LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PRUEBA ILÍCITA. CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA ILÍCITA APORTADA POR EL QUERELLANTE PARTICULAR Y POR LA DEFENSA*

ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL, EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO, SANTIAGO, 2010. 131 pp.

RAMÓN BELTRÁN CALFURRAPA**

Uno de los temas más relevantes y, a la vez, menos desarrollados a partir del actual Código Procesal Penal, es la generación fáctica de la prueba. Con la prueba, previo a la determinación del grado de convicción, tiene lugar un interesante fenómeno en lo que respecta a la constatación de las condiciones que hacen posible la aplicación de la regla particular. Así, no cualquier regla se puede aplicar a cualquier hecho y no cualquier hecho se puede subsumir a cualquier regla. Para que ello opere, es menester, *prima facie*, determinar la procedencia y origen fáctico de los enunciados que harán posible la posterior probanza.

En tal supuesto, la prueba se nos muestra como una actividad motivadora y justificadora desde la perspectiva de la decisión jurisdiccional, sujeta, empero, a la limitación de salvaguarda de las normas de derechos fundamentales en su gestación fáctica, esto es, en la exclusión de cualquier elemento probatorio que, en los hechos, pugne directa o indirectamente con los citados derechos.

En este difícil desafío se adentra la monografía de doña Isabel Echeverría Donoso. El referido trabajo, prologado por el profesor Dr. Raúl Núñez Ojeda, en lo puntual, se divide en seis capítulos que oscilan desde lo más general a lo más particular, finalizando -en el capítulo final- con conclusiones certeras y fundadas que denotan una diáfana exposición del tema en comento.

En el capítulo primero, la autora analiza la obligación de persecución penal fundada en el principio de legalidad en contraposición al ejercicio de los dere-

* Colaboración recibida el 2 de agosto y aprobada el 20 de septiembre de 2011.

** Abogado; Académico de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama, Copiapó; Becario por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (CONICYT) en el Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: ramón.beltran@uda.cl.

chos fundamentales. Para delimitar esta materia, la autora recurre principalmente a los aportes efectuados por el profesor alemán Robert Alexy, sin perjuicio de rehuir con ciertos matices algunas variantes conceptuales del mismo. En todo caso, es dable reconocer la depuración metodológica alcanzada en lo referente a la legitimación, contexto y afectación de los derechos como consecuencia de la persecución y ejercicio del *ius puniendi*.

Quizás el mayor mérito en esta materia, a mi juicio, estribé en reconocer que el problema principal del tema no es la variante de afectación de derechos propiamente dicha, la cual, como *ultima ratio*, se encontraría legitimada en la propia Constitución. El problema radicaría en la extralimitación de la citada afectación, esto es, en la búsqueda exacerbada de la verdad punitiva menoscabando, en la percusión penal, más derechos de los que la propia Carta Fundamental autoriza a lesionar. En este entendido, cobra real trascendencia la fórmula propuesta a objeto de conciliar la pugna de derechos existentes entre lo que es, por una parte, la eficaz persecución penal –cimentada en intereses de seguridad, libertad y paz social– y, lo que es por otra, los derechos individuales de los distintos intervinientes. Según esta perspectiva, cada vez que se trate de una prueba ofrecida por el ente persecutor que lesione los derechos fundamentales del imputado, ésta deberá excluirse por aplicación de la regla del artículo 276 del Código Procesal Penal. En cambio, si se trata de una prueba ilícitamente obtenida por el imputado o la defensa, se deberá recurrir no a la regla de exclusión del artículo recién citado, sino, al principio de ponderación, según el cual, en cada caso deberán sopesarse proporcionalmente tanto el interés en la persecución penal cuanto los intereses individuales del ciudadano, considerando siempre la gravedad del delito, la influencia de la infracción del derecho en la validez de la prueba, y si ésta pudo haberse obtenido de forma lícita.

En los capítulos II y III, se desarrollan aspectos vinculados a la conceptualización de prueba ilícita, su consagración en nuestro ordenamiento jurídico, la oportunidad procesal para petitionar la exclusión, y los elementos que hacen procedente su otorgamiento. El mérito de estos acápite, en mi concepto, trasunta en una profusa descripción de los temas ya señalados, añadiendo además una interesante interrogante que a nivel de legislación extranjera ha resultado muy debatida, esto es, si la existencia de una regla de exclusión es necesaria como condición para excluir prueba ilícita. Para dar respuesta a dicha pregunta, la autora, acudiendo a la integridad del sistema democrático de los derechos fundamentales, manifiesta que no se requeriría de texto normativo expreso de rango legal para solicitar la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente. La razón estaría dada por el principio de supremacía constitucional y por la incorporación de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en especial, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales, junto al texto cons-

titucional, dan salvaguarda al debido proceso penal como garantía fundamental de los justiciables.

En el capítulo IV se desarrolla la legitimación del querellante particular para afectar derechos fundamentales en la búsqueda del elemento probatorio de cargo y sus consecuencias. En dicho análisis, la autora plasma un serio afán en evidenciar el rol activo del querellante en la generación y aportación de la prueba penal, añadiendo la posibilidad de éste de lesionar normas de derechos fundamentales en virtud de la eficacia horizontal de derechos fundamentales aplicada en nuestro medio. En todo caso, más allá de las críticas a la referida eficacia, concluye que, si bien en Chile se permite la exclusión de prueba ofrecida por este interviniente, de manera excepcional, dicha exclusión no prosperara cuando se trate de pruebas obtenidas personalmente por el ofendido, antes o durante a la comisión del hecho punible, en base a un estado de necesidad defensivo.

Finaliza el análisis de la obra, en el capítulo V, con un detalle pormenorizado de la prueba ilícita absolutoria y sus consecuencias. En este se exhibe la legitimación de la defensa para investigar y a determinar hasta dónde pueden llegar sus facultades en la búsqueda de la prueba, adentrándose posteriormente en las consecuencias que produce la prueba ilícita absolutoria.

En mi entender, es laudable el trabajo desarrollado por doña Isabel Echeverría Donoso desde el punto de vista descriptivo y metódico respecto del instituto de la prueba ilícita. Sin embargo, en su contrastación con las normas de derechos fundamentales se revelan una serie de inconsistencias que es necesario advertir. Quizás la mayor crítica sea el considerar al principio de ponderación, que la autora denomina regla a fin de soslayar los problemas conceptuales que encierra la voz principio, como elemento decisivo a la hora de solucionar la eventual colisión de derechos existentes entre el ente persecutor y el imputado. Con el principio de ponderación, en base a la proporcionalidad, idoneidad y necesidad, en cuanto sub-elementos del mismo, lo que se ponderaría o pesaría es un derecho por sobre otro, lo que implicaría suponer que un derecho, en su protección, sería más fundamental que otro. Esto, a la luz del principio democrático, de juridicidad y de distribución de competencias, importaría una afrenta directa a la esencia de los mismos derechos, al tiempo de evadir, del mismo modo, la búsqueda de un método de solución que reconozca los límites de las normas de derechos fundamentales dentro del mismo ordenamiento jurídico. Si se quieren evitar valoraciones morales que importen miradas subjetivas y discrecionales respecto del tema en comento, considero que se debe asumir un punto de vista distinto.

Creo que cuando estamos en presencia de un conflicto como el planteado, se verifica una controversia no de derechos –los cuales importan *per se* reglas objetivas igualmente validas, legítimas y operativas– sino una contienda

de reglas de libertad, en donde la pugna de libertades de un sujeto debe ser resuelto a partir de los límites de la libertad del otro. Como se puede observar, se trata de un conflicto normativo delimitado al contenido de las normas de derechos fundamentales y que, en sede procesal, debe ser resuelto en un primer momento por las propias reglas que franquea el mismo ordenamiento jurídico, en especial por la ley. A falta de regla particular, en mérito a la tutela judicial efectiva, se debe acudir no al criterio de ponderación ya citado, sino, al criterio de coherencia normativa que, parafraseando al profesor alemán Klaus Günther, permite la fundamentación y aplicación interpretativa adecuada a la situación concreta.

En todo caso, más allá de las apreciaciones esbozadas, la obra comentada cumple con creces el rol orientador que significa poner en el tapete un tema como el tratado, el cual, sin dudas, dará pie a una fecunda deliberación sobre el particular.