CORREA, Claudio. "La prueba ilícita de los particulares: de cargo y descargo".
Polít. crim. Vol. 11, N° 21 (Julio 2016), Art. 5, pp. 104-139.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A5.pdf]

La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo

Exclusionary rule of individuals: prosecution and evidence for the defense

Claudio Correa Zacarías
Licenciado en ciencias jurídicas y sociales,
Magíster en derecho penal y ciencias penales
ccorreaz@vtr.net

Resumen

El presente artículo comienza revisando las ideas centrales respecto al instituto de la "prueba ilícita", necesarias para cualquier aproximación al tema. Luego, se detiene en el estudio de las principales concepciones teóricas usadas para fundamentar la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. Para responder a la pregunta de si las limitaciones probatorias afectan y en caso afirmativo, de qué manera, a la prueba generada por los particulares, se revisan primero las opiniones de los autores nacionales sobre el tema de estudio. A continuación, se desarrolla un marco dogmático mediante el cual este autor considera es posible brindar solución al problema presentado. Para finalizar, se propone derechamente el alcance subjetivo que el autor estima debe dársele a las limitaciones en materia de prueba ilícita, en relación con los particulares. Se propone como modelo de solución de los problemas originados en esta materia la doctrina de la ponderación o principio de proporcionalidad.

Palabras clave: Prueba ilícita, prueba de cargo, prueba de descargo.

Abstract

The following article begins reviewing the central ideas in relation to the establishment of the exclusionary rule, which is fundamental for the proper understanding of the topic. Then it deepens on the study of the main theoretical conceptions used to lay the foundations about the exclusion of proof, when obtained infringing fundamental rights. In order to answer if evidentiary limitations cause an effect and if this is so, how, to evidence generated individuals, national authors' opinions about this topic are firstly reviewed. Then, a dogmatic framework is developed by which the author considers it possible to offer a solution to the current problem. Finally, the author considers that a subjective approach should be given to these limitations regarding to any individual's exclusionary rule. As a model of solving the problems raised by this issue, the doctrine of relevance or principle the proportionality is suggested.

Key words: Exclusionary rule, burden of proof, evidence for the defense.

Introducción

El sistema procesal penal chileno experimentó una transformación radical, en la que transitó desde la nula atención respecto del origen de las probanzas hacia la consagración de un régimen que establecía prohibiciones expresas en esta materia. Este cambio debe situarse en un contexto general de auge de este tipo de regulaciones en el derecho extranjero y, a nivel interno, en la toma de conciencia y aceptación de la necesidad de garantizar la existencia de una institucionalidad respetuosa de los derechos fundamentales. Lo anteriormente descrito hace aparecer en escena, como uno de los instrumentos más novedosos de los nuevos tiempos que corren en materia procesal, a la denominada prueba ilícita. No obstante la contemporaneidad y lo inédito en Chile de la institución, ésta ha recibido una escasa atención por parte de la doctrina nacional.

Si el desarrollo de la dogmática chilena respecto de la prueba ilícita aún es incipiente, todavía lo es más el estudio de los aspectos relativos al alcance de dichas reglas. La paulatina y a veces imperceptible aceptación de actores distintos al ministerio público como protagonistas de la investigación, ha venido a plantear interrogantes tales como si le cabe algún rol a los particulares en la investigación criminal y, de aceptarse esa tesis, cuál es y qué restricciones tiene. Dicho de otro modo, la interrogante sería si los límites a la actividad probatoria que claramente tiene el Estado cuando investiga, son también aplicables a los particulares cuando realizan alguna gestión indagatoria, ya sea que éstos se llamen víctimas, imputados o terceros¹. La doctrina en Chile ha comenzado a plantearse preguntas referidas al alcance de estos mandatos, recurriendo fundamentalmente a construcciones dogmáticas extranjeras a la hora de proponer soluciones.

Delimitar el alcance de estas reglas se presenta como una necesidad, en la medida que en los tiempos actuales y cada vez con más frecuencia, se ha generado un notorio desarrollo de la conciencia de los ciudadanos respecto de sus propios derechos, dejando atrás una cierta tendencia a la pasividad de los sujetos frente al Estado. Si a eso se le suma el desarrollo del derecho penal económico y la aparición de normativas penales que, si bien de manera tímida, intentan apuntar sanciones no sólo a los sectores más desprotegidos socialmente, sino también hacia los grupos de mayor poder –generalmente preteridos por el derecho penal–, surge un nuevo perfil de víctimas y de imputados, más cuestionadores, proactivos e inquietos frente al Estado persecutor.

En el presente trabajo se plantea el problema respecto de la extensión de la llamada prueba ilícita y en concreto, si puede estimarse que ella alcanza a los particulares y de qué forma lo haría. Se procura efectuar una propuesta propia de comprensión sistemática de la normativa, que toma como base parámetros que este autor considera válidos en el derecho chileno.

¹ En rigor, lo relevante no es qué particular obtuvo la prueba, sino al servicio de qué interés pretende usarse: si como antecedente de cargo, apoyando o fundamentando la petición de castigo o, al contrario, como uno de descargo, rechazándola. Lo habitual será que los particulares que acopien prueba de cargo sean las víctimas, interesadas más directamente en la solución del caso; y a su turno, será más corriente que los particulares interesados en recolectar evidencia de descargo sean los imputados. Por cercanía con alguna de estas dos partes, por simple celo en la aplicación de la justicia u otra causa, terceros, absolutamente ajenos al proceso, pueden ejecutar también acciones investigativas y con ello generar prueba.

Se comienza planteando las ideas centrales respecto al instituto de la prueba ilícita, ejercicio indispensable para fijar estructuralmente esta construcción jurídica dentro de un marco más amplio. Luego de exponer algunos temas esenciales, se refiere a las principales concepciones elaboradas para fundamentar la exclusión de prueba por ilicitud y se revisan las opiniones de los autores nacionales respecto del tema de estudio. A continuación, se desarrolla un marco dogmático mediante el cual este autor considera es posible brindar solución al problema presentado. Para finalizar, se propone derechamente el alcance que el autor estima debe dársele al artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal (en adelante, C.P.P.), en relación con los particulares, en tanto prohíbe la incorporación a juicio de pruebas obtenidas con vulneración de garantías esenciales.

1. La investigación criminal y la prueba ilícita.

1.1. Investigación criminal y poder coercitivo del Estado.

No es exagerado afirmar que el principal fusible que alerta sobre la salud de las instituciones de un Estado, de las convicciones imperantes y del funcionamiento de su democracia sea precisamente el proceso penal. Allí se entrecruzan intensos intereses en constante tensión, cuales son por un lado, el legítimo deseo del Estado –y aspiración de los ciudadanos– que sean respetadas las normas básicas de convivencia y, que cuando ello no fuere así, se reprima al responsable; y, por otro, la vigencia de los derechos fundamentales y la dignidad humana, de cara a un Estado que ejerce el poder punitivo. Huelga señalar que la persecución penal por esencia pone en juego, en mayor o menor medida, los derechos fundamentales del acusado e incluso de terceros que se relacionan accidentalmente con el procedimiento (propiedad, libertad ambulatoria, etc.).

En un sistema acusatorio, como el que rige en Chile, la oportunidad de rendir prueba y acreditar las pretensiones ocurre en el juicio oral. La investigación criminal no tiene valor probatorio intrínseco y representa una mera actividad de recolección de antecedentes informativos, sobre cuya base se tomarán decisiones sobre el destino de la causa y en su caso, se sostendrá la acusación. Por estas razones, conforme explican Duce y Riego², se afirma que la etapa investigativa tiene un carácter preparatorio. En otras palabras, el Estado en esta etapa de investigación –en aquello que es pertinente para este trabajo–, se prepara para lo que será el eventual juicio oral, recopilando información que podría usar, verificando la solidez de sus postulados y la probabilidad de probarlos y, en su caso, asegurándose los medios para que el juicio resulte exitoso.

De una actividad de gestión de datos como la descrita, resulta forzoso colegir su pertenencia a la naturaleza propia de los actos administrativos y no a los jurisdiccionales³. La etapa investigativa no está destinada a tomar decisiones relativas al fondo del conflicto penal. Esta etapa, cuando se requiere la intervención jurisdiccional, en realidad sólo tiene un carácter complementario a la fase investigativa. En la generalidad de los casos, como el acto delictivo procura cometerse de forma clandestina o al menos minimizando las evidencias del mismo, la única forma razonable de instaurar un sistema de persecución que

² DUCE J., Mauricio; RIEGO R., Cristián, *Proceso penal*, Santiago: Jurídica de Chile, 2007, pp. 120-121.

³ DUCE/RIEGO, *Proceso*, cit. nota n° 2, pp. 121-122.

tenga cierto éxito y goce de relativo prestigio, como medio de composición de litigios, es aceptar la irrupción, bajo ciertas condiciones, del Estado investigador en la esfera de los derechos esenciales. Ya sea aceptando el registro de un inmueble sospechoso, permitiendo el rastreo invasivo de comunicaciones entre particulares, escudriñando las vestimentas de un sujeto detenido o aquel cuya identidad se controla, forzando la toma de una muestra biológica, etc.

En muchos de estos casos de irrupción en las garantías fundamentales, los presupuestos bajo los cuales puede actuar el investigador se encuentran previstos en la ley y la validez del procedimiento sólo podrá ser chequeada *ex post* por la instancia jurisdiccional. Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en que la ley ha reglado la detención por flagrancia (artículo 130 C.P.P.), la realización de un control de identidad (artículo 85 C.P.P.) o la entrada y registro de un inmueble “...cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito” (artículo 206 C.P.P.), etc. En cambio, existe también una amplia gama de casos posibles en que la irrupción a los derechos esenciales se considera particularmente más violenta y ya no basta con una revisión *ex post*, sino que se precisa de una autorización judicial previa. Algunos de estos casos de autorización judicial previa han sido reglados particularmente por el legislador, como sucede en las tomas de muestras corporales de un sujeto (artículo 197 C.P.P.), la interceptación de las comunicaciones (artículo 222 C.P.P.), etc. Para el resto, existe una cláusula de cierre amplia contemplada en el C.P.P., en su artículo 9°, que reza que “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.

Es forzoso asumir que el procedimiento investigativo, en la gran mayoría de los casos, puede conllevar –de forma más o menos severa– vulneraciones de garantías esenciales y la aprobación del mismo no pasa por la intangibilidad de éstas, sino porque cuando en el proceso se vieren afectados derechos esenciales en pro de otro interés, ello se realice de la forma y en los casos previstos por el ordenamiento jurídico.

Lo que se postula es que resulta connatural al proceso penal y a la etapa investigativa, vulnerar o amenazar de cierta forma los derechos esenciales de los ciudadanos y de lo que se trata en realidad, cuando se habla de un control probatorio en relación con las garantías fundamentales, es determinar que generada la probanza, si puede o no predicarse respecto que en su génesis se respetaron los procedimientos y requisitos previstos por el ordenamiento jurídico para afectar las mismas. Los presupuestos en específico a que deben ajustarse las medidas investigativas para ser legítimas, cuando conculcan derechos esenciales, exceden con mucho el motivo de este trabajo y baste decir al respecto que en este tópico el derecho procesal engarza de manera indisociable del derecho constitucional.

1.2. Titularidad de la actividad investigativa.

Uno de los principios inspiradores de los sistemas procesales modernos y del chileno, siguiendo a López Masle⁴, es el llamado de la persecución penal oficial o simplemente de la *oficialidad*⁵. Éste reza que el Estado debe perseguir los delitos de oficio de manera independiente del deseo del ofendido o de algún tercero y sin esperar acción alguna de parte de éstos. Este principio está asociado a la idea del monopolio estatal en el ejercicio de la acción penal, concepto bajo el cual subyace la convicción de que lo que en realidad se juega la sociedad en el proceso penal es su legitimidad como método de organización comunitaria. Conforme lo expresa Roxin⁶:

“...la razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución. Muchas veces los particulares no están dispuestos o no se hallan en situación de ejercer la acción por sí mismos; sobre todo pueden estar dispuestos a prescindir de una denuncia penal por temor a la venganza o a algún otro inconveniente”.

Estas características anotadas y destacadas son del todo válidas tratándose de delitos de acción penal pública, para perder fuerza o vigor en los casos de delitos de acción penal mixta y privada. Sin embargo, para los efectos de este trabajo, considerando que los delitos de acción penal privada y mixta son más bien casos excepcionales, se puede afirmar que efectivamente la regla general imperante en el sistema procesal penal chileno es que la investigación penal corre por cuenta y es de responsabilidad del Estado.

Expresado lo anterior, corresponde ahora plantearse una interrogante: fuera de la investigación estatal y oficial, ¿puede existir una actividad investigativa realizada por particulares, sean estos imputados, víctimas o terceros, que corra de forma complementaria o de plano paralela a la actividad fiscal, generando prueba y permitiendo que la misma sea presentada a un eventual juicio futuro? Por razones relativas al objeto de este trabajo, no se puede profundizar este tema de forma exhaustiva, pero sí plantear algunas ideas que sirvan de necesario fundamento al desarrollo del tema en estudio.

Conviene precisar que si bien la pregunta no es de fácil e inmediata respuesta, a nivel empírico se aprecia que los operadores del proceso penal chileno dan por descontado que la respuesta a la interrogante planteada es afirmativa. Cada día, en audiencias de preparación de juicio oral, se admite el ofrecimiento de prueba que ha sido recabada por partes interesadas sin intervención alguna del Estado investigador. Piénsese, verbigracia, en testigos ofrecidos por la defensa, individualizados por ella misma, sin que aparezcan referidos en la investigación fiscal; o en documentos (laborales, psicológicos, etc.) cuya obtención ha corrido por cargo de la propia defensa.

⁴ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, vol. 1, Santiago: Jurídica de Chile, 2002, pp. 36-37.

⁵ “El destacado es de este autor”.

⁶ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Trad. CÓRDOBA, Gabriela; PASTOR, Daniel, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 83.

Más allá de los principios generales que inspiran la acción investigativa del ministerio público, que intentan garantizar eficiencia, imparcialidad y acuciosidad en el desarrollo de la misma, resulta innegable que de forma frecuente sus acciones colisionarán con las expectativas que mantienen al respecto imputados y/o víctimas. Los artículos 183 y 257 del C.P.P. establecen la existencia de un procedimiento de reclamo ante el propio ministerio público por la no concesión de las diligencias y más tarde, una vez cerrada la investigación, ante el juez de garantía, quien puede ordenar la realización de la petición negada. Sin embargo, también desde una perspectiva empírica, se observa que tratándose de una reclamación resuelta por el mismo organismo recurrido, el primer arbitrio, y de un mecanismo tardío el segundo, se trata de remedios procesales muy poco tranquilizadores para la parte que se siente insatisfecha en sus expectativas durante la etapa investigativa.

El artículo 83 de la Constitución Política de la República (en adelante, C.P.R.) establece la consagración normativa de este principio de la oficialidad en el ordenamiento chileno al expresar que “...[el] Ministerio Público...dirigirá en forma exclusiva la investigacióny, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”. Estas reglas, casi sin variación, se repiten en los artículos 1° de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público y en el artículo 3° del C.P.P. Existe una continua referencia en el C.P.P.⁷ a que las diligencias investigativas son ordenadas, decididas y ejecutadas por el ministerio público. La claridad de esta idea fuerza, como regla general, considero que no obedece reparos.

Sin embargo, existe cierta racionalidad en la matización de la oficialidad como principio rector del sistema, ya que incluso resulta conveniente para el funcionamiento del proceso penal, la mantención de espacios que permitan el obrar de imputado y víctima en la etapa investigativa, de forma tal que operen también como un contrapeso a la total discrecionalidad técnica del acusador para seleccionar las diligencias investigativas y la oportunidad de las mismas.

Conforme expresa Aguilera Bertucci⁸, en doctrina se impone como opinión dominante la idea que en el procedimiento penal los privados actúan de forma auxiliar o accesoria al Estado, “entendiendo que dicha participación está destinada a controlar el ejercicio de la persecución por el órgano estatal”.

En palabras de Ferrajoli⁹:

“es obvio que si la publicidad de la acusación conlleva la obligatoriedad de su ejercicio para los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del

⁷ Véanse artículos 93 c); 98 inciso 4°; 113 e); 167 inciso final; 183 y 257.

⁸ AGUILERA BERTUCCI, Daniela, “La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* Vol. 18 N° 2 (2001), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200003 [visitado el 16.09. 2014].

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trad. IBÁÑEZ, Perfecto y otros, Madrid: Trotta, 1995, p. 569.

ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito; a solicitar y, donde sea necesario, a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; a permitir la participación y el control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto.”¹⁰.

Luego de entregarle de forma “exclusiva” la investigación y el ejercicio de la acción penal al ministerio público, el inciso 2° del artículo 83 de la C.P.R. introduce el siguiente mandato: “el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer *igualmente* la acción penal”¹¹. El sentido literal de la norma precitada pareciera sugerir que el ejercicio de la acción penal de la víctima, al menos en su alcance constitucional, se encuentra consagrado *igualmente* como le es reconocido al ministerio público. Por otro lado, en relación con el imputado, existe consenso doctrinario¹² que una de las garantías comprendidas dentro del debido proceso, consagrado en la C.P.R. en su artículo 19 n° 3 inciso 6°, es el derecho a probar por parte de quien es perseguido por un delito.

Como antes se mencionara, se comprende que un estudio acabado de este tema supera los objetivos planteados en este trabajo. No obstante se puede afirmar, para los efectos de lo que seguirá en adelante, que resulta evidente que el sistema procesal penal descansa sobre el principio de la oficialidad y que entrega la responsabilidad y la obligación de la investigación y la persecución a la institución con que el propio Estado se dotó para el efecto: el Ministerio Público. Sin embargo, no es razonable sostener que dicha investigación haya sido entregada al Ministerio Público excluyendo con ello a otros potenciales actores. Las normas constitucionales precitadas dan pie a sostener que se reconoce a los particulares la posibilidad de generar y ofrecer probanzas propias, lo que además está corroborado por la normativa procesal relativa a las facultades del querellante e imputado de ofrecer prueba propia, aludida en los artículos 261 c) y 263 c) del C.P.P. No existe ninguna referencia en las normas precitadas en torno a que la prueba ofrecida deba ser una de aquellas incorporadas en la investigación fiscal u obtenida por el ministerio público.

Lo que el legislador y el constituyente entregan al ministerio público de forma exclusiva no es la investigación en general, sino *cierta* clase de actividad investigativa. Esto es, aquella labor estatal regida por los principios y obligaciones que se han estimado como mínimos para su operatividad: principio de la promoción necesaria, de irretractabilidad y de oportunidad (sic)¹³. Por otro lado, lo que se ha entregado también de forma excluyente al ministerio público es aquella actividad investigativa que reglamentamente puede afectar

¹⁰ En el mismo sentido, véase NÚÑEZ OJEDA, Raúl, “El ofendido por el delito y la prueba en el enjuiciamiento criminal español”, en: COLOMA CORREA, Rodrigo (Ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: LexisNexis, 2003, p. 116. El autor sostiene, a propósito del sistema español, un criterio que se estima replicable en el modelo chileno. Afirma que la estatalidad de la persecución penal no es monopólica, manteniendo el ofendido el derecho a participar en el proceso penal y a generar prueba eficaz, en la medida que se cumpla con las exigencias generales.

¹¹ “El destacado es de este autor”.

¹² Véase JUSTINIANO TORO, Constanza, *El debido proceso penal*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, pp. 57-60.

¹³ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal I*, cit. nota n° 4, pp. 46-52.

garantías fundamentales. Sólo el investigador oficial, el ministerio público, es actor válido ante el juez de garantía para requerir autorizaciones judiciales que conlleven diligencias intrusivas que perturben o afecten derechos esenciales.

Finalmente, y a riesgo de observar una obviedad, es necesario precisar que el artículo 276 inciso 3° del C.P.P. expulsa del proceso judicial las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. En ocasiones podrá coincidir que el interviniente que generó u obtuvo la prueba es el mismo que ofrece su incorporación a juicio, como cuando el ministerio público practica una interceptación de comunicaciones y luego ofrece los soportes como prueba para esa instancia. En otros casos, podrá no haber coincidencia y se tratará de intervinientes diversos: aquel que generó la prueba, distinto de aquel que la ofrece. Piénsese, verbigracia, en una víctima quien, mediante un allanamiento irregular, obtiene un objeto perteneciente al acusado, de carácter inculpatario, el que es facilitado a la fiscalía, la que a su vez decide presentarlo como evidencia en un juicio.

1.3. Las reglas de exclusión y la prueba ilícita.

Los modelos procesales penales con aspiraciones garantistas, conforme explica Ferrajoli¹⁴, deben tender a generar un sistema probatorio de tipo inductivo, que suprima al máximo los ámbitos decisorios entregados a las valoraciones propias del juez. Se trata de una concepción *cognoscitivista* (conocer los hechos) de la jurisdicción, la que persigue, conforme apunta Del Río Ferretti¹⁵, no sólo ya a resolver conflictos, sino que alcanzar la decisión correcta y justa, para lo cual el sistema propende a procurarse de toda la información relevante para ello. Esta tendencia doctrinaria, sostiene así que el sistema procesal penal, desde esta óptica, no tiene mayor diferencia con cualquier otro sistema que requiere alimentarse de información para adoptar decisiones acertadas. Desde esta perspectiva, la regla general que gobierna la actividad probatoria de las partes debe ser la de *inclusión* de todo el material disponible. Toda prueba que revista utilidad para el desenlace judicial del caso –en pro de la decisión acertada–, debe ser admitida.

La aceptación de la exclusión probatoria constituye una verdadera excepción a la concepción cognoscitivista descrita, por cuanto la expulsión de prueba del juicio generalmente implicará prescindir en el proceso de información relevante a la hora de resolver. Conforme lo expresa Maier¹⁶:

“...la libertad probatoria...reza: mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede verificar por cualquier medio de prueba...por esta razón se habla siempre de las prohibiciones probatorias como una excepción a la regla general de permisión...”.

¹⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota n° 9, pp. 36-38.

¹⁵ DEL RÍO FERRETTI, Carlos, “Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34 (2010), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100010&script=sci_arttext [visitado el 18.09.2014].

¹⁶ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, III: Parte general, Actos procesales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011, p. 108.

La denominada prueba ilícita es una nomenclatura que integra un grupo más extenso, que corresponde a las denominadas reglas de exclusión, instituto que establece la normativa excepcional que impedirá que cierta prueba quede fuera del debate decisorio del caso y sea expulsada del proceso o de la etapa de valoración. Las razones por cuales una prueba puede ser expulsada son diversas y van desde fundamentos meramente utilitarios hasta razones de carácter institucional.

En la doctrina comparada no existe un completo consenso sobre lo que debe entenderse por prueba ilícita¹⁷. Sin embargo, y en lo que aquí interesa, el concepto de “prueba ilícita” alude a aquellos medios de convicción obtenidos con *inobservancia de garantías fundamentales*. Ya la sola definición plantea cierta impropiedad en el concepto, puesto que la mera contrariedad de la ley en el procedimiento de obtención de prueba, en la mayoría de las ocasiones, no implicará una vulneración de garantías fundamentales, punto sobre el cual se volverá en el apartado siguiente.

Con todo, al hablar de prueba ilícita y conectarla con los derechos fundamentales no se hace sino subir a escena el debate acerca de la existencia de *límites* a que deben sujetarse – sobre todo– los órganos de persecución penal en el ejercicio de la actividad indagatoria, puesto que es precisamente en esta etapa, ya sea por presiones mediáticas o resultadistas, en la que existe un mayor incentivo a la transgresión de garantías por parte del Estado. Estas garantías fundamentales, limitativas del *ius puniendi*, podrán estar establecidas directamente en la C.P.R. o en los tratados internacionales, pudiendo por cierto encontrarse desarrolladas explícitamente en la ley¹⁸.

1.4. Fundamento que justifica la exclusión de la prueba ilícita.

Como ya se anunciara, la introducción del artículo 276 inciso 3° del C.P.P. vino a plantear un problema genuino y novedoso para el proceso penal chileno. Antes de la entrada en vigor del C.P.P., el dilema acerca de si un medio probatorio era legítimo o no en su génesis parecía no despertar mayor interés. Encontrar la fundamentación de este instituto es un ejercicio de completa utilidad para comprenderlo y fijar sus fronteras. Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario también justificar la legitimidad de la exclusión probatoria e indagar sobre qué razón puede hacer beneficioso el prescindir de información que en principio es pertinente y útil para decidir el caso.

Se sigue a López Masle¹⁹ en la clasificación de los tipos de fundamentos empleados para justificar la exclusión de la llamada prueba ilícita²⁰. El autor expone que tres son las principales corrientes esgrimidas por quienes intentan explicar la razón de ser de la exclusión de la prueba ilícita: en primer término, la necesidad de evitar que las decisiones

¹⁷ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, vol. 2, Santiago: Jurídica de Chile, 2002, pp. 164-168.

¹⁸ Véanse artículos 5° inciso 2° y 19 n°3 inciso 6° de la C.P.R.; y artículos 276 inciso 3° y 373 a) del C.P.P.

¹⁹ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal* 2, cit. nota n° 17, pp. 180-187.

²⁰ Véase también MATURANA MIQUEL, Cristian y MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal*, Santiago: Abeledo Perrot, 2010, II, pp. 877-882. Los autores sistematizan en siete órdenes de razones los fundamentos que permiten justificar la expulsión de la prueba ilícita dentro del proceso penal.

en materia penal se adopten sobre la base de prueba de calidad deficiente, que no cumple condiciones mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); en segundo lugar, la necesidad de garantizar que el sistema procesal no adopte sus decisiones sobre pruebas ilícitas (criterio de la integridad judicial); y en último término, la necesidad de disciplinar a los agentes de persecución penal, en especial a los policías, y generarles desincentivos para que en su proceder puedan afectar garantías fundamentales (criterio de la prevención o disuasión).

El criterio de la *confiabilidad de la evidencia* no discierne sobre aspectos relativos a la moralidad o ética del mecanismo mediante el cual se obtuvo la información ilícita. Para este criterio lo determinante es que la información obtenida mediante estos procedimientos no es confiable ni de calidad. Así, se señala que debiese excluirse la confesión de un imputado obtenida mediante torturas, porque es altamente probable que la admisión de responsabilidad asumida haya sido sólo un pretexto para cesar el apremio físico y no represente lo que podría estimarse un hecho verídico.

Con razón se ha estimado superado este criterio, por cuanto excluye de cualquier consideración valorativa el respeto de los derechos fundamentales y se muestra tolerante con sus vulneraciones. Por otro lado, a la luz de esta corriente, toda la discusión relativa a las reglas de exclusión de prueba resulta ociosa e innecesaria, ya que en realidad lo relevante es la fuerza de convicción de ésta y para ello bastaría con desacreditar la prueba en su etapa de ponderación. Asimismo, también puede argumentarse en contra de esta teoría que resulta más que cuestionable que una prueba por el hecho de ser ilícita provea información de mala calidad. Un ingreso no autorizado a recabar prueba al domicilio de un imputado podrá entregar prueba creíble y muy sólida respecto de la participación del sujeto, como sucedería si en su cama se encuentra, por ejemplo, el arma usada en el delito.

El segundo grupo clasificatorio propuesto por López Masle²¹ corresponde al *criterio de la integridad judicial*, postura que se aparta ya de consideraciones relativas a la verdad material. Para quienes sostienen este criterio, no es un tema relevante si el medio probatorio posee una baja o alta potencialidad para formar convicción. Acá se resalta que el núcleo del problema es que existiría una razón institucional para expulsar las pruebas ilícitas, motivo que no es otro que el deber del Estado de ejercer la persecución penal actuando limpio y “predicando con el ejemplo”. Sólo un Estado con sus manos impolutas podrá conservar la integridad ética de la actividad judicial.

La idea que inspira este criterio, denominado de la integridad judicial, es que hay ciertos mínimos infranqueables, incluso para el Estado, que constituyen, si se quiere, un *mínimum ético*. Huelga decir que si bien el derecho penal y más precisamente el castigo son finalidades deseables para alcanzar un orden social aceptable, no pueden buscarse traspasando ese *mínimum ético* y asumiendo el precio que fuere para ello.

²¹ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, pp. 183-185.

Explica Hernández Basualto²² que este criterio de la integridad judicial es el que campea con éxito a partir del año 1960 en Alemania, donde las prohibiciones de prueba tienen como fundamento uno “...marcadamente ético, en el sentido de basarse en la supremacía de ciertos valores ideales por sobre las necesidades prácticas de la persecución penal”.

Finalmente, López Masle²³ desarrolla lo que denomina el *criterio de la prevención*. Se trata de una fundamentación que se ha impuesto en la jurisprudencia norteamericana más reciente bajo el nombre de *deterrence* y no es sino el declarado propósito que ajeno a consideraciones relativas a la verdad material, la prueba ilícita debe excluirse, puesto que así se disuade o desincentiva a la policía (y a los fiscales) de proceder vulnerando las garantías de los ciudadanos. Dicho de otro modo, se trata de un mensaje directamente dirigido a las policías, en el sentido que no vale la pena proceder violando garantías, porque nada de eso podrá usarse el día de mañana en un proceso. De acuerdo a la jurisprudencia norteamericana actual, que propugna este criterio, la pura infracción de garantías no bastaría para excluir la prueba. Para proceder a ésta, se requiere además que pueda cumplir el mismo rol disuasivo en cuanto al actuar de los agentes.

Para el mismo López Masle²⁴, los criterios de la preservación de la integridad judicial y de la prevención tienen en común que:

“operan con independencia de consideraciones de verdad material y, de hecho, propugnan el sacrificio de esa verdad en pos de valores que se sitúan en un rango superior. Se trata de criterios que en ningún modo son excluyentes, sino que pueden perfectamente entenderse conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, criterio que, nos parece, debiera inspirar la aplicación del instituto en Chile...”²⁵.

La posición personal en materia de fundamentación de la prueba ilícita será expuesta *infra* (3.1).

²² HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal chileno”, *Colección de investigaciones jurídicas*, n° 2 (2005), pp. 3-100, p. 28.

²³ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, pp. 186-187.

²⁴ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, p. 187.

²⁵ Véase en relación con otras propuestas de fundamentación de la prueba ilícita a GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcances de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2005, pp. 109-113. Luego de evaluar como insuficientes las tesis fundamentadoras clásicas, el autor propone una interpretación personal, argumentando que las normas de recolección de prueba son normas de tipo “facultativo”, es decir, regulan la forma en que deben ejercerse las facultades o poderes por un grupo determinado de sujetos. La sanción de nulidad es propia de la existencia de esta categoría de normas e inherente a su naturaleza. La nulidad e invalidez son la consecuencia necesaria de la no observación de las formas. Afirmar lo contrario, implica poner en duda la existencia misma de la reglas. Allí mismo, p. 199. Sostiene que frente a la adquisición no regular de la prueba, los jueces no tienen más opción que rechazar su admisibilidad o valoración. Darle valor por los jueces a estas pruebas, implicaría crear una nueva regla, lo que excedería y rompería el principio de legalidad. El autor de este trabajo estima que la propuesta de Guariglia no puede ser considerada un referente para la realidad nacional, puesto que en la práctica suprime la distinción entre la mera ilegalidad y la infracción de garantías fundamentales, diferenciación que en Chile resulta ineludible conforme a argumentos de texto, según se argumentará *infra* (1.6).

1.5. Regulación positiva en el ordenamiento nacional.

El artículo 295 del C.P.P. establece la consagración normativa de un sistema de prueba libre al ordenar que “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. El artículo 323 del citado código vuelve sobre la idea que para probar basta “...cualquier medio apto para producir fe...”; a su turno, el artículo 276 del mismo cuerpo legal, en su inciso final, establece que aquellas pruebas que no se encuentren en las hipótesis que ordenan la exclusión “...serán admitidas por el juez de garantía...”.

De lo referido emana que la regla general en el sistema procesal penal chileno es que todo medio adecuado o idóneo para generar convicción debe tener la posibilidad de ser presentado a juicio, reglas que plasman la consagración de un régimen procesal de corte cognoscitivista, como ya se afirmara. En un sistema así inspirado, las reglas de exclusión se presentan como remedios procesales francamente excepcionales y de aplicación marginal²⁶.

Bajo el epígrafe “Exclusión de pruebas para el juicio oral”, el artículo 276 del C.P.P. establece los casos en que se prohíbe que una determinada prueba sea ofrecida para rendirse en un juicio oral. Aunque es posible encontrar aisladamente otros preceptos referidos a la admisibilidad de los medios probatorios, en lo pertinente, la institución de la exclusión probatoria encuentra sustento normativo expreso en dicho precepto. En lo que resulta de utilidad e interés para este trabajo, corresponde destacar el inciso tercero del precepto citado, el que reza que “...el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

La primera de las hipótesis se trata de una alternativa estructurada expresamente y de escasa, sino nula incidencia práctica, por razones que no son del caso profundizar. La hipótesis que interesa para los efectos de este trabajo constituye por definición el contenido de la llamada prueba ilícita, cuales son los casos de exclusión probatoria por la inobservancia de garantías fundamentales.

Esta hipótesis ha sido consagrada formalmente de una forma amplia, de manera tal que:

“...la inobservancia de garantías fundamentales es predicable por igual y sin ningún tipo de restricciones tanto de actuaciones jurisdiccionales como de actos administrativos de los órganos del Estado y aun de cualquier actividad material de los mismos o de particulares”.²⁷

Conviene también poner en relieve que la regla de exclusión de la prueba ilícita aludida, al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 precitado, ha sido diseñada como una regulación de admisibilidad de la prueba que se rendirá en el juicio oral, control depositado sobre los hombros del juez de garantía, en la audiencia de preparación del juicio oral.

²⁶Véase en lo relativo a la excepcionalidad de la exclusión, a CAROCCA PÉREZ, Álex, *El nuevo sistema procesal penal*, Santiago: LexisNexis, 2005, p. 220.

²⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, p. 51.

Adicionalmente, existe un control *ex post*, entregado ahora a la Excma. Corte Suprema, la que conociendo de un recurso de nulidad puede declarar la misma, de conformidad a lo dispuesto en la letra a) del artículo 373 del C.P.P., 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...". Ambos controles relativos a la prueba ilícita, por su inequívoca consagración normativa, no despiertan discusiones. No sucede lo mismo con el control relativo a la prueba rendida ante los tribunales de juicio oral en lo penal, instancia respecto de la cual existen opiniones doctrinarias encontradas²⁸, algunas negándole la facultad al referido tribunal para declarar inadmisibles una prueba o no valorarla por su ilicitud, mientras otras voces se alzan reclamando que dicha instancia judicial tiene inequívocamente tales potestades²⁹.

1.6. Excurso: infracción legal v/s prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales.

Como ya se indicara, el concepto de prueba ilícita resulta un tanto complejo, en atención a las diversas concepciones y entendimientos del fenómeno que intentan aglutinarse bajo los mismos vocablos.

Es importante señalar que, en términos generales, la doctrina extranjera ha terminado por entender, como apunta Carocca Pérez³⁰, que por prueba ilícita debe entenderse sólo aquella que para su existencia como tal vulnera derechos o garantías fundamentales consagradas en un ordenamiento constitucional. Si bien se han planteado diversas categorías de pruebas irregulares o antijurídicas, con diferencia en cuanto a sus efectos valorativos o de admisión, el punto central de acuerdo es que la llamada ilícita es la que afecta garantías fundamentales, lo que merece la reacción más enérgica de los sistemas de regulación de admisión o valoración probatoria de cada país³¹.

²⁸ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, "La exclusión", cit. nota n° 22, p. 90 y HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, pp. 197-204.

²⁹ Véase MINI MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago: Metropolitana, 2005, pp. 36-37. Para el autor es posible sostener que la institución de la prueba ilícita encontraría consagración constitucional a través de la cláusula del debido proceso, consagrado en el artículo 19 n° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental que reza "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". El procedimiento racional y justo, sostiene, no sólo asegura el derecho a presentar prueba, sino que tiene también una dimensión valorativa de la misma. Sostener esta postura implicaría asumir que los tribunales de juicio oral en lo penal se encuentran obligados a prescindir de la prueba ilícita, ya que también ellos son destinatarios de la obligación de pronunciar sus fallos precedidos de un debido proceso.

³⁰ CAROCCA PÉREZ, Alex, "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", *Ius et Praxis*, Vol. 4 n° 2 (1998), p. 307, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740213> [visitado el 27.09.2014].

³¹ Véase, en similar sentido, NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, vol. I, Santiago: Jurídica de Chile, 2001, p. 334.

En este mismo sentido, Hernández Basualto³² sostiene que resulta forzoso, al tenor del C.P.P. chileno, distinguir entre la mera ilegalidad y la inobservancia de garantías fundamentales y, en definitiva, asumir que existe una jerarquización entre reglas esenciales relativas a los derechos de los imputados y otras de carácter más accesorio. La infracción de las primeras deslegitima la persecución y fuerza a excluir los medios probatorios conectados con la misma, en tanto que la vulneración de las segundas exigiría una respuesta más proporcionada con la falta de ataque a la esencia del derecho. El mismo Hernández³³, de un modo aún más categórico, señala:

“desde un punto de vista material...resulta forzoso concluir que la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma...”³⁴.

Esta concepción nítidamente diferenciadora entre la mera ilegalidad y la infracción de garantías esenciales y la falta de equivalencia de ambos conceptos, ha sido asumida sin ambages por la Excm. Corte Suprema de Chile³⁵, a propósito de los recursos de nulidad conocidos por el Máximo Tribunal, en razón de lo dispuesto en el artículo 373 a) del C.P.P. En general, se sostiene que una sentencia es legítima y constitucional, incluso si durante la investigación, en el proceso o en la sentencia han existido infracciones legales, siempre que las mismas no se conecten con relativa *trascendencia* con algún derecho sustancial reconocido en la Constitución o los tratados internacionales incorporados a través de ésta.

Aun a riesgo de señalar una perogrullada, con esta digresión se persigue destacar que no existe una relación de equivalencia entre la simple ilegalidad y la falta de observancia de garantías fundamentales. Normalmente, la existencia de una vulneración de garantías esenciales ha sido precedida de una infracción legal, ya que son éstas las que desarrollan a las primeras. Sin embargo, se trata de constataciones diversas respecto de las cuales es posible concebir su existencia aislada. Podrá haber una infracción legal que no pueda conectarse con una vulneración de garantías fundamentales, como sería, a modo de ejemplo, un allanamiento legalmente autorizado a una morada, que genera la incautación de especies relacionadas con el delito investigado. Sin embargo, los policías diligenciadores omitieron, en contravención a lo dispuesto en el artículo 216 del C.P.P., el otorgamiento de un recibo por las especies levantadas en el lugar. En el ejemplo propuesto, la irrupción en la intimidad del hogar y la afectación de la propiedad –dada por la incautación del objeto– se encontraban legalmente autorizadas y lo que se ha infringido es una norma que dice relación con el registro y publicidad de la medida y no con la esencia de los derechos amagados. Aunque de no tan común ocurrencia, es posible concebir también la afectación de una garantía fundamental que no implique el quebranto de una norma legal, como podría

³² HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 68-69.

³³ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 51-52.

³⁴ Véase en similar sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Lionel, “La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile”, *Revista brasileira de ciências criminais* 85 (2010), p. 360.

³⁵ Véanse entre otras Sentencias de Corte Suprema (en adelante SCS) Rol 5.898–08, de 26 de enero de 2009; SCS Rol 3.657-2010, de 23 de agosto de 2010; SCS Rol 10.910-13, de 7 de enero de 2014; etc.

suceder en aquellos casos de investigaciones administrativas efectuadas con apego a la reglamentación de reparticiones públicas, perfectamente válidas dentro de su ámbito, pero cuestionables en relación con el respeto de las garantías, si se intenta introducir el resultado de éstas como prueba a un juicio penal.

2. Estado actual del problema.

2.1. Planteamiento de la cuestión.

Una vez explicado qué se entiende por prueba ilícita y ante un caso concreto en que se hayan obtenido antecedentes amagando derechos esenciales, ejercicio generalmente complejo y alimentado por una casuística inagotable, se deberá determinar qué alcance subjetivo se le otorga a esta regla de exclusión de prueba, esto es, definir si se trata de una regla aplicable sólo al Estado en tanto persecutor penal, o si son deberes oponibles también a los particulares, incluyéndose entre ellos a imputados y víctimas.

Como ya se expuso, siendo el Estado el encargado de llevar adelante la actividad indagatoria oficial, la que presupone intromisiones regladas en los derechos esenciales de los ciudadanos, será en la etapa investigativa donde se producirán más frecuentemente las amenazas a los derechos básicos por parte de la actividad del ministerio público. A la luz de la propia regulación del proceso, el Estado investigador es pues el primer destinatario de las reglas de exclusión y en particular de las obligaciones inherentes a la regulación de la prueba ilícita.

Sin embargo, no sólo el Estado obtiene prueba, también pueden hacerlo los particulares, ya sea para procurarse prueba de cargo o de descargo, y entonces surge la necesidad de responder a la pregunta si respecto de ellos son también oponibles las limitaciones propias de la prueba ilícita. Asimismo, también puede suceder que una parte obtenga la prueba con infracción de garantías y decida no utilizarla en el juicio oral, pero otro interviniente, incluyendo el propio Estado persecutor, la hace suya. Se estudiará el tema y se propondrá el alcance subjetivo que debe otorgársele a este instituto.

2.2. Posición de la doctrina nacional.

En las siguientes líneas se revisarán posiciones que autores nacionales sostienen en relación al alcance de las normas de la prueba ilícita, diferenciando si la prueba obtenida por el particular es de cargo, o sea fundamenta la petición de castigo, o de descargo, es decir, si con ella se pretende sostener un exclusión o atenuación de responsabilidad del imputado.

2.2.1. Prueba de cargo obtenida por particulares.

Es perfectamente posible de concebir que la víctima –o incluso terceros que no ostenten tal calidad– realice de forma independiente, es decir no colaborando con el ministerio fiscal ni a requerimiento de éste, actividades investigativas propias que en ocasiones pueden ser vulneradoras de garantías básicas o incluso delictivas. La víctima, ya sea utilizando

directamente el medio en su calidad de querellante, o facilitándoselo al ministerio público, podría instar a que la probanza sea ponderada y valorada en juicio.

Para López Masle³⁶, la prueba de cargo que los particulares recopilen en el proceso investigativo no constituye una excepción de forma alguna al dogma que resta eficacia probatoria a la prueba ilícita. El autor reconoce en la prueba ilícita una fundamentación múltiple y, en ese contexto, que no exista una policía a la que dirigirle un mensaje disciplinante con la exclusión, no implica que la regla carezca de relevancia. El mandato pervive en su validez, por cuanto encuentra su fundamento también en la integridad judicial o la necesidad que los órganos jurisdiccionales tomen sus decisiones de forma correcta y respetando garantías fundamentales. Para la integridad judicial –y para el justiciado– es indiferente quién cometió el acto vulnerador de derechos y la ética del sistema judicial queda igualmente comprometida en ambos casos.

También a favor de la exclusión de la prueba ilícita de cargo obtenida por los particulares se manifiesta Echeverría Donoso³⁷, quien sostiene que asumido que en el derecho chileno el particular sí es capaz de vulnerar derechos fundamentales, por la consagración horizontal de estos, de ahí en más la mera lectura del artículo 276 del C.P.P. permite oponer a todos los privados las limitaciones probatorias, ya que el tenor del artículo precitado de modo alguno supedita su vigencia sólo a la prueba fiscal. También sostiene que razones de equidad del sistema justifican la medida, puesto que no es tolerable admitir que la propia parte que vulneró una garantía esencial se beneficie con su actuar ilegítimo. En este mismo sentido, también el sistema criminal pierde legitimidad si a la vulneración de una garantía base le suma un nuevo amague de derechos esenciales, como sería ahora usar ese abuso para solventar una condena.

El profesor Héctor Hernández Basualto³⁸, quizá la voz más influyente en materia de prueba ilícita, se ha manifestado también favorable a la exclusión de aquella prueba obtenida por privados que favorezca a la acusación. El autor lo resume en el siguiente argumento:

“no ya simplemente porque el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, sino porque de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales...el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional”.

Sostiene Hernández Basualto³⁹ que la tolerancia del Estado frente a la vulneración de derechos de los particulares, manifestada por un intento de otorgarle efectos jurídicos a la misma, hace partícipe al Estado en aquella infracción y genera una nueva lesión a los

³⁶ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, pp. 227 y 228.

³⁷ ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel, *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010, p. 89-90.

³⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 65-67.

³⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 65-67.

derechos esenciales, ahora al construir una sentencia bajo la base de una prueba inconstitucional⁴⁰.

A su turno, González González⁴¹ estima que a causa de la supremacía constitucional establecida por el artículo 6° de la C.P.R., no existen razones sustantivas ni de texto para aceptar prueba de cargo obtenida por privados, en cuya generación se hayan vulnerado garantías esenciales.

En el mismo sentido se manifiestan Chávez Poza y Do Nascimento Aravena⁴², para quienes las exclusiones probatorias serían una derivación del derecho de defensa, el principio de inocencia y el de objetividad, plasmados en el ordenamiento en relación con el proceso y la investigación. Por ello, las exclusiones probatorias sólo pueden reclamarse cuando su admisión beneficia al acusado y no al contrario.

Finalmente Basso Cerda⁴³, en postulados que se analizarán más en detalle en el apartado siguiente, estima que la prueba ilícita proveniente de la víctima o querellante (e imputado) está sujeta a idénticas reglas de exclusión que la prueba de cargo fiscal, ello fundado en la supremacía constitucional. Por lo tanto, no es necesario establecer ningún tipo de diferenciación entre prueba de cargo o de descargo.

Resta señalar que la doctrina en general suele reconocer ciertas excepciones a la imposibilidad de los particulares de generar prueba de cargo ilícita, la que conforme explica Hernández Basualto⁴⁴, se refiere a casos en que el privado obra en “legítima defensa o inexigibilidad de otra conducta”, como ejemplifica con casos de delitos en ejecución, de situaciones en que el sujeto privado recurre al organismo oficial no recibiendo atención o cuando sencillamente no estuvo en condiciones de solicitar auxilio a éste⁴⁵.

2.2.2. Prueba de descargo obtenida por particulares.

Julián López Masle⁴⁶ estima que no cabe en el sistema procesal penal chileno la exclusión por ilicitud de la prueba de descargo. Las razones que justificaban excluir la prueba de cargo han desaparecido en esta categoría. Ya no existen causales ni de interés público ni

⁴⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 65-67. Héctor Hernández Basualto advierte que en el modelo alemán y norteamericano, que sirven de referencia en materia procesal penal, se tiende a admitir la prueba ilícita proveniente de particulares. Sin embargo, al intentar el intérprete asumir estas doctrinas para el derecho chileno, señala, deberá enfrentarse el matiz consistente en que dicho sistema, a diferencia de los mentados modelos, puede existir una detentación compartida de la persecución penal entre el Estado y los querellantes y siendo así, aparece lógico y proporcionado que ambos se sometan a las mismas reglas.

⁴¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “La regla”, cit. nota n° 34, pp. 382-384.

⁴² CHÁVEZ POZA, Valentina; DO NASCIMENTO ARAVENA, Constanza, *¿Existen motivos para excluir la prueba producida por investigadores privados?*, Tesina Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, profesor guía Claudio Meneses Pacheco, 11 de diciembre de 2013, p. 36 [inédito].

⁴³ BASSO CERDA, Osvaldo, *Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo*, Santiago: Librotecnia, 2013, p. 81.

⁴⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, p. 67.

⁴⁵ Véase también, en similar sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “La regla”, cit. nota n° 34, p. 384.

⁴⁶ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, pp. 216 y 223-224.

institucionales para expulsar la prueba. En realidad, excluir la prueba de descargo de los particulares no cumpliría finalidad alguna. Existe, señala “...un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes...”, objetivo procesal que en conjunto con el derecho a la prueba y a la defensa deben provocar la aceptación de esta clase de medios.

Para el profesor Héctor Hernández Basualto⁴⁷ “no es necesario ni justo” que se excluya la prueba de descargo en cuya obtención se hayan vulnerado garantías fundamentales. Razones institucionales forzaban a prescindir de prueba vulneradora de garantías tratándose de prueba de cargo, ya que lo que está en juego, en estos casos, no son “sólo” esas garantías fundamentales, sino también la legitimidad en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Fluye de lo expresado por Hernández que de lo que se trata es que el Estado, al sancionar, actúe de forma inmaculada, sin incurrir en vulneraciones de derechos similares a las que pretende reprimir. En cambio, tratándose de prueba de descargo no existe el riesgo que se sancione a alguien de forma ilegítima, más bien a la inversa, ésta permite liberar de responsabilidad a quien está indebidamente sindicado. Para el autor citado, ésta sería la decisión que tomó el legislador procesal penal chileno. Para ello, argumenta que el artículo 277 inciso final del C.P.P. permite sólo recurrir de la resolución que excluye prueba ilícita al ministerio público. La única manera de darle coherencia a esta regulación y no asumirla como una mera discriminación arbitraria, es entender que el legislador no le concede el recurso a la defensa del imputado, por cuanto no es posible excluirla prueba a ésta⁴⁸.

El profesor Raúl Tavorari Oliveros⁴⁹ afirma con certeza que:

“...el derecho a la prueba de la inocencia debe prevalecer por sobre el interés que inspira la regla de exclusión, toda vez que al Estado no podría interesarle la condena de un inocente, entre otras consideraciones, porque ello implicaría la impunidad del verdadero culpable...tampoco debe sorprender esta suerte de ‘desigualdad’ institucional que se produce en favor del imputado, en el sentido que, en su beneficio, es admisible la prueba ilícita, y no lo es en su perjuicio, porque se trata de una constante de la regulación procesal penal, que consagra la igualdad de armas en función de equiparar el peso del Estado con el del particular, pero que no vacila en coadyuvar a la obtención de tal equilibrio, generando mecanismos de exclusiva utilidad del imputado, como acontece, por ejemplo, con el derecho al recurso al tribunal superior que los pactos internacionales otorgan sólo al condenado y no al acusador; con el derecho a la última palabra, que se establece sólo en favor del acusado en los juicios orales o, por último, con la acción de revisión de la sentencia ejecutoriada penal....”.

Para Krause Muñoz⁵⁰, las reglas de exclusión probatorias penales constituirían un verdadero rayado de cancha o marco regulatorio, sobre el cual es legítimo el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Las reglas de exclusión de prueba persiguen educar a los órganos represores (léase ministerio público y policías) y forzar a que éstos realicen sólo

⁴⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 64-65.

⁴⁸ En similar sentido Julián López, en HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal 2*, cit. nota n° 17, p. 216.

⁴⁹ TAVORARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Santiago: Jurídica de Chile, 2005, pp. 157-158.

⁵⁰ KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, “Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal”, *Revista procesal penal* N° 30 (2005), pp. 18-20.

persecución con evidencia válida y legítima. Todos estos objetivos se consiguen dirigiendo hacia el acusador la norma de exclusión. A quien se debe resguardar y proteger en sus derechos es al imputado. Entendido así el fundamento de las reglas de exclusión, la consecuencia lógica del postulado de la mencionada autora es que las mismas no pueden dirigirse en contra del acusado y sólo tienen un destinatario: el propio Estado.

La autora Isabel Echeverría Donoso⁵¹ sostiene que por regla general la prueba ilícita de carácter absolutoria es plenamente aceptable. Sin embargo, afirma, se trata de una regla que no puede regir siempre y sin cotos, sino que puede tolerar excepciones en algunos casos. Aun cuando estima que el artículo 276 del C.P.P. es una regla dirigida al ministerio público y querellante, Echeverría Donoso⁵² expresa que la exclusión de la prueba de descargo también es posible “sobre la base de la confrontación de los principios que se encuentran en juego en el caso concreto”. Para ella, procedería igualmente la exclusión de la prueba de descargo cuando las garantías vulneradas en su obtención superan los intereses que la inclusión de la prueba pretende resguardar.

Para Echeverría Donoso⁵³, la exclusión de prueba de descargo a la defensa será una situación si bien posible, francamente excepcional, ya que argumenta:

“...a menudo, lo que se va a confrontar es el derecho fundamental vulnerado de la víctima o de terceros, con el principio de inocencia, el derecho a defensa del imputado y el principio que, *prima facie*, ordena no excluir prueba ilícita in *bonam partem*, razón por la cual, en la mayoría de los casos, la prueba ilícita absolutoria será admisible, toda vez que ellos son principios que tienen un peso muy fuerte respecto de otros, como la eficaz aplicación del derecho penal o el descubrimiento de la verdad material. Máxime si se considera que, en muchas ocasiones, de no aceptarse la prueba ilícita de descargo, lo que se está haciendo es promoviendo la condena de un inocente, cuestión que en un Estado de Derecho resulta inaceptable”.

Por último, cabe destacar que Echeverría Donoso⁵⁴ no ve, a diferencia de lo expuesto por Hernández, que la restricción de la apelación del auto de apertura únicamente a las hipótesis de exclusión de prueba al ministerio público, sea un argumento de texto a favor de sostener que el legislador claramente tomó la decisión de no someter la prueba de descargo al control de su procedencia por ilicitud. Estima que en realidad la norma plasma un “tratamiento preferencial al ministerio público” en razón de los intereses que representa, discriminación que “responde a motivos políticos más que jurídicos”. En su opinión, el principio de proporcionalidad impediría suprimir por completo las posibilidades de exclusión de prueba por ilicitud a la defensa. En adición a lo expresado, cree ver en el artículo 272 del C.P.P. un argumento de texto en sentido contrario al anterior. Dicha norma expresa que:

“durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las

⁵¹ ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, pp. 103-124.

⁵² ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, p. 107.

⁵³ ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, pp. 107-108.

⁵⁴ ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, pp. 110-111.

pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276”.

Este precepto permite que todas las partes (ministerio público, querellante, defensa) formulen planteamientos y solicitudes en relación con la prueba para los efectos de lo dispuesto en el artículo 276 del C.P.P., no circunscribiendo las alegaciones de ilicitud sólo a una de ellas.

En una posición escéptica a la aceptación sin reservas de la prueba ilícita de descargo se muestra González González⁵⁵, para quien los problemas originados en esta clase de disyuntivas deberán resolverse sobre la base de determinar el interés preponderante, sin que sea posible obviar *ab initio* la supremacía constitucional que se superpone a los intereses de toda persona, institución o grupo.

En una posición crítica a la admisión sin reparos de prueba ilícita de descargo proveniente de particulares se encuentra Basso Cerda⁵⁶, quien considera que su aceptación no es sino una relativización de la supremacía constitucional y de la vinculación directa a ésta para todos los órganos y ciudadanos. Para el autor, la razón de ser de las causales de exclusión por ilicitud se encontraría en el imperativo constitucional de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. El Estado, en tanto garante de la institucionalidad y la vigencia de los derechos esenciales, no puede fomentar ni tolerar ninguna vulneración de garantías, provengan de la parte que fuere. Así también, Basso Cerda cuestiona el resultado de las tesis que proclaman la aceptación irrestricta de tales probanzas, las que en la práctica producen diferenciaciones intolerables, puesto que permiten la existencia de categorías privilegiadas de sujetos, cuyo obrar no se supedita a la Constitución, regla desigual inaceptable.

Para Basso Cerda⁵⁷, todos los problemas que pueden presentarse relativos a la admisión de prueba ilícita, los que la doctrina trata como excepciones a ésta y la propia exclusión de la misma cuando es de descargo, pueden solucionarse aplicando criterios de proporcionalidad e inexigibilidad de otra conducta, siendo éste último un instrumento accesorio del primero⁵⁸. Para el autor⁵⁹, no es posible excluir pruebas ilícitas por el sólo hecho de provenir del acusador y admitirlas por la exclusiva razón de ser prueba de descargo. Todo el proceso de admisibilidad probatoria es una constante colisión de derechos que debe resolverse mediante el principio de proporcionalidad y su auxiliar de inexigibilidad de otra conducta, lo anterior independiente de cual sea la parte que ofrece la prueba. Por ello, para el autor no tiene ninguna relevancia distinguir entre la prueba de cargo o de descargo, más allá del sentido pedagógico de tal diferenciación.

⁵⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “La regla”, cit. nota n° 34, pp. 380-381.

⁵⁶ BASSO CERDA, *Procedencia*, cit. nota n° 43, pp. 50-51 y 56.

⁵⁷ BASSO CERDA, *Procedencia*, cit. nota n° 43, pp. 76-77.

⁵⁸ La propuesta de resolver la prueba ilícita de descargo apelando al principio de proporcionalidad aparece en el libro citado de Echeverría Donoso publicado en el año 2011. En su obra citada del año 2013, ergo posterior a la de Echeverría Donoso, Basso Cerda realiza similar propuesta, aunque sin citarla.

⁵⁹ BASSO CERDA, *Procedencia*, cit. nota n° 43, pp. 136-137.

3. Propuesta sistemática sobre la prueba ilícita.

3.1. Modelo interpretativo propuesto para el derecho chileno.

Las posiciones sostenidas por autores tales como Hernández, López o Krause, sin ambages dejan fuera de toda exigencia de constitucionalidad a aquellas probanzas de descargo y sólo admiten un control idóneo para la prueba de cargo. En definitiva, únicamente la prueba de cargo –estatal o particular– debería someterse a un control de licitud. Exclusivamente quienes generen prueba que va a ser usada para cimentar la convicción de condena son destinatarios del mensaje ínsito en las reglas de exclusión probatoria por ilicitud. No puede ignorarse que a nivel intuitivo se advierte que la situación del imputado no puede ser la misma que la del persecutor, en lo que a obtención de prueba refiere. Lo anterior, porque no es posible tratar por igual a quienes son esencialmente desiguales, sobre todo de cara a la investigación criminal, etapa donde precisamente se marcan las mayores diferencias entre los contendores. A la vez, tampoco resulta muy tranquilizador ni convincente aceptar que procesalmente no habrá ninguna respuesta a la prueba ilícita generada por el acusado y que deberemos conformarnos con una incierta remisión al ordenamiento penal.

Ante la generalidad de las fórmulas gramaticales contenidas en los preceptos de los artículos 276 inciso 3° y 373 a) del C.P.P., referidas a la infracción de garantías sin distinguir ni al autor de éstas ni diferenciar quién la invoca en pro de su pretensión, este autor considera que la clave para determinar el real alcance del instituto en cada categoría de casos es interpretarlos conforme a la finalidad o finalidades que puede entenderse pretendió el legislador al establecer estas limitaciones probatorias. Es ineludible también aceptar que solamente se podrán establecer reglas generales lejanas a la proposición concreta de soluciones específicas. A esto se refiere Carrió⁶⁰ cuando manifiesta que para solucionar los problemas interpretativos originados por las reglas de exclusión “...es preferible mantener la mira en cuáles son los propósitos que animan la regla de exclusión y en base a ello verificar, en cada caso o hipótesis, si la exclusión satisface o no tales propósitos...”. Él o los propósitos o argumentos que justifican la existencia de las reglas es la única luz que puede aportar claridad a una zona invadida por una inagotable casuística, llena de matices, de tonos grises y de poderosos intereses que entran normalmente en colisión directa.

Es obvio que toda regla de exclusión probatoria por ilicitud contendrá, en primer término, un mensaje potente dirigido a las policías, afirmándoles que su actuar, si es irrespetuoso de las garantías fundamentales, será del todo inútil. Se les afirma que el éxito policial del caso pasará por un adecuado respeto de los procedimientos y prerrogativas legales que resguardan derechos fundamentales, porque de lo contrario la indagatoria terminará, ya sea sin imputado a quien responsabilizar o, en el mejor de los casos, en una decisión absolutoria.

Sin embargo, entender las reglas de exclusión probatoria como un instrumento exclusivamente educativo es aceptar una simplificación inadmisible del problema y

⁶⁰ CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1994, p. 169.

fomentar una relativización en el respeto a las garantías fundamentales⁶¹. En el ordenamiento chileno, novel en lo que es el apego irrestricto a las garantías y en la imposición de límites al ejercicio del *ius puniendi*, es indudable que la finalidad de la prueba ilícita excede únicamente la visión educativa de la policía y persigue el necesario aseguramiento que en su operatividad, el sistema de justicia respetará las garantías esenciales de los ciudadanos y no actuará con un poder ilimitado⁶². En este mismo orden de ideas, Julián López⁶³ considera que ambos criterios no son excluyentes, pueden coexistir simultáneamente y éste debiese ser el faro que guíe la aplicación de las reglas en el ordenamiento chileno.

Como ya antes se ha referido, si el criterio de justificación de la prueba ilícita tiene que ver con la vigencia de ciertos valores éticos en el proceso (criterio de la integridad judicial), con la “decencia” y con el “juego limpio”⁶⁴, pareciera ser que los mismos no sólo debiesen justificar la exclusión de la prueba de cargo, sino la introducción a juicio de cualquier información obtenida con vulneración de garantías esenciales, para salvaguardar que la toma de decisiones jurisdiccionales se funde en prueba irreprochable.

En este punto el autor se separa de la posición sostenida por Hernández y López, ya que no se ve razón para reducir la vigencia de la ética a la condicionante que exista una sentencia condenatoria. El proceso, como expresión del poder estatal, debería ceñirse a los mismos altos estándares: el respeto a los derechos esenciales. Cuando se intenta explicar la regla de exclusión fundada en razones de integridad judicial, pero al mismo tiempo se asegura que las mismas sólo tienen por destinatario a quienes generen prueba de cargo, el argumento resulta disonante⁶⁵.

⁶¹ Si se limita el análisis sólo a la existencia de la posibilidad de educar a la policía, podrán haber buenas razones para admitir como prueba válida la generada en todos aquellos casos en que por la razón que fuere, en realidad no tiene mayor sentido generar un efecto educativo en los agentes, ya sea porque la policía obró con negligencia -pero consciente de la existencia de los derechos fundamentales-, o lo hizo de forma errónea, pero de buena fe, etc. También debería admitirse como válida la prueba ilícita obtenida por los particulares, ya que la norma que disciplina no les está dirigida a estos, sino a los que de manera formal y cotidiana acopian probanzas (la policía). Esta simplificación, como se puede adivinar, permite una flexibilidad progresiva y casi total de la regla, introduciendo excepciones a la exclusión probatoria, cada vez que no se considera necesario disuadir a las policías, independientemente de la vulneración de garantías. Véase también HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 14-15.

⁶² Ambos objetivos generales fueron explicitados por el Ejecutivo en su mensaje al Legislativo con el envío del proyecto del C.P.P. En efecto, se señala que el sistema que se propulsa buscaba “...cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales...”. A su turno, se señala también por el Ejecutivo que “el cambio político más importante en Chile ha sido, a su turno, la consolidación del modelo democrático, el que a su vez exige el respeto a los derechos humanos como un principio fundamental de legitimidad”.

⁶³ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal* 2, cit. nota n° 17, p. 187.

⁶⁴ HORVITZ LENNON/LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal* 2, cit. nota n° 17, p. 183.

⁶⁵ En rigor, Hernández Basualto introduce una variante en esta línea argumentativa, indicando que se trataría del razonamiento triunfante en el derecho comparado, al afirmar que la regla de exclusión sólo se aplica al persecutor, porque en su caso hay algo más que el hecho de haberse vulnerado una garantía fundamental: lo que está en juego en el caso de la prueba ilícita de cargo es la legitimidad del *ius puniendi*. La legitimidad del castigo peligra cada vez que un sujeto puede ser condenado basándose la sanción en prueba ilícita. En el caso de prueba excluida a la defensa, agrega Hernández, ello no está conflictivo. Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 64-65.

La integridad judicial y la prevención representan dos motivaciones poderosas para que el legislador estableciera un régimen de exclusión probatoria por ilicitud, las que por cierto deben servir de base a la interpretación. Se trata pues, a la luz de los artículos 6°, 19 n°3 inciso 6°, 83 inciso 3° y 101 inciso 2° de la C.P.R., de intereses constitucionalmente legítimos que confluyen en el proceso penal y que deben inspirar la aplicación del instituto que convoca el presente análisis. Sin embargo, ellos no son los únicos intereses potencialmente posibles de confluir y colisionar en el juicio criminal. De la garantía del debido proceso, que se colige del mandato del artículo 19 n°3 inciso 6° precitado, es posible desprender muchos otros intereses de orden fundamental, cuya pervivencia se juega su existencia en todo proceso penal (a modo de ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a probar, etc.). Así también, múltiples otras garantías aseguradas por la Constitución o los tratados internacionales pueden exigir que en el proceso penal se reafirme su vigencia, como sucede por ejemplo en el caso del respeto a la vida privada y la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, a que aluden los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Del mismo modo, y no con un afán exhaustivo sino más bien descriptivo, también concurrirá al proceso reclamando se reafirme el legítimo interés estatal en que los delitos cometidos se persigan y castiguen, como sin duda se alude en los artículos 19 n° 3 y 7° y 83 de la Carta Fundamental.

Frente a la situación descrita, pareciera que no puede sólo una *ratio legis* o un único interés constitucional alumbrar la interpretación de todo el instituto de la prueba ilícita, en cuanto el proceso penal no es más que un lugar de encuentro de relevantes y variados intereses sociales e individuales, sometidos a constantes tensiones, que en muchas ocasiones pueden ser francamente contradictorias.

Este autor considera que sólo una visión amplia que considere los intereses o garantías aludidos puede solucionar de forma más coherente y satisfactoria el problema planteado en este trabajo. El mecanismo metodológico de solución de los conflictos e interpretación a usar es la llamada doctrina de ponderación o *principio de proporcionalidad*, la que encuentra razones dogmáticas y de texto para ser acogida, y que ha sido aceptada, aunque todavía incipientemente, por la Excma. Corte Suprema⁶⁶.

⁶⁶ Véase SCS de 25 de mayo de 2010, Rol 1741-2010. Allí se expresa por el Máximo Tribunal que “la noción de prueba ilícita y su rechazo resulta del enfrentamiento entre averiguación de hechos delictivos y respeto de los derechos. En particular, cuando a estos últimos se les reconoce como criterio de validez de los procedimientos tendientes a tal averiguación; y en consecuencia, como fundamento de la resistencia a la admisión de pruebas ilícitamente logradas”. Se afirma también que “el proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea, las prohibiciones de prueba ligadas al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales juegan un rol de gran importancia; ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que ‘una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención’ en los derechos de la persona del inculcado o de terceros; no se trata de equiparar la juridicidad a una prohibición genérica y absoluta de este tipo de facultades, sino de establecer una regulación que las limite a los casos y a la medida en que sean realmente indispensables”. Véase también SCS de 11 de mayo de 2011, Rol 2.576-11. En ésta, el Máximo Tribunal reconoce expresamente la aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el proceso de decisión relativa a la exclusión de una prueba ilícita. Así se expresa que “lo que aparece claro es que la existencia de una prueba ilícita no significa directa e inmediatamente la nulidad de una actuación, sino que es preciso traspasar primero, el cedazo de la preparación y, luego, el de la trascendencia que el legislador nacional impuso en el artículo 373 letra a) del

En el derecho comparado, explica Hernández Basualto⁶⁷, se trata de una solución jurisprudencial aceptada en términos expresos a partir del año 1990 en Alemania. Indica el autor citado que entre ellos la decisión en orden a admitir o no la valoración de un determinado medio, pasará por una ponderación valorativa de la misma infracción del procedimiento de que se trate, lo que deberá cotejarse con la relevancia que tiene la infracción en la esfera jurídica del afectado y el hecho que procesalmente la verdad no puede alcanzarse a cualquier costo⁶⁸.

La propuesta dogmática ha sido sólida y ampliamente desarrollada por el autor alemán Robert Alexy⁶⁹, quien explica la ponderación como una metodología para solucionar conflictos entre principios, los que *prima facie* aparecen como aplicables, pero incompatibles entre sí⁷⁰. Explica el autor que los principios son normas fundamentales de carácter general, que no contienen órdenes definitivas ni soluciones concretas para casos específicos, sino que establecen mandatos de optimización, que no es otra cosa que disponer que algo sea logrado en la mayor y mejor medida posible. Para establecer la mejor manera posible de desarrollar el principio, resulta inevitable confrontarlo con aquellos que se le oponen. Se trata, entonces, no de hurgar en busca de un principio inválido, sino de dilucidar cuál de los dos precede al otro, para la solución del caso concreto⁷¹. Para los seguidores de la propuesta de Alexy, explica Aldunate Lizama⁷², el juicio de ponderación o *balancing test* se funda en las circunstancias del caso concreto: son ellas las que permiten dilucidar cuál derecho es preferente respecto de otro. El juicio de ponderación, explica Bernal Pulido⁷³, comprende una serie de evaluaciones o consideraciones, como cuál es el grado de afectación de un principio y la necesidad de satisfacción de otro; el peso abstracto o valor social que tiene cada uno de los principios en conflicto; el grado de certeza empírica con que se puede afirmar que se va a generar una afectación a un derecho (en contraposición a una mera probabilidad), etc. Se trata, por cierto, de un procedimiento que

Código Procesal Penal, sin descuidar tampoco el sistema de valoración probatorio y la disposición constitucional del artículo 19 N° 26 que impone a todos los ciudadanos la obligación de ‘tolerar’ ciertas restricciones en sus derechos, en tanto no se vulnere el núcleo esencial del mismo”. Consideramos que la tendencia de la Excm. Corte Suprema en que se exige la trascendencia del perjuicio, a que se hiciera referencia *supra* (1.6), como requisito para declarar la nulidad del juicio o de la sentencia, también es una manifestación del ejercicio de ponderación o balance de los intereses o garantías constitucionales en juego.

⁶⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 32-33.

⁶⁸ Véase también ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La prueba ilícita*, Santiago: LexisNexis, 2004, pp. 33-35.

⁶⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 82-114.

⁷⁰ Explica Alexy, que en oposición a la colisión de principios, existe la colisión de reglas. Las reglas contienen soluciones concretas para casos específicos, en oposición a los principios que constituyen normas generales. Explica que cuando dos reglas entran en contradicción, a diferencia de lo que sucede con los principios, necesariamente debe encontrarse o alguna situación de excepción prevista en las mismas o bien declarar inválida una de ellas. Dos principios pueden ser igualmente válidos para un caso concreto, en cambio dos reglas nunca.

⁷¹ Véase también, en el mismo sentido, BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26 (2003), disponible en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>, [visitado el 16.10.2014], pp. 5-6.

⁷² ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago: LegalPublishing, 2008, pp. 273-274.

⁷³ BERNAL PULIDO, “Estructura”, cit. nota n° 71, pp. 8-28.

deja al intérprete “...un irreductible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones...”⁷⁴.

Un amplio margen de subjetividad y la dificultad de categorizar o jerarquizar ciertos principios ha sido señalado por algunos autores como una debilidad de la propuesta de Alexy⁷⁵. Sin embargo, pese a los esfuerzos para intentar afirmar lo contrario, todo sistema jurisdiccional se encuentra alejado de ser una ciencia exacta, donde por cada argumentación podrán esgrimirse otras razones, generalmente también válidas. En ese contexto, la aplicación del modelo de la ponderación de Alexy tiene como fortaleza que hace visible la subjetividad del intérprete. Las valoraciones, apreciaciones y juicios comparativos pasan a ser un necesario elemento de fundamentación, con las consecuentes ventajas para el control de las decisiones judiciales.

La discusión es relevante específicamente tratándose del artículo 276 inciso 3° del C.P.P. La doctrina chilena ya lo ha advertido⁷⁶. Si se estima que dicho precepto es una regla, una vez verificada la existencia de los presupuestos de la norma (vulneración de garantías fundamentales), la exclusión operaría sin mayores miramientos. En cambio, si se trata más bien de principio, su aplicación pasaría por un necesario juicio de *ponderación*, con la consecuente posibilidad de relativizar los efectos en materia de exclusión.

Se observa concordancia entre el planteamiento aquí desarrollado con Hernández Basualto⁷⁷, cuando éste expresa que las garantías procesales y fundamentales carecen de alcance absoluto y siempre son susceptibles de modulaciones, en el ejercicio del permanente equilibrio que tensiona al proceso. Por un lado, el interés en instaurar un sistema penal eficaz y, por otro, que el mismo esté legitimado en su ejercicio. La exclusión de prueba por ilicitud no es sino una de las aristas que tiene la modulación referida por el citado autor. A partir de su texto, el artículo 276 del C.P.P. pareciera no dejar lugar a matizaciones. Sin embargo y también concordante con lo expresado por Hernández Basualto a este respecto, el texto legal debe ser sólo el punto de partida para el análisis. Por tanto, se puede afirmar que el mencionado precepto forma parte de un sistema más amplio de control de la licitud de la prueba, formado también por el artículo 373 a) del C.P.P., el que fuera de toda duda introduce factores de ponderación de los derechos o intereses en juego, al expresar que sólo habilita para declarar la nulidad la infracción *sustancial* de derechos o garantías esenciales.

⁷⁴ BERNAL PULIDO, “Estructura”, cit. nota n° 71, pp. 28-29.

⁷⁵ Véase MORESO, Juan José, *Alexy y la aritmética de la ponderación*, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy_y_la_aritmetica_de_la_ponderacion.pdf [visitado el 23.3.2016]. El autor destaca tres problemas que en su opinión debilitan la propuesta de Alexy.

⁷⁶ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, p. 63 y ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, pp. 43-44. Mientras que Hernández estima que “el mandato de exclusión” (referencia que puede ser considerada más extensa que la mera alusión al artículo 276 del C.P.P. ya que pueden entenderse incorporados por la alusión los preceptos relativos al recurso de nulidad) es un principio y no una regla, éste manda a ser ejecutado en la mejor medida que sea posible. Para Echeverría, en cambio, el artículo 276 del C.P.P. se trataría de una regla que no admite excepción alguna ni ponderación de ninguna clase: verificado el presupuesto (inconstitucionalidad de la prueba) se produce el efecto (exclusión de la misma). Empero, estima que se trata de una regla dirigida sólo a la parte acusadora y que en relación con la prueba de descargo, por aplicación directa de las normas constitucionales, es posible recurrir a la ponderación.

⁷⁷ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, “La exclusión”, cit. nota n° 22, pp. 62-63.

Si todo el sistema procesal penal es cruzado por una constante tensión y acomodación del interés de la sociedad por castigar delitos de forma eficiente y el respeto de las garantías fundamentales, no se ve por qué deba obviarse ello a la hora de determinar el alcance de la ilicitud. En este sentido, la doctrina de la ponderación en nada se diferencia de la teoría de la buena fe, del hallazgo inevitable y otras que sin tener soporte normativo expreso, se las estima también como compatibles con el sistema probatorio y el orden constitucional.

Por ello se considera que en el sistema chileno sí es posible recurrir a la doctrina de la ponderación para interpretar el alcance objetivo y subjetivo del artículo 276 del C.P.P. Lo anterior implica extender el espectro interpretativo de las normas relativas a la prueba ilícita y en específico del artículo 276 del C.P.P., ya que por cierto, criterios como la correcta actuación de la policía y la ética en el actuar estatal corresponde que sean tomados en cuenta en la ecuación, pero deberán ser sopesados en conjunto con otros, que no miran sólo a la utilidad institucional del fenómeno de la exclusión por ilicitud, sino que dicen relación con los intereses individuales de los justiciados. Todo ello, procurando realizar una graduación de los beneficios al afirmar la vigencia de cada principio, en contraste con las consecuencias adversas de la negación total o parcial de su opuesto.

La explicitación de criterios de ponderación y de proporcionalidad, cuando confluyen derechos fundamentales pujando en sentidos inversos, es ya una realidad aceptada y reglada en muchas ocasiones en el C.P.P., lo que se estima es un argumento para sostener que la tesis de la ponderación puede tener cabida en la dogmática nacional. En un breve repaso por la normativa procesal penal pueden encontrarse diversas referencias al ejercicio citado, en normas que contienen un explícito llamado al juez a realizar valoraciones, comparaciones y calibraciones⁷⁸.

⁷⁸ Véase el C.P.P.: artículo 140, en relación con la prisión preventiva, a propósito de la concurrencia de antecedentes que justifiquen la existencia del hecho atribuido al acusado y la necesidad de cautela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 139 inciso final, que le exige al juez evaluar si las otras medidas cautelares resultan insuficientes; artículo 202, a propósito de la calificación de aquellos casos en que resulta útil proceder a la exhumación de un cadáver; artículo 222, a propósito de la necesidad que el juez, tratándose de interceptación de comunicaciones, junto con evaluar si el delito se encuentra al menos justificado en sus presupuestos, determine si la medida resulta imprescindible para la investigación; artículo 336, a propósito de la prueba no solicitada oportunamente, se encomienda al juez evaluar la plausibilidad del no ofrecimiento anticipado de la misma; artículo 236, a propósito de la autorización para realizar diligencias sin conocimiento del afectado, se mandata al juez para ponderar la gravedad del caso y si la medida resulta indispensable; artículo 308, a propósito de la protección de los testigos, corresponderá al juez evaluar la concurrencia de razones graves y calificadas para proceder a adoptar una medida de protección; artículo 457, a propósito de la imposición de medidas de seguridad, se exige calificar por el juez la gravedad del caso para determinar la procedencia de la medida. Lo que tienen en común todas estas referencias es que existen intereses de eficiencia investigativa, de determinación de la “verdad” en el juicio o de seguridad social que pugnan en contra de garantías como el derecho de defensa, el derecho a probar, a impugnar en juicio la prueba, a la intimidad, etc. Si bien todos son fines constitucionalmente protegidos, en un caso concreto debe ponderarse mediante un juicio de proporcionalidad cuál de ellos debe ceder en pro del otro. Toda alusión a un caso grave, a la utilidad, al carácter de indispensable de algo, a la gravedad de un antecedente, etc., no es sino un ineludible llamado al juez a sopesar intereses contrapuestos en conflicto.

3.2. Insuficiencia del argumento de texto contenido en el Código Procesal Penal.

Anteriormente se ha hecho referencia *supra* (2.2) a las diferentes posturas de autores nacionales respecto a si existen o no argumentos de texto en el C.P.P. que permitan dilucidar la interrogante del alcance subjetivo de las normas relativas a la prueba ilícita.

El presente análisis toma partido por los argumentos de Echeverría Donoso⁷⁹, puesto que no se aprecia razonable sostener que la limitación en materia de sujeto procesal habilitado para recurrir en contra del auto de apertura, implique una toma de decisión legislativa respecto de a quien es posible excluirle prueba por ilicitud. Por cierto que como sostiene Hernández, la norma realiza una discriminación inaceptable en materia de igualdad de armas, pero lo efectivo es que más allá de la opinión que ello merezca, se trata sólo de un precepto referido al agraviado que puede recurrir de la resolución⁸⁰. Con todo, colegir a partir de ello que sólo puede ser agraviado a quien le fue otorgado el recurso, resulta ser una opción que ignora el amplio tenor con el cual el legislador reguló la exclusión. El artículo 276 del C.P.P. no ha realizado distinción alguna en relación con el interviniente al que es posible excluirle prueba y, es más, el 272 del mismo cuerpo legal habilitó a todos ellos para efectuar peticiones y alegaciones al respecto⁸¹. Por otro lado, huelga señalar que si se estimase que la norma restrictiva del recurso del aludido artículo 277 inciso final del C.P.P. limita el ámbito de receptores del mandato normativo al ministerio público, esto tampoco solucionaría el problema planteado por Hernández –apegado al mismo texto al que se apela– ya que con esa misma lógica, la parte querellante no tendría que verse incluida tampoco en aquel coto y su prueba ilícita debería admitirse sin reparos.

Por lo anterior, el autor de este trabajo estima que apelando al texto del C.P.P. no es posible solucionar el dilema planteado respecto de a quien se aplican las normas de exclusión por ilicitud.

3.3. Alcance de la exclusión de prueba ilícita de los particulares.

3.3.1. Prueba de cargo obtenida por particulares.

Partiendo de la premisa ya asentada, que los artículos 276 y 272 del C.P.P. no hacen diferenciación alguna en torno a la parte que obtuvo la prueba ilícita que se pretende presentar, corresponde analizar las razones de intereses constitucionalmente legítimos o de derechos fundamentales que pueden inclinar la balanza en uno u otro sentido.

⁷⁹ ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, pp. 110-111.

⁸⁰ Téngase en consideración que no es la única norma en el C.P.P. en que el legislador deja sin recurso a una parte potencialmente agraviada. Tal es el caso del artículo 387 inciso 2° del C.P.P., en que se priva de la posibilidad de recurrir de una segunda sentencia absolutoria al acusador, independientemente de la existencia de perjuicio.

⁸¹ Véase sobre el particular a PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, Santiago: Jurídica de Chile, 2010, pp. 423-424. El autor repasa parte de la discusión parlamentaria respecto de la regla de exclusión de prueba por ilicitud, cuando se debatieron las modificaciones al C.P.P. contenidas en la ley 20.074.

De la simple lectura de los artículos 5° inciso 2°, 19 n° 3° inciso 6° y 26 y 83 inciso 3°, todos de la C.P.R., fluye que el ejercicio de la soberanía, de la cual el *ius puniendi* es una extensión, no es un valor en sí, sino un medio para la mantención del orden en la sociedad organizada. Como tal, si bien se trata de un objetivo constitucionalmente legítimo y por cierto necesario, reconoce como límites los derechos y garantías esenciales de los ciudadanos. Como recurso de solución de controversias, el ejercicio del poder punitivo y quien lo ejerce deben legitimarse mediante un cuidadoso respeto y atención en la salvaguarda de las condiciones que autorizan el castigo, cuyo pilar esencial es el apego a los derechos fundamentales. La solución de la controversia, o si se quiere, el alcanzar “la verdad” (aquella que pueda ser alcanzada en el proceso penal) no tiene más valor que las garantías fundamentales de todos y cada uno de los ciudadanos. En este sentido, todas las reflexiones de Hernández cobran validez, ya que un Estado que para castigar ha violentado garantías y se ha puesto sin derecho sobre la Constitución, no tiene la autoridad moral ni ética para imponer una sanción, al incurrir en infracciones comparables con aquellas que intenta reprimir. Cuando este Estado vulnera los límites del propio Estado de Derecho, parafraseando a Bofill Genzsch⁸², se ha abandonado a sí mismo.

Se desprende de lo expresado que, por regla general, no existe razón que justifique acoger en el proceso prueba ilícita de cargo que haya sido recopilada por particulares. Sin embargo, la doctrina de la ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad pueden establecer excepciones o morigeraciones de esta regla.

Debe tenerse en cuenta que en esta categoría, en general, la ponderación tendrá una aplicación acotada, toda vez que los límites de la soberanía (los derechos esenciales) estarán siempre sobre ésta y nunca la “utilidad” social de resolver un caso podrá ser más relevante que el respeto de las garantías fundamentales. El principio de la ponderación sí puede cobrar importancia, tratándose de lesiones *periféricas* a la esencia de las garantías, las que incluso pueden cuestionarse si propiamente constituyen vulneraciones a éstas. Se piensa por ejemplo en la intervención legítima en los derechos esenciales, que sin embargo no cumplió todas las prerrogativas legales o no tuvo la capacidad de amagar derecho alguno, más allá de lo abstracto. Por ejemplo, sería el caso en que en un procedimiento policial de incautación de evidencias, legítimamente autorizado por el juez de garantía, se omitiera la entrega del recibo a la persona a quien se le haya privado de la posesión del mismo, según indica el artículo 221 del C.P.P.

Más allá de lo malsonante que parezca el admitir que la condena podrá ser legítima aun cuando existan ciertas irregularidades o infracciones de garantías lejanas a la esencia de las mismas, este autor considera que afirmarlo es un ejercicio de necesaria honestidad⁸³. No

⁸² BOFILL GENZSCH, Jorge, “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”, *RDPUCV* N° 12 (1988), disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/217/201>, [visitado el 18.10.2014], p.242.

⁸³ El ejercicio de la ponderación y en concreto, la calibración del grado de compromiso o de afectación de una garantía, es una metodología aplicada y fuertemente asentada en la Excm. Corte Suprema en materia de recursos de nulidad, generalmente denominada por ésta como “principio de trascendencia”. El Máximo Tribunal, fundándose en la alusión a la sustancialidad contenida en el artículo 373 a) del C.P.P., en complemento con lo señalado en el artículo 375 del mismo código, niega relevancia -al menos en materia de nulidad- a las infracciones de derechos que no sean sustanciales o que se sitúen en un plano lejano a lo que puede entenderse por la esencia del derecho. A modo ejemplar, véanse SCS de 30 de enero de 2008, Rol

todo ataque a la garantía la compromete de manera seria. Cuando se trata de afectaciones marginales o simples irregularidades no está en juego lo que se describía al comenzar este apartado, por tanto la prueba debería admitirse, ya sea porque se considere que en realidad no existe una infracción a la garantía propiamente tal, o bien, considerando que sí existe, ésta tiene una relevancia muy menor (insignificancia) en comparación con los otros intereses constitucionalmente legítimos en juego.

La prohibición general de incorporar al juicio prueba ilícita de cargo obtenida por el particular, se aprecia como la tendencia que se ha impuesto en aquellos casos en que los tribunales han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tópico⁸⁴, admitiendo aquella línea atenuante del criterio, enunciada por Hernández Basualto y a que se hiciera referencia *supra* (2.1), relativas a casos de legítima defensa o inexigibilidad de otra conducta de la víctima⁸⁵. En esta corriente de excepciones, se comprenden situaciones que podrían denominarse “autotutela de carácter investigativo”. Asumiendo que el término utilizado no es exacto técnicamente hablando, lo que se pretende graficar es que ante la imposibilidad del Estado investigador de acudir a recabar prueba directa cuando un delito se está cometiendo, se autoriza que la víctima o los particulares lo hagan por los medios que tengan a mano, sin las formalidades legales, aunque en ese proceso se vulneren garantías esenciales. Subyace en esta tesis el reconocimiento que frente a una situación imprevisible

6.631-07; SCS de 19 de julio de 2011, Rol 3912-2011; SCS de 17 de junio de 2013, Rol 2866-2012; SCS de 7 de enero de 2014, Rol 10.910-13; entre otras.

⁸⁴ Véase SCS de 11 de julio de 2007, Rol 1836-2007. Una madre de una menor afectada por abusos sexuales decide registrar la oficina del supuesto autor de los hechos, sin contar con autorización legal, recopilando prueba que fue usada al menos para fundar una sentencia en contra del imputado por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil. Ante el registro ilegítimo realizado por la madre, la Excma. Corte declara que la obligación de realizar los registros amparados por la legalidad rige también respecto a particulares. Lo anterior, sin perjuicio que más tarde el fallo desarrolla una particular interpretación de la teoría del fruto del árbol envenenado, negando lugar a que se genere la exclusión de la prueba que emana de aquel irregular allanamiento. Véase también sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel de 18 de noviembre de 2008, Rol 1428-2008. En ella, dicho tribunal, en un caso de allanamiento ilegítimo de la morada de un imputado por parte de un particular y el levantamiento de una evidencia al interior de la misma, expresa que la limitaciones relativas a la prueba ilícita no alcanzan sólo al ministerio público y a la policía, sino también a los particulares, toda vez que el artículo 276 del C.P.P. no hace distingo alguno y se fundamentarían ambas hipótesis en una misma razón ética.

⁸⁵ Véase SCS de 2 de enero de 2014, Rol 12.279-13. En la misma, la Excma. Corte Suprema expresa que “...la ley chilena no proporciona razones para no aplicar la exclusión de la prueba ilícita frente a actuaciones estrictamente privadas [lo que] significa que los particulares no están autorizados para llevar a cabo actuaciones de investigación que transgredan las garantías constitucionales de las personas”. Sin embargo, en la línea de lo que aquí se sostiene, la Excma. Corte Suprema estima que la exclusión probatoria no es una regla con vigencia absoluta, sino que se trata de un principio que debe sopesarse con otros intereses en juego. Acto seguido señala que “sin embargo, tal regla admite una excepción, cual es, cuando la acción del particular representa un acto de defensa respecto de ilicitudes en marcha...”. Se está refiriendo en lo concreto a una grabación de una conversación, efectuada por un particular sin conocimiento de su interlocutor, un funcionario público, en la que se habrían ventilado aspectos relevantes para la configuración de un delito de cohecho. Sin perjuicio de todo lo anterior, la Excma. Corte sostiene además que no habría vulneración de garantías cuando, aún sin conocimiento del interlocutor, uno de aquellos que participó en la conversación la registra, afirmación que parece discutible. Véase también sentencia de Corte de Apelaciones de Talca, de 15 de abril de 2013, Rol n°149-2013/RPP, la que sin otorgar mayores fundamentos, sostiene que no es posible impedirle a la víctima que grabe las amenazas de que habría sido objeto, no siendo factible esperar que cumpla ella las exigencias relativas a la autorización judicial previa.

y urgente, el ciudadano no puede ser obligado a abstenerse de recabar prueba o forzado a recurrir a una autoridad que necesariamente llegará tarde, por cuanto los miembros de la sociedad y especialmente el afectado, tienen derecho a que se ejerza la acción penal y se persiga (no sólo nominalmente) a los responsables de un delito⁸⁶.

3.3.2. Prueba de descargo obtenida por particulares.

Al hacer referencia a la prueba de descargo, se alude a aquella que por regla general es presentada por la propia defensa del acusado, bien sea para eximirlo o alivianarlo de su responsabilidad. Esta categoría es la que Miranda Estrampes⁸⁷ denomina como prueba ilícita *in bonam partem o in utilibus*.

En un sistema de corte acusatorio como el que rige en la actualidad, y asegurada la dirección de la investigación oficial por parte del ministerio público, huelga señalar que las facultades de intervención en la investigación que tiene el juez de garantía son en verdad mínimas y dudosamente eficaces. Frente a la necesidad de la defensa del acusado de realizar alguna diligencia conculcadora o amenazante en los derechos esenciales de algún sujeto, este interviniente sólo tiene la posibilidad efectiva de pedírsela al propio ministerio público, el cual si la estima inconducente, la rechazará, quedando vigente como remedios (en principio) sólo dos medios institucionales: instar por la reconsideración del propio acusador, ya sea mediante una solicitud directa o requiriendo la intervención del juez de garantía (artículo 98 inciso 4° del C.P.P.) o bien esperar el cierre de la investigación y reiterar la petición de diligencias ante este último (artículo 257 del C.P.P.). Ambas, con el consabido riesgo que ya el paso del tiempo haya podido disipar cualquier posibilidad de éxito de la medida intrusiva. En este contexto se genera la necesidad que la defensa, previendo una acusación y prueba que en principio se direcciona hacia el imputado, se prepare para resistirla, procurando hacerse de elementos de descargo que le permitan repeler la pretensión de forma oportuna y eficaz.

De acuerdo a lo que se ha sostenido previamente, corresponderá resolver la contienda mediante la aplicación de la ponderación (principio de proporcionalidad), ejercicio que deberá determinar cuáles son los intereses constitucionales o derechos fundamentales que deben primar y en qué medida. En uno de los extremos de la balanza se puede situar el interés constitucionalmente legítimo relativo a que el proceso en que se aplique una sanción, goce de legitimidad por parte de la ciudadanía. Este autor se refiere a que el mismo reúna condiciones de respetabilidad y anuencia ciudadana que hagan entender al juicio como un sistema idóneo para resolver los conflictos que genere la convivencia social. En el mismo extremo estarán los derechos esenciales amagados, vulnerados o amenazados con la recolección de la probanza que se pretende usar: la propiedad afectada, la privacidad perturbada, la libertad quebrantada, etc.

⁸⁶ En opinión de este autor, la tesis jurisprudencial que tiende a aceptar como excepción de la exclusión “las ilicitudes en marcha” debería evolucionar hacia una más acabada fundamentación. Lo anterior, debido a que si se ha comprobado la infracción de un derecho básico del imputado, no basta con humanamente comprender la conducta de la víctima o simpatizar con ésta, sino que debe encuadrarse su acción en otro derecho constitucional, que en el caso tenga más fuerza que la vulneración sufrida por el perseguido.

⁸⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: J.M. Bosch, 2003, p. 101.

En el extremo opuesto, se ubicarán el principio de inocencia, el derecho a la defensa del imputado y, en lo específico, el derecho a rendir prueba. Así también, como un interés legítimo digno de protección –que emana de la propia dignidad humana–, se distinguirá también el propósito de evitar que se produzca por parte del Estado la condena de inocentes y en ese sentido, surge el derecho a repeler una acusación o condena que se visualiza como inminente e injusta⁸⁸.

Así, es posible afirmar que por regla general la prueba ilícita de descargo debiese ser admitida, toda vez que el derecho del imputado de defenderse de la acusación y de probar sus asertos, el principio de inocencia y la necesaria protección –basada en la misma legitimidad del sistema– de evitar que el proceso concluya con la condena a inocentes, son intereses sustancialmente más relevantes que el riesgo de desprestigio al que se expone la justicia al tomar decisiones basadas en prueba ilícita, o sobre la base de afectación de garantías esenciales a ciudadanos concretos.

No se trata de aprobar dichas vulneraciones a derechos esenciales. Ellas deberán tener el reproche que corresponda en sede penal. Lo que se defiende es que una vez producida la vulneración de garantías, si ella aporta hacia la verdad exculpatória, resulta más valioso admitirla que vedarla. Excluir la prueba ilícita exculpatória –en principio– generaría un doble efecto nocivo, a saber: la incorrección de la decisión que sanciona a un inocente y la existencia de un verdadero culpable que quedará impune.

Por último y no por ello menos relevante, esta solución resulta ser intuitivamente más coherente, apelando a fundamentos generales de equidad. Razones de justicia hacen plausible no dar el mismo tratamiento a la prueba ilícita del acusador que a la del acusado. Siguiendo a Echeverría Donoso⁸⁹, existe una gran disparidad entre el ministerio público (y quien comparte con éste el ejercicio de la acción penal, el querellante) y la defensa. El “investigador oficial” posee una serie de atribuciones en materias indagatorias y persecutorias, que regularmente amenazan de forma relevante los derechos esenciales del imputado y a su favor, tiene reglamentada la forma de intervenir –con autorización del juez de garantía– en esferas de derechos de particulares, que estime como necesarias para alcanzar el éxito de sus diligencias. El ministerio público tiene una forma legítima de incorporar a juicio como prueba regular, antecedentes obtenidos con vulneración autorizada de derechos esenciales. Por cierto que nada de ello sucede en el caso de la defensa. Las pesquisas de la defensa en ese sentido de ninguna forma tienen esta facilidad y, es más, normalmente quien obtenga la prueba ilícita arriesgará persecución penal propia, por

⁸⁸ Nótese que tratándose de casos absolutorios respecto de un sujeto, por lo ordenado en el artículo 1° del C.P.P. y por mandato del instituto procesal de la cosa juzgada, la aparición después del juicio de prueba concluyente respecto de la participación en los hechos es irrelevante: éste no podrá ser enjuiciado ni condenado por el suceso respecto del cual ya se dictó una sentencia absolutoria. Tratándose del interés estatal de evitar las sanciones a inocentes, el legislador está dispuesto a renunciar a la cosa juzgada, en pro de restablecer la dignidad de un sujeto condenado de forma injusta, todo ello, a través del llamado recurso de revisión, que reglan los artículos 473 y siguientes del C.P.P., diferencia de trato que permite calibrar la relevancia que se le otorga por nuestro ordenamiento a la evitación de condenas injustas, peso específico que debe ser debidamente sopesado en cualquier ejercicio de cotejo.

⁸⁹ ECHEVERRÍA DONOSO, “Los derechos”, cit. nota n° 37, pp. 105-106.

aquellos delitos que pueda haber cometido, con ocasión del procedimiento investigativo. La justicia y equidad claman en el caso, que los dispares sean tratados por reglas diferenciadas. Todo lo dicho no equivale a aceptar que siempre el juez de garantía deba admitir la prueba ilícita de descargo. Señala Armenta Deu⁹⁰ que se trata de una materia donde caben ciertos matices, aunque en todo caso “deben ponderarse, al menos, los intereses en juego de manera que se garantice, como mínimo, que ningún inocente será condenado” (sic). Apareta ser éste un patrón infranqueable de traspasar y no se aprecia que pueda haber un interés constitucionalmente legítimo tan relevante que justifique condenar a un inocente, ya que como se ha dicho, una instrumentalización de esa naturaleza del ser humano, riñe con el más elemental concepto de dignidad humana. El artículo 1° de la C.P.R. –simbólico además por ser el precepto inaugural– dispone precisamente que es el Estado quien debe ser instrumentalizado al servicio de las personas y no éstas usadas en provecho de intereses supraindividuales.

Sí resulta posible ponderar los intereses en juego y realizar distinciones, cuando la prueba de descargo ya no está exclusivamente destinada a desvirtuar el mérito de la acusación y sus pruebas, sino que busca direccionar la persecución hacia un tercer sujeto. Surge como algo obvio que ello ya no sólo satisface un afán (únicamente) exculpatorio, sino que además resulta ser un antecedente incriminador para un tercero y como tal, debiese dársele el trato de prueba de cargo a la información o aquella parte de ella (si fuese posible de fragmentar) que lo vincula.

Conclusiones.

En el proceso penal se entrecruzan intereses que puján en sentidos opuestos, como son el deseo del Estado de reprimir los delitos y el de los ciudadanos, relativo a la conservación del ejercicio de sus derechos fundamentales. Es connatural e inherente al ejercicio del poder punitivo cierta intromisión y afectación en las garantías esenciales. Este ejercicio reglado de la fuerza es precisamente lo que define al *ius puniendi*. Por lo anterior, el factor crítico para la legitimidad del proceso penal no es la intangibilidad de las garantías básicas, sino que las vulneraciones a las mismas, cuando hayan de producirse, se generen únicamente en los casos y formas previstos por el ordenamiento jurídico.

Lo que la ley ha entregado al ministerio público es la exclusividad de un tipo determinado de investigación penal, aquella obligatoria, forzosa e incesante y aquella que tiene establecida mediante una regulación legal, como producir prueba que ponga en riesgo o lesione garantías fundamentales. Ésta es la investigación que sólo el ministerio público puede llevar a efecto, pero ello no excluye que los otros intervinientes puedan generar o producir prueba (incluso terceros) que pretenda luego ser introducida a juicio y valorada.

Un sistema procesal penal de corte garantista debe tender hacia una apertura *ab initio* respecto de todos los medios de prueba, con el objeto que en el juicio se cuente con la mayor cantidad posible de información y se tomen decisiones correctas. Las reglas de

⁹⁰ ARMENTA DEU, Teresa, “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Ius et Praxis* Vol. 13, N° 2 (2007), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext [visitado el 21.10.2014].

exclusión probatoria que autorizan la expulsión de prueba del juicio son excepcionales y de carácter marginal.

Una de las reglas de exclusión limitativa del poder persecutor del Estado es la prueba ilícita. Ella debe ser expulsada del proceso, sin embargo, no hay consenso en torno a que es lo que justifica dicha exclusión. En un primer momento, se la consideró prueba de baja calidad e indigna de confianza. Con el paso del tiempo, pasó a primar la visión de justificarse en la necesidad de prevenir actuaciones irrespetuosas de derechos fundamentales por parte de las policías y preservar la ética estatal.

El C.P.P. contempla al menos una doble revisión de la prueba ilícita que ingresa al juicio oral: la exclusión probatoria en la audiencia de preparación de juicio oral, ante el juez de garantía, y el conocimiento del recurso de nulidad ante la Excma. Corte Suprema, por inobservancia de garantías fundamentales.

Es posible encontrar una clara diferenciación en el C.P.P. entre la mera ilicitud y la inobservancia de garantías fundamentales, distingo que ha hecho suya la doctrina más destacada y la Excma. Corte Suprema.

En términos generales, la doctrina chilena se inclina por afirmar que la prueba ilícita obtenida por particulares, si es de cargo, debe ser excluida, en tanto si es prueba absolutoria debe ser aceptada en el proceso.

Ninguna norma del C.P.P. permite resolver de forma convincente y satisfactoria el problema relativo a qué alcance subjetivo debe otorgárseles a las normas de exclusión probatoria por ilicitud. Por ello se recurre a la ponderación, metodología de interpretación y resolución de conflictos utilizada por el legislador procesal penal chileno. La ponderación se basa en el presupuesto que los derechos fundamentales o intereses constitucionalmente protegidos no son absolutos y son modulados en su interacción con otros similares. La ponderación, derivada del principio de proporcionalidad, es una metodología que puede solucionar las colisiones de intereses que confluyen en el proceso penal, determinando la importancia específica de cada principio o garantía para el caso concreto, lo que permitirá definir la precedencia de uno respecto de otro. No es posible explicar el fenómeno de la exclusión probatoria recurriendo sólo a algunos de los intereses que el legislador intentó satisfacer con dicha regulación, ni menos ignorando la concurrencia de otros valores en juego. Esta metodología le da cabida a la existencia de diversos intereses legítimos o bienes jurídicos protegidos por el legislador y el constituyente.

En base al ejercicio de ponderación, sólo es posible dar soluciones concretas para casos específicos. Empero, se puede afirmar que por regla general la prueba ilícita de cargo deberá ser expulsada del juicio, ya que el descubrimiento de la “verdad” procesal y el ejercicio del *ius puniendi* si bien son valores constitucionalmente deseables, son en principio menos intensos que los derechos esenciales en específico y que la necesidad de legitimación ética del castigo estatal. En esta categoría de casos, el principio de la ponderación sí puede cobrar gran importancia, tratándose de la valoración de lesiones periféricas a la esencia de las garantías. Se aceptan como excepciones a esta regla general

expuesta los casos que la jurisprudencia ha denominado de las “ilicitudes en marcha”, cuando frente a un delito que se está cometiendo, un particular recaba directamente prueba vulneradora de garantías esenciales.

Tratándose de prueba ilícita de descargo, si bien no existe razón dogmática para sostener que la ponderación deja de operar, ella se ve reducida a un campo muy limitado de acción. Por regla general, será socialmente más relevante incluir una prueba que aporta hacia una verdad exculpatória, aunque ella sea ilícita, que preservar el carácter inmaculado del proceso a costa de tolerar la condena sin razón de un sujeto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA BERTUCCI, Daniela, “La participación de la víctima en la persecución penal oficial. Análisis a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* Vol. 18 N° 2 (2001), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532011000200003 [visitado el 16.09.2014].
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago: LegalPublishing, 2008.
- ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARMENTA DEU, Teresa, “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Ius et Praxis* Vol. 13, N° 2 (2007), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200014&script=sci_arttext [visitado el 21.10.2014].
- BASSO CERDA, Osvaldo, *Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo*, Santiago: Librotecnia, 2013.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26 (2003), disponible en: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>, [visitado el 16.10.2014], pp. 5-6.
- BOFILL GENZSCH, Jorge, “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”, *RDPUCV* N° 12 (1988), disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/217/201>, [visitado el 18.10.2014], p. 242.
- CAROCCA PÉREZ, ALEX, *El nuevo sistema procesal penal*, Santiago: LexisNexis, 2005.
- _____, “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Ius et Praxis*, Vol. 4 n° 2 (1998), p. 307, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740213> [visitado el 27.09.2014].
- CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1994.
- CHÁVEZ POZA, Valentina; DO NASCIMENTO ARAVENA, Constanza, *¿Existen motivos para excluir la prueba producida por investigadores privados?*, Tesina Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, profesor guía Claudio Meneses Pacheco, 11 de diciembre de 2013 [inérito].
- DEL RÍO FERRETTI, Carlos, “Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 34 (2010), disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100010&script=sci_arttext [visitado el 18.09. 2014].
- DUCE J., Mauricio; RIEGO R., Cristián, *Proceso penal*, Santiago: Jurídica de Chile, 2007.
- ECHEVERRÍA DONOSO, Isabel, *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Lionel, "La regla de exclusión por ilicitud probatoria en Chile", *Revista brasileira de ciências criminais* 85 (2010).
- GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcances de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2005.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo código procesal penal chileno", *Colección de investigaciones jurídicas*, n° 2 (2005), pp. 3-100, p. 28.
- HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno 1 y 2*, Santiago: Jurídica de Chile, 2002.
- JUSTINIANO TORO, Constanza, *El debido proceso penal*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.
- KRAUSE MUÑOZ, María Soledad, "Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal", *Revista procesal penal* N° 30 (2005), pp. 18-20.
- MAIER, Julio, *Derecho procesal penal, III: Parte general, Actos procesales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2011.
- MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho procesal penal II*, Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- MINI MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago: Metropolitana, 2005.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: J.M. Bosch, 2003.
- MORESO, Juan José, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Alexy_y_la_aritmetica_de_la_ponderacion.pdf, [visitado el 23.10.2014).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, "El ofendido por el delito y la prueba en el enjuiciamiento criminal español", en: COLOMA CORREA, Rodrigo (Ed.), *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Santiago: LexisNexis, 2003.
- NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal, *Tratado del proceso penal y del juicio oral 1*, Santiago: Jurídica de Chile, 2001.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código procesal penal anotado y concordado*, Santiago: Jurídica de Chile, 2010.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Trad. CÓRDOBA, Gabriela; PASTOR, Daniel, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Santiago: Jurídica de Chile, 2005.
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La prueba ilícita*, Santiago: LexisNexis, 2004.