestro proceso penal, con el objeto de entender y examinar la aplicación de la regla de exclusión que sanciona sus efectos, por medio de la inadmisión de los elementos probatorios que hayan sido obtenidos con inobservancia de los derechos fundamentales.

La correcta aplicación de esta garantía secundaria resulta de suma importancia para la vigencia del Estado Democrático de Derecho en el que vivimos, tanto desde el punto de vista constitucional de respeto y promoción de los derechos y garantías fundamentales que emanan de la dignidad de las personas, como también desde la perspectiva de los fines del proceso penal, donde se busca una adecuada ponderación entre la búsqueda de la verdad y el respeto de los derechos fundamentales del imputado dentro del proceso.

Por esta razón, no resulta baladí su meticulosa y adecuada aplicación, pues estamos ante un arma de doble filo capaz de lesionar gravemente el Estado de Derecho desde dos puntos de vista: Por un lado, su supra aplicación nos lleva a altos niveles de impunidad penal, impidiendo la sanción en aquellos casos en que se contravienen las normas sustantivas de esta rama del derecho; por el otro, su infra aplicación nos lleva a desconocer los derechos de los intervinientes dentro del proceso, obteniendo la verdad a cualquier costo, habiendo una infracción por parte del Estado de los derechos y garantías que él mismo reconoció y se propuso proteger en nuestra Constitución.

Como país, hemos tenido un lento transitar en la evolución del sistema procesal penal, que afortunadamente ha tenido un desarrollo muy significativo a partir de la reforma del sistema a comienzos del siglo. Hemos pasado de considerar al imputado como objeto del proceso, siendo la aplicación de la pena el único fin del mismo, hacia un sistema donde el imputado es concebido como sujeto de derechos, capaz de intervenir activamente en él, defenderse, y gozar de derechos y garantías fundamentales que lo realcen como persona, con pleno reconocimiento a su dignidad.

Por esta razón, nos propusimos como objetivo central de esta memoria el análisis de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema sobre la materia, con la finalidad de poder hacer un análisis crítico de los criterios y razonamientos seguidos por nuestro máximo tribunal a la hora de conocer, por vía de recurso de nulidad, los casos en que se denuncia la infracción de estos derechos fundamentales dentro del proceso penal para recabar prueba de cargo contra el imputado.

Así, pudimos destacar aquellas sentencias que siguieron un razonamiento secuencial inspirado en el respeto a los derechos fundamentales, concibiendo adecuadamente los límites y el ámbito de aplicación de las normas que constituyen el sistema de garantía del derecho dentro del proceso penal, de modo que se aplicó correctamente la regla de exclusión que sanciona los efectos de la prueba ilícita, por un lado, pero también pudimos evaluar críticamente aquellas sentencias que se apartaron de este razonamiento, o bien que buscaron, por medio de la aplicación de doctrinas consagradas en el derecho comparado, pero sin un adecuado entendimiento de las mismas, por el otro.

En términos generales, podemos concluir que nuestra hipótesis, consistente en que la Corte Suprema no aplica adecuadamente la regla de exclusión de la prueba ilícita cuando conoce de los recursos de nulidad, se vio confirmada sólo de forma parcial.

Durante el desarrollo del cuarto capítulo, revisamos un total de 13 sentencias, elegidas en proporción a la relación de recursos acogidos y rechazados, y nos arrojó como resultado que en seis ocasiones se aplicó correctamente la regla, mientras que en las otras siete se aplicó mal, ya sea porque hubo un exceso en su aplicación, o una errónea consagración de una teoría o una omisión en su aplicación cuando debía aplicarse, o bien, no se tuvo a la vista los

derechos fundamentales del imputado al momento de interpretar la infracción de la norma garantía.

Se trata de resultados bastante positivos, atendiendo que la problemática de la prueba ilícita y su exclusión en materia penal es bastante reciente en nuestro sistema, y le falta un buen trecho para desarrollarse.

Con todo, no puede dejar de preocuparnos, principalmente, el mal manejo de las nuevas tendencias relativas a las teorías atenuantes de los efectos exclusorios de la prueba ilícita derivada por parte de la Corte Suprema.

Muchos de los errores en la aplicación de la regla derivaron de este desconocimiento, lo que nos presenta una promisorio oportunidad: con una buena capacitación de los jueces, se podrían lograr resultados muy satisfactorios en torno a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita en materia penal.

Por lo anterior es que creemos que esta tesis puede resultar ilustrativa, pues siempre tuvo como propósito el ser un real aporte para la correcta aplicación de esta norma, ayudando a nuestros tribunales a resolver, en el futuro, los conflictos que se susciten en torno a la institución de la prueba ilícita.

Pese a las críticas que se puedan hacer, y que sea perfectible de acuerdo a lo vimos en los párrafos anteriores, nos parece injusto no destacar los avances que pueden vislumbrarse en la materia, donde la Corte Suprema se ha atrevido a hacerse cargo del fondo del asunto, generando jurisprudencia que permita, en cierta medida, unificar los criterios para una adecuada solución de los conflictos en la materia, cumpliendo así su rol de ser la última palabra en materia de balance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales.

Los errores e imprecisiones en esta labor de desarrollo son parte de un camino que se puede ir cimentando hacia su correcta aplicación, siempre y cuando se adopte con la seriedad que reviste el tema, siendo trascendental para intentar lograr un perfecto equilibrio entre el interés general relativo al éxito de la persecución penal, por un lado, y el respeto y promoción de los derechos fundamentales del imputado dentro del proceso penal, por el otro.

Acá en donde volvemos al propósito final de esta memoria: poner en la palestra aquellos errores que se hayan producido en el razonamiento de las sentencias, para que puedan ser corregidos en el futuro, logrando un adecuado balance entre los fines del proceso penal, a través de una correcta aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

Fuentes

I. Bibliográficas:

1. BERNARDETTE MINVIELLE. *“La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal”*. Editora Marcos Lerner, Córdoba, 1987.
2. CAFFERATA NORES, J. I. *“La prueba en el proceso penal”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986.
3. CAROCCA, A. *“El nuevo sistema procesal penal”*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 2003.
4. CEA EGAÑA, J. L., *“Derecho Constitucional Chileno”*, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
5. CHAHUÁN SARRAS, S. *Manual del nuevo procedimiento penal*, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2002.
6. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Primera Edición.
7. Documento de Trabajo de la Defensoría Penal Pública, Unidad de Corte, *“Recurso de nulidad y derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema”*, diciembre 2016, Santiago.
8. EDWARDS, C. *“La Prueba Ilegal en el Proceso Penal”*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2000.
9. FERRADA CULACIAT, F. *“La prueba ilícita en el sistema procesal civil”*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.
10. FERRAJOLI, L. *“Derecho y Razón”*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
11. FERRAJOLI, L. *“Los fundamentos de los derechos fundamentales”*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
12. GARCIA MORILLO, J. *“Los derechos de libertad (I). La libertad personal”*, en Derecho Constitucional, v. I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. 1ª ed.: s. d.. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
13. HERNANDEZ, H. *“La exclusión de la prueba ilícita en el Nuevo Proceso Penal chileno”*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2005.

14. HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J. *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
15. HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J. *“Derecho Procesal Penal Chileno”*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
16. JAUCHEN, E. *“Derechos del Imputado”*, Rubinzal - Culzoni Editores, primera edición, 2007.
17. LOCKHART, J. F., 2014, *“La “prueba ilícita” en el proceso Penal”*. Revista Intercambios, año XVI, N° 16.
18. MAIER, J. *“Derecho Procesal Penal Argentino”*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
19. MIDÓN, M. *“Pruebas ilícitas”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005.
20. MIDÓN, M. *“Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial”*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
21. MIRANDA, M. *“El concepto de la prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal”*, J.M. Bosch Editores, Barcelona, 1999.
22. MIRANDA, M. *“La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”*. Revista Catalana de seguretat pública, Barcelona, mayo 2010.
23. MUÑOZ CONDE, F. *“Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal”*, Editorial Hammurabi, 2000.
24. MUÑOZ SABATE, L. *“Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso”*, Editorial Praxis S.A., 4a ed., Barcelona, 1993.
25. NOGUEIRA ALCALA, H. *“La libertad personal y las dos caras de Jano en el Ordenamiento Jurídico Chileno”*, en Revista de Derecho, v. XIII, UACH, diciembre 2002.
26. PELLEGRINI, ADA. 1995. *“Pruebas ilícitas”*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N° 10.
27. PFEFFER, E. *“Código Procesal Penal. Anotado y concordado”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
28. SILVA MELERO, V. *“La prueba Procesal”*, Editorial Edersa, Madrid, 1963.

29. VASQUEZ, J. *“El proceso penal. Teoría y práctica”*, Edición Universidad, Buenos Aires, 1986.
30. VERDUGO, M., PFEFFER, E., Y NOGUEIRA, H. *“Derecho Constitucional”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1999.
31. ZAPATA, M. *“La prueba ilícita”*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004.

II. Jurisprudenciales:

A. Jurisprudencia argentina:

1. *“Montenegro, Luciano Bernardino”*, 10/12/81, fallos: CSJN 303:1938, JA 1982-IV-368, LL1982-D-225.

B. Jurisprudencia chilena:

i. Tribunales de Juicio Oral en lo Penal:

1. 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 1 de diciembre 2010, Rit N°378-2010.
2. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, 28 de enero de 2013, Rit N° 153-2013.
3. Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 20 marzo 2014, Rit N° 289-2014.
4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 26 de agosto de 2016, Rit N° 150-2016.
5. 6° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, 5 de septiembre 2016, Rit N° 275-2016.

ii. Corte Suprema:

1. C. Suprema, 16 abril 2014, ROL N° 3828-2014.
2. C. Suprema, 30 diciembre 2014, ROL N° 28451-2014.
3. C. Suprema, 8 enero 2015, ROL N° 29375-2015.
4. C. Suprema, 29 enero 2015, ROL N° 29359-2014.
5. C. Suprema, 23 marzo 2015, ROL N° 1946-2015.
6. C. Suprema, 15 abril 2015, ROL N° 2304-2015.

7. C. Suprema, 3 noviembre 2015, ROL N° 24781-2015.
8. C. Suprema, 12 enero 2016, ROL N° 26838-2015.
9. C. Suprema, 29 enero 2016, ROL N° 37018-2015.
10. C. Suprema, 25 julio 2016, ROL N° 27787-2016.
11. C. Suprema, 5 septiembre 2016, ROL N° 46.489-2016.
12. C. Suprema, 4 octubre 2016, ROL N° 47605-2016.
13. C. Suprema, 27 octubre 2016, ROL N° 65303-2016.
14. C. Suprema, 6 de junio 2012, ROL N° 2958-2012.
15. C. Suprema, 30 enero 2008, ROL N° 6631-2007.