

JUICIO PENAL. EL DEBER DE NO ERRAR POR PARTE DEL ESTADO Y LA PRUEBA ILÍCITA

Nelly Díaz Catrileo¹

I. Introducción

Desde la reforma procesal penal del año 2000 se evidencia un cambio en el deseo del legislador de instaurar un nuevo sistema de justicia penal acorde a los parámetros de una sociedad democrática. Es precisamente en estos cambios donde surgen una serie de transformaciones de lo que hasta entonces conocíamos del modelo decisionalista a uno de corte garantista de derecho.

Esta transformación tuvo profunda incidencia en el método a través del cual se obtenía conocimiento del sustento fáctico del juicio penal, es decir, pasamos de un sistema en donde el objetivo de alcanzar la verdad no tenía mayores limitaciones a uno donde el objetivo de esclarecer los hechos no se obtiene de cualquier modo.

Por ello realizaremos un somero análisis de la verdad dentro del proceso penal y la forma de alcanzarla en relación al modelo de justicia penal actual. Es propiamente en este punto en donde, si bien tenemos claro que

¹ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Concepción; diplomada en Derechos Humanos y Función Pública por la Universidad del Bío-Bío. Estudiante de Magister de Derecho Penal Económico y Empresa de la Universidad San Sebastián. Actualmente Defensora Penal Pública.

este es uno de los objetivos que el proceso no debe abandonar, pero sí debe limitarlo, y esta limitación se ve en el ordenamiento jurídico desde distintos puntos de vista, en el caso de nuestro análisis, las limitaciones para alcanzar la verdad desde un punto de vista probatorio.

La prueba es un aspecto esencial en el proceso penal, ya que sólo a través de ella determinaremos judicialmente el componente fáctico de toda imputación penal, esclarecemos los hechos y justificaremos la decisión jurídicamente adoptada. En nuestro ordenamiento jurídico la obtención de los medios de prueba le corresponde, por mandato constitucional, a los persecutores estatales quienes tienen la labor de recopilar todos los elementos de información que permitan alcanzar la verdad en el juicio.

Por tanto, somos categóricos en la afirmación que la verdad no se puede obtener a cualquier precio y es por esto que frente a la potestad investigativa del Estado, se les da el mandato irrestricto, que en su labor de obtención de material probatorio deben respetar los derechos y garantías individuales de las personas.

Directamente relacionado con la obtención de material probatorio encontramos el tema de la prueba ilícita y precisamente la regla de exclusión, figura que entra en movimiento cuando los órganos persecutores para la obtención del material incriminatorio vulneran sustancialmente derechos y garantías de las personas, en especial del imputado.

La pregunta que nos surge ahora, una vez aclarada la relación entre la obtención de la prueba y la verdad, ¿cómo justificamos la exclusión de prueba ilícita? Ya hemos señalado que el proceso pretende alcanzar la verdad, pero no la verdad a todo precio, no la verdad de cualquier modo, no la verdad como justificación para atentar contra derechos. Es precisamente que la verdad no la pretendemos alcanzar de cualquier modo, sino a través de la prueba que respete la legalidad vigente y que para su obtención o introducción al juzgamiento no vulneró derechos y garantías fundamentales.

Cuando se obtiene, introduce y se valora la prueba ilícita, el Estado comete un error que consiste en hacer parte del juzgamiento y posterior condena de una persona material que fue obtenido precisamente, violando sus derechos.

La verdad alcanzada en el procedimiento debe ser justa, racional, desprovista de todo error y como hemos señalado, consideramos que es un error incluir en el juzgamiento prueba maliciosa. Entonces, la exclusión por ilicitud se relaciona con el deber de no errar por parte del Estado, adicionando al debido proceso una garantía jurídica, que vela por el correcto conocimiento que alcanzaremos en el juzgamiento, la garantía epistémica.

En los apartados de nuestro estudio abarcaremos, primero, de modo somero el tema de la verdad, las limitaciones a ésta en el procedimiento penal y el deber del Estado en su intento por alcanzarla de no cometer errores; en segundo lugar trataremos de los controles que el ordenamiento jurídico establece para que en el proceso penal no se incluya prueba ilícita, siendo de algún modo las formas que tiene el Estado para depurar el juzgamiento; en tercer término, analizaremos los recursos de nulidad conocidos por la Corte Suprema, en relación a la garantía que ésta estima vulnerada cuando en el juicio se incluyó y valoró prueba obtenida de forma maliciosa; finalmente explicitaremos nuestras conclusiones, guiadas por el objetivo general perseguido, la demostración del deber del Estado de no cometer errores al ejercer su poder punitivo y como éste al no cometer errores busca el ideal del derecho procesal penal de alcanzar la verdad, mostrando, a la vez, los controles que el ordenamiento jurídico establece para no incluir en el juicio prueba ilícita, evitando así el error en el juzgamiento, de modo que la aplicación del derecho sea una herramienta eficaz, legítima, desprovista de arbitrariedad propio de una sociedad justa, democrática y protectora de derechos.

II. El Estado y su deber de no errar

1. LA VERDAD

A lo largo de la intensa búsqueda del conocimiento por parte del ser humano una de las grandes controversias en las cuales aún no ha existido consenso es sobre la concepción de lo que se entiende por verdad; desde cómo podemos conceptualizar a lo que realmente es, palabra tan utilizada desde principios de los tiempos, propia de toda discusión tanto en relaciones personales, sociales y políticas y en donde aún no podemos encontrar aquiescencia.

1.1. Consideraciones preliminares

Podríamos escribir una recopilación de cientos de páginas para abordar este discutido tema, pero en relación al objeto de nuestro estudio lo haremos desde un punto de vista procesal penal y aquí es donde entra la epistemología, rama propia del pensamiento ilustrado que va adoptando criterios de justificación en lo ético-político y técnicas normativas que se consideran idóneas para así ir asegurando un satisfactorio grado de efectividad.²

Para Ferrajoli *“La epistemología del derecho, de la racionalidad de las decisiones penales, es decir, del sistema de vínculos y reglas elaborado sobre todo por la tradición liberal y dirigido a fundar (también) sobre el «conocimiento» antes que (solo= sobre) «la autoridad» los procesos de imputación de imposición de sanciones penales”*.³ Es así entonces como podemos señalar que la verdad será obtenida a través de procedimientos cognoscitivos y lógicos que nos van esclareciendo los hechos que se van dando en un juicio o en los procedimientos de carácter penal determinados en la ley.

Ferrajoli entiende la noción de verdad compuesta, por un lado, por la verdad fáctica o de hecho, la cual se verificara por medios empíricos, como lo es una prueba que establezca culpabilidad. Y por el otro lado encontramos la verdad de derecho en donde un determinado hecho se prueba interpretando el significado de los enunciados normativos que van calificando el delito (hecho).

Maier por su parte define la verdad como la correspondencia del enunciado con la realidad ontológica diciendo que *“Verdad representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer dicha verdad, ha culminado con éxito, conforme a su finalidad, pues existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad ontológica. Se trata, pues, de una noción subjetiva, psicológica, relativa al sujeto cognoscente (o a otro que*

² FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 21.

³ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, ob. cit., p. 22.

*critique su afirmación), por lo cual se expresa el éxito o fracaso de la actividad comprendida, conforme a su finalidad”.*⁴

Dejamos realizado el alcance que existe un abanico de teorías respecto a la verdad a través de una serie de corrientes con distintas concepciones sobre la misma.⁵

1.2. *La verdad como objeto del procedimiento penal*

Partimos de la afirmación que el objetivo del proceso penal es la averiguación de la verdad. Ahora bien, es claro que este es uno de los objetivos que el proceso pretende alcanzar, ya que desde un punto de vista penal hay innumerables intereses en juego como son asegurar la paz jurídica, la convivencia social y la instauración de la justicia.

Entenderemos que la verdad es la representación de carácter subjetiva que se condiciona si guarda mayor o menor correspondencia con lo que es la realidad objetiva, entendiéndose entonces que la verdad será aquella que sea más fiel a la existente, a su correspondencia con lo fáctico, es decir se ajusta al hecho que ha ocurrido en cuestión. Como enuncia Taruffo “*Ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda sobre hechos equivocados, o sea sobre una reconstrucción errónea del supuesto fáctico normativo concreto que es objeto de decisión*”.⁶

Son dichos supuestos fácticos que a través de las pruebas que se ofrecen y presentan en el proceso buscan su verificación, se les va quitando el calificativo de supuestos y el juez va determinando como verdaderos, como dice

⁴ MAIER, JULIO. *Derecho proceso penal, fundamentos*. Editores del Puerto, segunda edición, Buenos Aires, 1996, p. 643.

⁵ Por ejemplo los griegos la entendieron señalando en simples palabras la verdad como lo idéntico a la realidad, idea desarrollada por Sócrates, Platón y posteriormente Aristóteles lo que reflejaba en su frase “*decir que lo que es no es o que lo que no es no es, es verdadero*” cuyos pensamientos fueron cunas para distintas concepciones, evolucionando a través del tiempo.

⁶ TARUFFO, MICHELLE. “Verdad negociada”. En *Revista de Derecho Austral de Chile*, Volumen XXI, N° 1, julio de 2008, p. 136. En el artículo de CERDA, RODRIGO. “La averiguación de la verdad como fin del proceso penal”. *Revista de la Justicia Penal*, Editorial Librotecnia, N° 8, 2012, p. 200.

Cerda, se puede afirmar que el objetivo de carácter institucional de la prueba en el proceso es también la averiguación de la verdad,⁷ dicha prueba obtenida bajos los márgenes del Debido Proceso, en un juicio racional y justo.

Es preciso aclarar que una resolución judicial no es fundarse solamente en lo percibido por el juez porque podría el error transformarlo en verdad y si “*el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria*”.⁸ Por tanto, la concepción de verdad desde un aspecto punitivo no podemos hasta ahora fundarla por sí sola en persuasión o en la coherencia ya que nos faltaría tener claridad acerca de lo necesario para considerar que un enunciado es verdadero. En sí la corriente que actualmente va teniendo más coincidencia con lo que hemos mencionado es *la verdad por correspondencia*. Ferrajoli entiende al respecto que “*la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la verdad precisamente en el sentido de correspondencia lo más próxima posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados. Sólo si se refieren a la verdad como correspondencia, los criterios de la coherencia y de la aceptabilidad justificada pueden en realidad impedir la prevaricación punitiva contra el particular de intereses o voluntades más o menos generales y vincular el juicio a la estricta legalidad, o sea, a los hechos empíricos previamente denotados por la ley como punibles*”.⁹

Apoyados en los aportes de Taruffo, Ferrajoli, Guzmán, Ferrer, Gascón, Ubertis y Núñez, entre otros, podemos afirmar que la teoría más sensata dentro del ámbito del proceso penal es la que estima a la verdad dentro de la noción de *correspondencia* porque nos da los cimientos o argumentos de fondo para una *decisión judicial justa* al exigir concordancia del pensamiento con el objeto pensado, del punto de vista que corresponde los hechos que se han prescrito en una norma con los que se han dado en la realidad,

⁷ CERDA, RODRIGO. “La veriguación de la verdad como fin del proceso penal”, ob. cit., p. 200.

⁸ TARUFFO, MICHELLE. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 104 y 105.

⁹ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, ob. cit., p. 68.

haciendo de este modo que las decisiones de los jueces no sean arbitrarias o discrecionales.

1.2.1. *La verdad jurídica y la verdad material*

Esta distinción pretende diferenciar la verdad formal de la verdad material, donde la primera es aquella que ha sido establecida durante el proceso, a través de los elementos y medios de prueba lícitas que las partes han ido aportando, en tanto que la segunda se configura por la verdad histórica o empírica, que es obtenida fuera del marco establecido en la ley mediante otros procesos cognoscitivos.

Sin embargo, hay autores como Taruffo que niegan toda distinción entre lo que se entiende por verdad, ya que sustenta que no se puede concebir que la entendamos como distinta respecto a los mismo hechos, por ser determinada dentro de un juicio, es decir aportada por el medio que la ley prescribe para ello. A esto le llamaríamos verdad “*formal*” distinta de aquella verdad “*material*” donde excluimos el elemento procedimiento para lograr encontrarla. Este autor habla que la verdad “*del proceso*” tiene peculiaridades relevantes que derivan de su situación conceptual, pero no bastan para fundamentar un concepto autónomo de “*verdad formal*”.¹⁰

Ferrajoli plantea la distinción desde la alternativa epistemológica de los modelos iuspositivista y otro tendencialmente iusnaturalista, en donde se manifestaran distintos tipos de «verdad jurídica» por ellos perseguida. Por una parte este autor señala que la verdad a la que aspira un modelo sustancialista del Derecho Penal es la llamada *verdad material*, una verdad de tipo omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, donde se va a carecer de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que en este caso, al ser perseguida sin controles, reglas y sobre todo una exacta predeterminación empírica de hipótesis de indagación, degenera en un juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho. En relación a la verdad perseguida por un modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una

¹⁰ TARUFFO, MICHELLE. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 13, en el libro de CERDA, RODRIGO. *Valoración de la prueba*. *Sana crítica*, ob. cit., p. 13.

verdad procesal, la que será alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativas a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad en realidad no pretende ser la verdad, según este autor, ya que no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa.¹¹

Juristas extranjeros como Guzmán sostienen argumentos similares a los de Ferrajoli y Taruffo para negar la distinción encontrándola sin sentido al no nutrir en realidad la discusión y hacer diferenciaciones sin asidero. En la doctrina nacional Maturana, Núñez y Coloma comparten esta misma opinión. Maturana apunta a que “*si la verdad es inasequible, pretender la creación de una verdad ficticia roza los límites de lo absurdo. Por ello hablar de una verdad real y de una verdad formal importa una ficción ilusoria*”.¹²

Compartimos estas ideas, el esclarecimiento de la verdad es uno de los objetos fundamentales del proceso; cuando pensamos en la verdad desde este punto de vista es fundamental verla como tal, sin distinciones, simplemente la verdad. Pero en su esclarecimiento el Estado como garante del debido proceso debe precaver que los medios de prueba aportados por las partes hayan sido obtenidos legítimamente, esto es, sin vulnerar derechos y garantías fundamentales de las personas.

Siguiendo a Taruffo entendemos que existe la posibilidad de determinar la verdad de los hechos que enmarcan el proceso, aunque solo se trate de versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial. La hipótesis de fondo es que la decisión judicial puede y por tanto debe basarse en una construcción verdadera de los hechos de la causa¹³ y lo lograremos a través de los antecedentes, elementos, procedimientos y razonamientos aportadas por las partes para la reconstrucción verdadera de los hechos y es aquí como bien dice Cerda “*se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está*

¹¹ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón*, ob. cit., p. 21.

¹² MATURANA, CRISTIAN. “Aspectos generales de la prueba”. Apuntes de clases, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2006, p. 29.

¹³ TARUFFO, MICHELLE. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 84, en el libro de CERDA, RODRIGO. *Valoración de la prueba. Sana crítica*, ob. cit., p. 71.

en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba”.¹⁴ Estimamos que es así como el proceso se va legitimando en esta búsqueda del esclarecimiento de los hechos a través de la prueba legal y oportunamente verificada en juicio, en donde le damos un estándar o nivel superior al grado con el que estimaremos los hechos como “verdaderos”, nos da certeza que determinados enunciados aportados en juicio son reales.

1.2.2. *La verdad en el sistema procesal penal acusatorio*

En los sistemas procesales existen métodos contrapuestos para alcanzar la verdad, antes de la reforma procesal penal del año 2000 en nuestro país se utilizaba un modelo inquisitivo que tenía concepciones diversas sobre verdad en relación al actual modelo acusatorio. Por una parte tenemos el método inquisitivo que da una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, a diferencia del método acusatorio que se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de la verdad. Todo esto genera que el primero confía en la verdad y la tutela del inocente pero fundándolas en las presuntas virtudes del poder que las juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuando respectivamente tienen un interés contrapuesto.¹⁵

Nuestro sistema de justicia penal adversarial o contradictorio nos señala que durante todas las etapas estaremos frente a la figura de un juez, quien será el tercero imparcial que se encontrará para estos efectos en una posición de autoridad frente a las partes que se confrontan, pero en una posición de igualdad.¹⁶ Cada parte irá aportando los antecedentes que sirven a sus pretensiones frente al tribunal imparcial y éste irá formando su convicción

¹⁴ CERDA, RODRIGO. *Valoración de la prueba. Sana crítica*, ob. cit., p. 72.

¹⁵ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón*, ob. cit., p. 604.

¹⁶ En el sistema procesal penal acusatorio se utiliza el método falsacionista, corriente epistemológica fundada en Karl Popper, que consiste en el contraste de teorías, ya sea refutarla mediante un contraejemplo y si no es posible refutarla dicha teoría queda colaborada, pudiendo de este modo ser aceptada provisionalmente, pero nunca verificada. CERDA, RODRIGO. *Valoración de la prueba...*, ob. cit., p. 17.

para el posible esclarecimiento de los hechos a través de este enfrentamiento probatorio entre partes.

1.3. *Verdad y Prueba*

Podemos justificar esta relación entre verdad y prueba ya que la teoría del conocimiento se encuentra ligada directamente a la teoría de la prueba y es la relación entre ambas la que permite al sentenciador alcanzar la convicción suficiente para resolver una controversia judicial, fundando sus decisiones de una manera jurídica y razonada. Entenderemos que un enunciado es verdadero cuando a través de los elementos de prueba logremos el conocimiento sobre un determinado hecho que se ha afirmado, creemos que es verdadero, logramos esta convicción y a través de un fundado razonamiento justificamos dicha convicción.

Ahora bien respecto a lo que se entiende específicamente por prueba, en primer lugar tomaremos la idea que la prueba en el proceso tiene el papel esencial de establecer, acreditar o comprobar si determinados hechos han ocurrido o no para poder adoptar, de este modo, una decisión en el caso concreto. Taruffo nos dice que la prueba en el juicio en un sentido estricto opera para vincular al juez con una «verdad de tipo jurídica» opuesta a una «verdad empírica» de lo ocurrido en los hechos, pero que las normas del proceso no solo tienen normas jurídicas sobre la prueba tendiente a la verdad formal sino también normas que tienden a favorecer la determinación de una verdad histórica de los hechos, previniendo errores o regulando procedimientos de carácter específicos de control sobre la veracidad de la prueba.¹⁷

Es a través de ésta que demuestra en juicio la existencia o no de hechos desde un punto de vista racional a través de una actividad cognoscitiva¹⁸ para así acreditar la verdad de los hechos. Como dice Ferrajoli: “*Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio*

¹⁷ TARUFFO, MICHELLE. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 73.

¹⁸ Al hablar de actividad cognoscitiva, nos referimos a una actividad llevada a cabo por medios racionales propia de toda ciencia que busca esclarecer hechos.

regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena".¹⁹

Podemos decir que la finalidad de la prueba en el sistema punitivo es la indagación de la verdad (aunque cuestionados por algún sector doctrinario) ya que este presupuesto es necesario para que el derecho funcione y de este modo motivar el comportamiento en sociedad.

1.4. *Límites a la búsqueda de la verdad*

Hemos dejado establecido que la verdad es un fin del proceso penal pese a ciertas posiciones doctrinarias que plantean una noción distinta. Pero tenemos que determinar hasta qué grado podemos estimar admisible el esclarecimiento de los hechos y cuáles son los límites de esta búsqueda dentro de la esfera del procedimiento.

El sistema actual lo que pretende es legitimar al Estado que busca aclarar la verdad pero sin descuidar bienes jurídicos fundamentales de las personas como son la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la inviolabilidad de domicilio, de correspondencia y por sobre todo la dignidad de las personas entre otros derechos fundamentales resguardados por todo el aparataje jurídico.

Los derechos fundamentales y especialmente el estado jurídico de inocencia son un límite a la búsqueda de la verdad. En palabras de Cerda "*La presunción de inocencia busca evitar juicios condenatorios anticipados en contra del inculpado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como asimismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigente*".²⁰ En otras palabras se exige un actuar eficiente pero al mismo tiempo garante de dicha presunción, donde se debe acusar de forma previa, estableciendo los hechos que se imputan y las normas que sustentan dicha imputación.

¹⁹ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, ob. cit., p. 549.

²⁰ CERDA, RODRIGO. "El Estado Jurídico de Inocencia y sus Manifestaciones Concretas en el Proceso Penal". *Revista de Justicia Penal*, Editorial Librotecnia, Santiago, N° 4, 2009, p. 188.

La presunción de inocencia no se inspira necesariamente en la búsqueda de la verdad, ya que ésta epistémicamente tiene una inmensa consecuencia porque es considerada en todo el procedimiento en audiencias o instancias previas y esencialmente en la valoración de la prueba, donde puede ser que el factor a decidir como dice Laudan no sea basado en “razones epistémicas.

Las limitantes o restricciones antes señaladas se desprenden del respeto que debe tener el Estado a través de sus agentes al momento de actuar, en relación a valores como la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y por sobre todo la dignidad inherente a cada persona. El promover el respeto de estos valores legitima aún más la búsqueda de la verdad, del proceso de la ley y el Derecho, como dice Taruffo “*Nadie duda de que a pesar de estas limitaciones, la búsqueda de la verdad tenga sentido, y que un decisor racional debe tender a maximizar la verdad de su conocimiento de los hechos que le afectan, si es que quiere maximizar también la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan tener consecuencias graves*”.²¹

2. DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES AL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

2.1. Consideraciones preliminares

La limitación al poder persecutor y punitivo del Estado es de carácter reciente en nuestro ordenamiento jurídico, siendo ésta producto de la reforma del Código Procesal Penal en el año 2000. Este cambio a nivel normativo tiene grandes incidencias respecto a Derechos y Garantías Fundamentales.

Producto de la reforma la actividad persecutora del Estado quedó a manos del Ministerio Público que según el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, viene a ser un órgano de carácter estatal autónomo constitucionalmente jerarquizado al que se le ha asignado la función de dirigir en forma

²¹ TARUFFO, MICHELLE. *Consideraciones sobre prueba y verdad, La prueba en el nuevo proceso penal oral*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, p. 121.

exclusiva la investigación de hechos constitutivos de delito.²² Respecto a esta materia se hace imprescindible la figura del Juez de Garantía, quien tiene dentro de sus funciones principales el control de legalidad de la investigación oficial desarrollada por el Ministerio Público; decidir dentro de la etapa de investigación si proceden o no medidas cautelares en contra del imputado; autorizar la realización de diligencias de investigación que puedan afectar derechos constitucionales de una persona; y resolver cualquier controversia de derecho que se produzca durante la investigación.²³

Aquí vamos entrando de lleno a la materia objeto de este tema, del cómo ponderamos la labor del Ministerio Público, quien tiene por mandato constitucional la obligación de investigar los hechos constitutivos de delitos con la vigencia y respeto a los derechos fundamentales. Es aquí precisamente en las facultades que se le dan a los órganos persecutores dentro del proceso penal, desde un punto de vista de la obtención de la prueba, que podría llegar afectar derechos fundamentales de las personas. Es el principio de legalidad que permite la vulneración de derechos en pro de la obtención de la verdad, a través de las llamadas directrices de la persecución penal²⁴ como son: el Principio de Oficialidad que podemos resumir como la facultad del Ministerio Público de investigar oficiosamente hechos que pueden ser constitutivos de delito y el Principio de la Investigación Oficial que da la facultad al Ministerio Público y Policías de recopilar la prueba necesaria para el esclarecimiento de lo sucedido.

Pero frente a estas directrices consagradas en pos de la investigación, el ordenamiento jurídico también limita las facultades mencionadas y así precisamente lo hace a modo de ejemplo en los artículos 9, 186, 197 y 198 del Código Procesal Penal donde, para ciertas diligencias, los agentes policiales deberán contar con la autorización del Juez de Garantía para ir de algún modo controlando y limitando la actividad persecutora. Como dice Tavolari

²² CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*. Editorial Librotecnia, Tomo I, segunda edición, p. 151.

²³ DUCE, MAURICIO; RIEGO, CRISTIÁN. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago, 2002, p. 90.

²⁴ HORVITZ, MARÍA INÉS; LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, 2002, p. 34.

el “Estado democrático de derecho es el Estado que se autoimpone límites en su actuar; o lo que identifica a este Estado es la observancia de tales limitantes”.²⁵

2.2. *Distinción entre los conceptos de derecho fundamental, principio y garantías*

Haremos una somera referencia a estos tres conceptos para que luego en el análisis posterior podamos reconocer las diferencias o matices entre unos y otros.

Comprendemos la noción de *derechos fundamentales* a partir del estudio realizado por Alexy en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* donde los analiza desde la perspectiva de la validez positiva de los mismos.²⁶ Este autor realiza un estudio a partir de la distinción de tres conceptos de derechos fundamentales: las concepciones formales, materiales y procedimentales.²⁷ El *concepto formal* atiende a la manera en que está dispuesta la normatividad del derecho positivo de los derechos fundamentales. Es decir serían todos los derechos catalogados expresamente como tales en la Constitución. El *concepto material* entendería que los derechos fundamentales vendrían a ser “los derechos humanos liberales del individuo”, en este caso solo el individuo puede ser considerado titular de tales prerrogativas, así como el Estado el único destinatario de ellos y el objeto solo puede constituir en abstenerse de intervenir en la esfera de libertad del individuo. Y por último el *concepto procedimental*, que viene de algún modo a enlazar elementos formales y materiales.

En palabras de Echeverría esta autora en su teoría positivista de los derechos fundamentales se centra en normas de derecho fundamental directa o indirectamente consagradas en la Constitución. Ella hace de inmediato la distinción realizada por Alexy en donde analiza los derechos fundamentales

²⁵ TAVOLARI, RAÚL. *Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 134, en el libro de: ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2010, p. 17.

²⁶ ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 12.

²⁷ CERDA, RODRIGO. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal* N° 6, octubre 2010. Santiago, p. 108.

desde la perspectiva de la norma que lo confiere por tanto se diferencian los conceptos de “*norma de derecho fundamental*” y “*derecho fundamental*”, haciendo el alcance que si una persona posee un derecho fundamental, existe asimismo una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho.²⁸ Por tanto, “*Las normas de derecho fundamental son solo aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la ley fundamental. No obstante, estas normas enunciadas por la Constitución Política deben ser vinculadas a otras normas con el objeto de subsanar la indeterminación de las primeras. Estas normas no son directamente estatuidas por el Texto Constitucional sino más bien, son adscriptas a las normas directamente estatuidas en la Constitución*”.²⁹ De lo anterior entendemos que para Alexy existen dos tipos de normas, por una parte aquellas que están en el Texto Constitucional y por otra parte aquellas normas que si bien no se encuentran directamente en la ley fundamental se encuentran adscritas a las normas del Texto Constitucional. Por tanto el sentenciador al fundamentar sus decisiones en normas de derechos fundamentales también puede, de acuerdo a la teoría anteriormente expuesta, valerse de aquellas normas que se encuentran adscritas al texto fundamental.

Según Cea los derechos fundamentales serían prerrogativas reconocidas a las personas por los ordenamientos jurídicos constitucionales, en consideración y respeto a la dignidad humana.³⁰

Para Alexy los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los principios son entonces “*mandatos de optimización*”, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas.³¹

²⁸ ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010, p. 17.

²⁹ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 69 y 70, en el libro de ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*, ob. cit., p. 18.

³⁰ CERDA, RODRIGO. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal* N° 6 octubre 2010. Santiago, p. 110.

³¹ En su libro Alexy desarrolla toda una teoría respecto a las diferencias entre reglas y principios. Respecto a las reglas señala que son normas que pueden o no pueden

Por su parte, las *garantías* son aquellas que le dan vigencia a las declaraciones de derechos fundamentales, haciéndolas eficaces en un Estado Democrático, para que de este modo adquieran vigencia en el ordenamiento. Según Aldunate las garantías conectan el contenido normativo de los derechos con la idea de su efectiva vigencia en el plano de la realidad. La garantía es un instrumento al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa.³² Las garantías tienen un concepto amplio y otro restringido. Respecto al punto de vista amplio podemos decir que es equivalente a todos los mecanismo de protección de los derechos fundamentales y desde un punto de vista restrictivo se ha entendido como concreción normativa, la cual supone el reconocimiento y consagración positiva del derecho y la configuración de los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser afectado dentro del orden Constitucional.³³

2.3. *Facultad de los órganos persecutores penales de vulnerar Derechos Fundamentales.*

2.3.1. *Legitimización de la facultad de los órganos persecutores*

Es necesario que en un Estado de Derecho existan agentes que lo representen en la investigación de hechos que son constitutivo de delito y que afectan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. Ante esta necesidad de esclarecer enunciados de hechos y poder conseguir prueba suficiente y fehaciente para garantizar así el correcto funcionamiento del sistema de justicia penal, puede ocurrir que en el proceso se vulneren dere-

ser cumplidas y por tanto debe hacerse exactamente lo que en ella se exige. La diferencia entonces, entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. La diferencia entre ambos conceptos no es completamente clara, pero en palabras de este autor es común entender la distinción cuando hay colisión de principios y conflictos de reglas, lo que se da cuando dos normas aplicadas independientemente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio. Principalmente se diferencian en la forma que se solucionará el conflicto. Tema desarrollado por ALEXY, ROBERT, ob. cit., pp. 68 y 69.

³² CERDA, RODRIGO. "La prueba ilícita y la regla de exclusión". *Revista de la Justicia Penal* N° 6 octubre 2010. Santiago, p. 112.

³³ LIZAMA, MARCELA. *Exclusión probatoria por ilicitud en el ordenamiento jurídico procesal chileno*. Universidad Autónoma de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales, 2010, p. 16.

chos consagrados en la Constitución, en la ley o en Tratados Internacionales y es esta la facultad que se encuentra conferida tanto al Ministerio Público, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones.

En el Capítulo VII nuestra Constitución Política, referente al Ministerio Público, específicamente en el artículo 83, señala que es este órgano el encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación de hechos que son constitutivos de delito y, además, es el órgano que tendrá que determinar la participación criminal en un hecho punible. En el inciso tercero se señala que el Ministerio Público podrá impartir una serie de órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación y si relacionamos esta norma con el artículo 101 del mismo texto, en su inciso segundo nos dice que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas por Carabineros y Policía de Investigaciones, quienes constituyen la fuerza pública y que existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y seguridad pública interior. Por tanto se evidencia en estas normas la facultad Constitucional de la cual se ven investidos los órganos persecutores e investigativos, dando cuenta del respaldo estatal a su actuar. Específicamente en el catálogo de derechos fundamentales en los mismos artículos donde se consagran, el constituyente establece, de modo inmediato, la posibilidad que se puedan ver limitados, por ejemplo en el artículo 19 N° 5 norma que establece que la Constitución asegura a todas las personas “*La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por ley*” lo mismo ocurre por ejemplo en los numerales siete y doce.

Echeverría nos dice respecto a estas disposiciones que el constituyente faculta al legislador a restringir derechos fundamentales, siendo de este modo limitaciones indirectamente constitucionales a los mismos. Ya que, por ejemplo, en el artículo anteriormente citado se señala que el legislador establecerá las condiciones y el procedimiento bajo el cual puede allanarse el hogar y hace una prescripción similar a otros derechos enunciados en el catálogo. Por tanto debemos hacer una concordancia sistemática con el artículo 83 de la Constitución, que faculta a los órganos de persecución penal a afectar derechos constitucionales y las demás normas sobre la eficaz aplicación de la ley penal donde es el legislador procesal penal quien establece un conjunto de normas para hacer efectiva las facultades consagradas,

detallando una serie de procedimientos. Siendo, por tanto, las normas del Código Procesal Penal, a modo de ejemplo, desde el artículo 204 al 218 una expresión de las restricciones indirectamente constitucionales y una manifestación al principio de proporcionalidad. Ya que estas normas tienen por objeto establecer el procedimiento destinado al esclarecimiento de los delitos tipificados por el Código Penal, para que el procedimiento llegue a buen término a la luz del principio de legalidad. Y para específicamente cumplir con estos fines se faculta al Ministerio Público y policías a afectar derechos fundamentales.³⁴

2.3.2. *Derechos fundamentales como límites al ius puniendi*

Los límites a la facultad de afectación de derechos fundamentales la encontramos en nuestra Constitución y como vimos anteriormente es ella misma a través de un mandato que indirectamente permite vulnerarlos, entonces el análisis que debemos hacer es cómo ponderamos el interés de la persecución penal y los derechos individuales del imputado.³⁵

Según Echeverría el problema no está dado por la afectación en sí, ya que se encuentra constitucionalmente legitimada, sino su extralimitación, aquella actuación que no está legitimada por las normas iusfundamentales, donde el control es difícil al momento de realizarse las situaciones de facto, donde en la práctica el Ministerio Público y la Policía se encuentran exentos de restricciones a la hora de recabar el elemento probatorio; de ahí que se contemple en el ordenamiento, frente a estos abusos, sanciones ex post, como la norma de exclusión de prueba ilícita del artículo 276 del Código Procesal Penal, en donde con toda lógica el Estado cumple con su deber de hacerse cargo de los posibles excesos cometidos en la búsqueda de la prueba.³⁶ De este modo, se evidencia que si bien se faculta para restringir derechos, en el ejercicio de esta facultad no se puede hacer de un modo ajeno a la ley. Como dice Hernández: *“El ejercicio del poder punitivo del Estado solo puede legitimarse en el escrupuloso respeto de las garantías penales y procesales penales*

³⁴ ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. ob. cit., p. 22.

³⁵ ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. ob. cit., p. 30.

³⁶ ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*, ob. cit., p. 26.

de los ciudadanos, en caso contrario, toda imposición de una pena no es más que un ejercicio de violencia despótica, carente de toda posible justificación”.³⁷

2.3.3. Límite a la facultad persecutora en relación al contenido esencial de los derechos fundamentales

Entendemos por contenido esencial de los derechos fundamentales el núcleo mismo del derecho, la esencia del derecho que viene desde la dignidad humana, aquella parte del derecho que se debe mantener intangible. Se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 26, donde señala que “*La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”. Es en este numeral del catálogo donde el Constituyente da mandato específico que la regulación que hará el legislador no podrá afectar los derechos en su esencia, que si bien se da la posibilidad que estos sean limitados bajo ciertas circunstancias, esa limitación no deberá traspasar la esencia del derecho vulnerado.

3. CONSAGRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL LÍMITE DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

3.1. Debido proceso y sus manifestaciones

Como enunciamos en la introducción, el principio del debido proceso se traduce en la garantía de la obligación estatal de proporcionar a los intervinientes las condiciones legítimas, adecuadas y oportunas para solucionar el conflicto jurídico penal a través de un mecanismo jurisdiccional.³⁸ Esta obligación Estatal nos asegura que las condiciones del juzgamiento tendrán que ser legítimas, es decir desde el momento en que se inicia la investigación del Ministerio Público y se formaliza, se acusa y se somete a juicio a un

³⁷ HERNÁNDEZ, HÉCTOR. *La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004, p. 61.

³⁸ CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 38.

individuo, el Estado nos asegurará la legalidad de todos y cada uno de los actos que se realizarán de acuerdo a Derecho.

Según Chahuán, la Garantía del Debido Proceso es de carácter tan amplia que solo podemos acotar a ciertos elementos mínimos y estos son: a) *Existencia de un Tribunal independiente e imparcial*; b) *Carácter contradictorio del proceso e igualdad de armas entre la acusación y el acusado*; c) *Publicidad del procedimiento*; d) *Solución del proceso en un plazo razonable*; e) *Presunción de inocencia*, y f) *Garantías respecto del derecho de defensa del acusado de una infracción penal*.

Además, en virtud del debido proceso se desprende la obligación que tiene el juzgador penal de considerar aquella prueba que ha sido obtenida de acuerdo a la ley, incorporada de forma legítima y no aquella que es atentatoria de Derechos y Garantías consideradas fundamentales.

3.2. *Estado jurídico de inocencia*

El estado jurídico de inocencia o la presunción de inocencia, consagrado en forma tácita en nuestra Constitución en el artículo 19 N° 3 inciso 5, que como dice Binder es una situación básica del individuo, la de “*no culpable*” o libre, de modo que si en el juicio la culpabilidad no es construida con certeza aflora la situación básica de libertad. No se trata de algún beneficio para el imputado, sino una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado.³⁹ La Convención Americana de Derechos Humanos contempla a la presunción de inocencia en el artículo 8.2 señalando que “*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”. Es una de las tantas definiciones que se le ha dado a esta presunción, pero a partir de ésta haremos un somero análisis de uno de sus elementos que nos permite deducir el porqué de esta presunción nace la legalidad de la prueba y asimismo la exclusión por ilicitud.

De la definición antes enunciada entendemos que la presunción de inocencia se vence solo cuando se “*establezca legalmente la culpabilidad*”, por tanto la palabra legalmente nos quiere decir que la prueba introducida por los órganos persecutores para establecer la culpabilidad debe ser obte-

³⁹ CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 102.

nida respetando y promoviendo los derechos, en este caso, del imputado. Como señala Cerda *los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso en forma legal. En consecuencia sería ineficaz la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas.*⁴⁰ La consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico la tenemos en el art. 276 inciso 3 y en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. Señala el primero que se excluirán en la audiencia de preparación de juicio oral aquellas pruebas que hubieren sido declaradas nulas y las obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Y el segundo nos indica que procederá el recurso de nulidad cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o Tratados Internacionales ratificados por Chile. Es así como el legislador nos señala que durante la etapa de investigación se tiene que velar por un procedimiento que en ningún momento sea atentatorio de garantías y en la obtención de pruebas siempre se debe respetar el debido proceso.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos el estándar exige la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas con violación a derechos humanos. Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, con más razón no se puede condenar si obra en contra de ella prueba ilegítima vulneradora de derechos y garantías.⁴¹

4. EL DEBER DE NO ERRAR POR PARTE DEL ESTADO

4.1. *El deber de no errar por parte del Estado y la garantía epistémica*

Como expusimos anteriormente unos de los valores u objetivos fundamentales del proceso penal es la búsqueda de la verdad sobre la ocurrencia

⁴⁰ CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 106.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lori Berenson versus Perú, sentencia de 25 de noviembre 2004, Serie C N° 119, párrafo 129. 2b en el libro de CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 106.

de un determinado hecho que es constitutivo de delito. Como dice Laudan “*que sin una determinación acertada de los hechos es imposible alcanzar justicia (...) Aunque la verdad no sea en sí misma una garantía de que se obtendrá justicia, sí constituye un requisito previo de aquella*”.⁴²

Ahora bien en esta búsqueda para una determinación acertada de los hechos es innegable que podemos cometer errores y el fin de que el sistema de justicia penal tenga un *motor epistémico*⁴³ se traduce en que, en la búsqueda de la verdad, se debe reducir en la medida de lo posible el error tanto en la sentencia como en el procedimiento y de esta forma dar cumplimiento al objetivo de la averiguación de la verdad y así “*acercarse lo más posible a la verdad de lo sucedido o, dicho en términos negativos, procura errar lo menos posible*”.⁴⁴

A lo largo del procedimiento penal las posibilidades de ir cometiendo errores son altísimas y es por esto que el legislador a través de una metódica regulación va intentado disminuir los distintos factores que pudieren llevar a cometerlos. Se tiene claro que aunque sea haya desplegado la mayor diligencia posible sí se podría, por ejemplo, en una situación concretar aplicar erróneamente la ley penal y es el mismo legislador que en el caso que una situación así ocurriera, establece métodos para poder redimir y establecer el imperio del derecho nuevamente. Según las normas del Código cuando por ejemplo en la integración del Tribunal no se haya respetado las normas de implicancia o recusación del Código Orgánico de Tribunales es el mismo legislador que en el Código Procesal Penal, en el artículo 374, a través del recurso de nulidad ordena la invalidación de ese juicio.

Cuando anteriormente analizamos la verdad como fin del procedimiento penal de algún modo enunciamos que en esta búsqueda el Estado intenta reproducir los enunciados de hecho a través de la prueba entregada por las partes para después valorarlas racionalmente y así poder decidir.

⁴² LAUDAN, LARRY. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 22 y 23.

⁴³ LAUDAN, LARRY. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, ob. cit., p. 23.

⁴⁴ CERDA, RODRIGO. *Juicio fáctico en las sentencias penales*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2016. p. 106.

Esta búsqueda para alcanzar la verdad debe ser racional y justa, por lo tanto desprovista de error, pero sabemos que en el proceso puede haber errores importantes desde un punto de vista judicial, los cuales el Estado no va tolerando y así lo demuestra en su extensa regulación. Por ejemplo, el Estado no telera condenar a un inocente y es por eso que el estándar de convicción para considerar algo probado en nuestro país es altamente exigente, requiriendo una convicción más allá de toda duda razonable,⁴⁵ de este modo vemos la inclinación de la voluntad del legislador en preferir absolver al culpable que condenar a un inocente.

Ahora bien, de este mandato de no errar al momento de dictar una sentencia, del deber supraconstitucional de no cometer errores, acorde al respeto por la dignidad humana y el derecho de todas las persona a ser sometidos a un juicio racional y ajustado a derecho, podemos afirmar que también existe el mandato a no cometer errores en otras etapas del procedimiento, como el mandato de excluir la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, aquella prueba maliciosa, para que de este modo no sea bajo ninguna circunstancia valorada o utilizada en juicio. Como ha dicho Del Río, las sentencias deben respetar las garantías procesales, tienen que contener decisiones acertadas judicialmente y decisiones justas (regla epistemológica);⁴⁶ y para nosotros una decisión justa no debe utilizar ni valorar *prueba ilícita*, es también uno de los defectos que el sistema no tolera, y la consagración legal de la voluntad del legislador de no comer errores y al mismo tiempo no utilizar prueba obtenida maliciosamente es el art. 276 inciso 3, ya citado, donde queda claro que no tolerará la introducción en juicio de prueba obtenida en estas circunstancias, manifestándose así la definición sistemática que aunque uno de los fines del proceso es la averiguación de la verdad, no se admitirá conseguir ésta a cualquier precio.

⁴⁵ Artículo 340 inciso 1 del Código Procesal Penal.

⁴⁶ Del Río habla de esto a propósito de la interposición del recurso de nulidad, como un mecanismo para impugnar las resoluciones que perjudican, y además, que el recurso es un medio para maximizar el acierto judicial y las decisiones justas. DEL RÍO FERRETI, CARLOS. “Tres apuntes sobre el recurso de nulidad y el enjuiciamiento factico a propósito de tres fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, sección ensayos, año 17, N° 1, 2010, p. 134, en el libro de CERDA, RODRIGO. *Juicio fáctico en las sentencias penales*, ob. cit., p. 104.

Hemos señalado que aunque el legislador haya regulado explícitamente que no se puede introducir en el juicio prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales, ello puede igualmente ocurrir. Entonces, para corregir estos errores e impedir la utilización de prueba ilícita en los juzgamientos penales se contempla la garantía contenida en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, que admite la interposición del recurso de nulidad para invalidar el juicio y la sentencia, cuando en alguna etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieran infringido sustancialmente derechos y garantías aseguradas por la Constitución o por los Tratados Internacionales.

Recapitulando, cuando hablamos del deber del Estado de no cometer errores, mirado desde nuestra perspectiva de no solo no cometer errores al momento de la sentencia sino en etapas anteriores, encontramos adicionalmente una garantía que proviene de la racionalidad, relativa a cuánto conocimiento y qué tipo de conocimiento admitiremos en el juzgamiento, o sea una *Garantía de tipo epistémica*. Nos referimos a que en todo el proceso la valoración del conocimiento científico es lo más relevante en el ámbito fáctico, es un estándar que impone objetividad y racionalidad. Según Cerda el conocimiento científico nos refiere a “*un saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico, verificable sobre la realidad. Constituye una verdad descubierta a través del método científico. La finalidad de la ciencia (epistemología) es obtener una verdad con certeza, superando así el conocimiento vulgar y ordinario*”.⁴⁷

Hasta ahora este análisis de la garantía epistémica se da en doctrina, por lo general, en la etapa de la valoración de la prueba respecto a la apreciación bajo el criterio de la sana crítica y el conocimiento científicamente afianzado y donde se establece precisamente este parámetro para que el sentenciador no cometa errores o estos sean los menos posibles. Pero esta posibilidad de errar desde mi punto de vista no solo se traduce en darle o no en el juicio fáctico a una prueba un mayor o menor valor probatorio del que efectivamente se debería asignarle, sino que también consideramos que es un error desde el punto de vista epistémico, darle lugar a una prueba y considerarla

⁴⁷ CERDA, RODRIGO. *Valoración de la prueba...*, ob. cit., p. 39.

tanto para valorar como fundamentar la decisión de condenar cuando esta prueba haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Para Cerda en el análisis de los razonamientos judiciales que cubren un estándar mínimo y suficiente de justificación para la decisión, coherente con las exigencias legales y constitucionales, se debe comprender una fase valorativa donde se expliciten, dentro de las razones que llevaron al tribunal a optar por alguna decisión, los criterios científicos o técnicos y también las exigencias normativas utilizadas, ponderando cada prueba individualmente y la valoración conjunta de aquella incorporada a juicio. Pero en toda esta operación intelectual es fundamental para un juicio fáctico acertado tomar en consideración: 1) *la licitud de la prueba, es decir su obtención legítima*; 2) la regularidad formal o procedimental de la prueba, es decir, el respeto del procedimiento probatorio, y 3) la suficiencia probatoria de los elementos aportados. Estas condiciones a considerar son propias de la garantía epistémica, una garantía más allá de la normativa que viene a consolidar el respeto en el proceso de valores como la oralidad, inmediación, concentración, etc. Todo esto en conjunto da un escenario de juzgamiento cognoscitivo, que maximiza la búsqueda de la verdad y la minimización de los errores.⁴⁸

Es así como la garantía epistémica viene de algún modo a envolver los valores para un justo y racional juzgamiento, pero que no es solo necesario en la valoración de la prueba al dictar una sentencia, sino también es importante su consideración en otras etapas del procedimiento, como es al momento de valorar la licitud de una prueba (admisibilidad), de modo de no errar al considerar una prueba que atentó contra derechos esenciales de la persona humana.

Por tanto el mandato de no errar en el juzgamiento penal no solo considera en sí el mandato de evitar una condena defectuosa sino utilizar en el juzgamiento penal prueba maliciosa. Es precisamente donde consideramos que existen manifestaciones de la garantía epistémica en esta relación del deber de no errar por parte del Estado también está no valorar prueba ilícita, debiendo excluirla del juzgamiento.

⁴⁸ CERDA, RODRIGO. *Juicio fáctico en las sentencias penales*, ob. cit., pp. 45, 46 y 47.

Laudan habla que el principio epistémico “*manda admitir única y exclusivamente todas las pruebas relevantes. Esto sucede en virtud de que los jueces cuentan con un segundo criterio que emplean simultáneamente a la exigencia de relevancia. Comúnmente se le conoce como el requisito de admisibilidad. Para ser admisibles, las pruebas no solo han de ser relevantes; además, deben satisfacer una variedad de demandas adicionales. Por ejemplo, la prueba en cuestión no puede haber sido obtenida mediante violación de los derechos del acusado*”.⁴⁹

4.2. *El Fundamento de la regla de exclusión por ilicitud*

Es así como la garantía de epistemicidad desde el punto de vista de las exclusiones probatorias viene a constituir una medida de tutela y resguardo de las garantías constitucionales, que amparan la sustancia constitucional del proceso penal, constituyendo la “*garantías de las garantías*”.⁵⁰

El fundamento de la exclusión por ilicitud va en directa relación con el resguardo a la dignidad humana de las personas, y su exclusión va directamente alcanzada por el deber del Estado de no cometer errores y el valorar e introducir prueba atentatoria es un error, un error que pone en juego 1) *el fundamento ético de la actuación estatal*; 2) *proceso justo, debido proceso o proceso con todas las garantías*; 3) *respeto de los derechos fundamentales*; 4) *Derecho a la presunción de inocencia*; 5) *Igualdad de las partes*; 6) *respeto a la dignidad humana*; 7) *legalidad de la actividad estatal*; 8) *defensa en juicio*; 9) *principio de justicia*.⁵¹

⁴⁹ LAUDAN, LARRY. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, ob. cit., pp. 45 y 46.

⁵⁰ GONZÁLEZ, JORGE. *Las prohibiciones probatorias como límite al descubrimiento de la verdad en el proceso penal*. XII Edición de los cursos de postgrado en derecho de la Universidad de Castilla – La Mancha (Toledo), Ciclo 2013, p. 23. (Texto internet)

⁵¹ Cada punto de la enumeración es algunos de los fundamentos dado por la Jurisprudencia a la figura de la exclusión probatoria por ilicitud. En Estados Unidos (CS EE.UU., United States vs. Janis, 1976), Alemania, Canadá (“Therens”, 1985, 4, WWR, 286), Inglaterra (“R. vs. Murphy”, 1965, NI 136), España (STC 49/96), Australia (“R. vs. Dugan”, 1984, 2 NSWLR 554), Argentina (CSJN, “Fiorentino, Diego”, 27/11/84, Fallos 306: 1752) todos estos datos extraídos de GONZÁLEZ, JORGE. *Las prohibiciones probatorias como límite al descubrimiento de la verdad en el proceso penal*, ob. cit., p. 52.

Específicamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos encuentra su fundamento en el artículo donde se establece que cualquier prueba obtenida con Violación de derechos fundamentales será nula.⁵² A lo cual se ha dicho por la doctrina de ese mismo país que la “*regla de exclusión de la prueba ilícita está directamente alojada en el derecho constitucional al proceso debido en términos del derecho anglosajón (el due process of law), como expresión de una garantía implícita en el sistema de los derechos fundamentales, pues la posición preferente que ocupan el ordenamiento exige rechazar toda prueba obtenida con la lesión de los mismos y que esa garantía se plasma en el derecho al debido proceso*”.⁵³ Vemos el reflejo de una garantía de garantías establecidas en textos Constitucionales de forma explícita o implícita en otros, como resultado, en primer lugar, del deber del Estado de un juzgamiento justo, prolijo y sin errores y en segundo lugar del respeto que debe el Estado a la esencialidad de los derechos fundamentales, directamente ligados a la dignidad humana.

En Estados Unidos en un primer momento la regla de exclusión por ilicitud no tuvo consagración constitucional y fue creación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo vinculó a las Enmienda IV y V, suponía una garantía reforzada a los derechos individuales y que no exista acceso a las pruebas obtenidas por autoridades policiales conculcando derechos constitucionales de las personas. Ahora el alcance de la figura se aleja un poco del acercamiento que en un principio se le había dado a la Constitución y el Tribunal Supremo norteamericano ha establecido que su principal fundamento sería preservar la integridad judicial e impedir que los agentes de la policía realicen actividades ilícitas en la obtención del material probatorio. Por tanto la regla de la exclusión tendría por fin disuadir el actuar ilícito de la autoridad policial.⁵⁴

⁵² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada, Art. 20, Apartado A, Fracción IX.

⁵³ AGUILAR, MIGUEL ÁNGEL. *La prueba ilícita en el sistema acusatorio en México*, p. 3. Disponible en: <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20%28Mag.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf> [8-11-2016]

⁵⁴ DELGADO, LUIS. *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*.

Es así como la regla de exclusión por ilicitud alcanza en algunos ordenamientos como Portugal, Brasil o México una consagración Constitucional, en otras como EE.UU. tiene como función disuadir a la autoridad policial, en otras que es una creación jurisprudencial como Italia y España, donde son los Tribunales Constitucionales los que han tenido mayor protagonismo y por su influencia han incitado al legislador a su inclusión en códigos orgánicos y procesales. En nuestro ordenamiento jurídico su fundamento normativo se encuentra en el artículo 273 inciso 3 del Código Procesal Penal y estimamos que también es fundamento de tipo jurídico la garantía de epistemicidad en donde para disminuir la posibilidad de error en el procedimiento y juzgamiento en materia penal tenemos que considerar la norma de la exclusión para asegurarnos de contar con una prueba obtenida justamente y con pleno respeto de garantías y derechos fundamentales, propios de la esencia de una persona, solo así el juzgamiento será legítimo y cumplirá un estándar propio de un debido proceso sustancial.

III. Controles en el proceso penal

En nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes mecanismos que sirven de control para ciertos abusos o excesos que se pueden dar a lo largo del procedimiento penal. En este apartado explicaremos los diferentes mecanismos normativos establecidos en el Código Procesal Penal para controlar específicamente que no se introduzca prueba maliciosa al proceso en pos de que éste sea efectivamente justo y garante de los derechos fundamentales de las personas. Como mencionamos anteriormente excluir prueba ilícita del juicio o impugnar un juicio o sentencia en la cual se ha incluido este tipo de prueba es una medida de tutela y resguardo a las garantías que se amparan en la protección de la epistemicidad, ya que en la búsqueda para alcanzar la verdad debe ser desprovista de error y sería una falta valorar este tipo de conocimiento ilícito adquirido de pruebas que atentaron contra derechos y garantías fundamentales.

Universidad de Burgos. Disponible en http://www.te.gob.mx/ccje/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf [8-11-2016]

1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Esta etapa tiene un fin netamente preparatorio, permitiendo a los órganos a cargo de la persecución penal preparar adecuadamente la entrada a juicio, así como tomar decisiones que determinaran el curso posterior del caso.⁵⁵

1.1. *Límites a las facultades de investigación del Ministerio Público*⁵⁶

El Ministerio Público tiene la función de dirigir la investigación, contando con una serie de facultades para realizar diligencias ya sea de forma directa o delegada.

En el ejercicio de este mandato existen ciertos criterios o principios básicos que orientan la labor de los fiscales, que constituyen verdaderas limitaciones a su actuar.⁵⁷ Estas limitaciones las entendemos como controles impuestos por el legislador para que en el proceso de investigación no se cometan abusos que puedan llevar a error y para así finalmente alcanzar la verdad de lo ocurrido en los hechos de acuerdo a parámetros objetivos y profesionales.

1.1.1. *Principio de interdicción de funciones jurisdiccionales*

Este principio encuentra consagración en nuestra Constitución en el artículo 80 y en la Ley Orgánica del Ministerio Público. Este viene a limitar el ámbito de actuación autónoma del Ministerio Público, toda vez que los fiscales nunca pueden ejercer funciones jurisdiccionales, las que son facultad privativa de los tribunales. En razón de esto cuando el fiscal realice actuaciones que puedan privar tanto al imputado o terceros del ejercicio de derechos constitucionales, tiene que requerir previamente autorización judicial, a menos que la ley le conceda facultad autónoma expresa.

⁵⁵ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, ob. cit., p. 116.

⁵⁶ El desarrollo de este tema está basado en el libro de DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*.

⁵⁷ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, ob. cit., p. 116.

1.1.2. *Principio de objetividad, visión profesional y científica de la investigación*

El principio de objetividad se basa en la obligación que tienen los fiscales de investigar todos los antecedentes relativos a la causa tanto lo que acrediten el delito y la participación del imputado, como aquellos que sirvan para acreditar su inocencia u otras circunstancias esgrimidas por la defensa.

Respecto a la visión profesional y científica de la investigación es un deber propio que exige la sociedad moderna, ya que el avance de la tecnología nos permite que la investigación sea llevada con el mayor nivel de acierto posible, en busca de información objetiva y confiable.

1.1.3. *Principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas*

Este principio rige la actuación de todos los funcionarios públicos en nuestro país, según el cual estos siempre deben actuar en conformidad a los preceptos de la Constitución y las leyes. Siendo así cuando en el ejercicio de sus funciones se extralimiten de lo establecido en la ley se contemplarán sanciones; como la nulidad u otras de tipo administrativas.

1.1.4. *Principio de transparencia*

El deber de actuar con respeto al principio de inocencia y su derecho de defensa se traduce en la obligación de dejar constancia a través de pautas y procedimientos claros y conocidos que eviten la actuación arbitraria de sus integrantes y el acceso permanente a la información que este va generando en la investigación de casos. Este principio tiene consagración en el código en el artículo 182 del Código Procesal Penal y en la Ley Orgánica del Ministerio Público en el art. 8. La regla en esta materia consiste que el procedimiento y las actuaciones son reservados para terceros ajenos a él, pero no para el imputado y los demás intervinientes.

1.2. *Control de legalidad de la detención*

Es inherente a la protección a los derechos humanos y a un proceso racional y justo que toda detención que viene a restringir el derecho a la libertad personal de un individuo, sea objeto de una intervención judicial próxima para controlar la legitimidad de la misma. Las formas que el ordenamiento

jurídico controla esta situación es a través de una de estas tres vías: la audiencia de control de detención, amparo ante el Juez de Garantía y el amparo constitucional del artículo 21 de la Constitución Política de la República.

Por los caracteres de nuestro estudio nos remitiremos al Control de detención, como la primera audiencia judicial que como bien dice su nombre, viene a controlar la legalidad de la detención del imputado, es aquí donde se viene a efectuar un control jurídico de las condiciones de la detención.⁵⁸

La detención se pudo haber originado ya sea porque el juez la ordenó imputativamente, o cuando existe uno de los casos de flagrancia y en aquellos casos que la detención ha sido ordenado por funcionarios públicos distintos, ante el Juez de Garantía Competente.

En el control el Juez de Garantía verificará las siguientes circunstancias:

a) Que estemos ante alguna de las hipótesis que contempla la ley para proceder a la detención ya sea que estemos en un caso de detención de flagrancia del artículo 130 del Código o respecto a la detención dispuesta por otros funcionarios públicos, se analizará si existía la facultad y si se ejerció en la forma que está establecida en la ley.

b) Verificará el deber de información de derechos al detenido y si llegara a comprobar que estos no han ocurrido, procederá a informarle personalmente de sus derechos y remitirá un oficio a la autoridad respectiva para que investigue y aplique sanciones correspondientes.

c) Verificará además el cumplimiento para poner al imputado a su disposición dentro del plazo legal, que la policía no haya maltratado o torturado al detenido, se le hayan leído sus derechos, se le hayan informado los hechos por los cuales se detuvo y pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la práctica de diligencias de investigación realizadas durante el periodo de detención.

⁵⁸ Artículo 95 inciso 1: Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El significado de que el Juez declare la ilegalidad de la detención es que se faculte al afectado a iniciar la persecución penal de los responsables por el delito de privación de libertad ilegal y arbitraria efectuada por un funcionario público.

Ahora desde el punto de vista del control de legalidad de la detención en relación a los controles que existen en el proceso penal para que no se admita prueba ilícita, debemos decir que el control de legalidad es solo una declaración del Juez de Garantía de la legalidad o no de la diligencia y verificación de las demás circunstancias enumeradas anteriormente, pero esta declaración, que por ejemplo la detención no fue de acuerdo a una situación de flagrancia, no habilita para excluir la prueba aquí generada de las demás etapas ante el Juez de Garantía y posteriormente del juicio oral. La prueba aquí obtenida posteriormente podrá o no ser objeto de la discusión para que sea excluida del juicio pero no porque haya sido declarada la detención ilegal es sinónimo de su exclusión posterior.

Si bien muchos defensores al debatir la exclusión de prueba se fundan en que aquella fue generada en una detención declarada ilegal y que esta declaración del Juez de Garantía en el control de detención sería suficiente argumento para su exclusión en el audiencia de preparación de juicio oral, ello no es así. La Corte Suprema se ha inclinado en este mismo sentido, en cuanto a que la declaración de ilegalidad de la detención no es causal directa de la exclusión posterior de la prueba.

Estimamos que si bien es un antecedente importante la declaración del Juez de Garantía, lo principal por analizar son las razones y circunstancias de la detención, ya que como el nombre de la audiencia lo dice, se controla sola la legalidad de la circunstancias de la detención, no si estas circunstancias generaron prueba maliciosa. Para este control, debemos esperar la etapa que el Código ha establecido, específicamente en la audiencia de preparación de juicio oral.

1.3. *Incidente de exclusión probatoria*

Encuentra consagración legal en el artículo 276 inciso tercero, ubicado dentro del Título II del Libro Segundo del Código, normas que vienen a regular la etapa intermedia del procedimiento y que tiene como una de sus funciones “*El control de la validez y pertinencia de las pruebas ofrecidas*

oportunamente por las partes. Las pruebas admitidas por el juez de garantía en la preparación son las únicas que pueden rendirse en el juicio, salvo acotadas excepciones legales".⁵⁹ Por tanto podemos ver el deseo del legislador que el incidente de exclusión probatoria se suscite en esta etapa del procedimiento y no en otras tanto por la ubicación normativa como la función de la etapa en sí.

Pese a esto hay defensores que han planteado la posibilidad de que se podría solicitar este incidente en audiencias anteriores a la de preparación de juicio oral, teniendo como argumento que estas pruebas obtenidas de modo malicioso son las que el Juez de Garantía toma en consideración para fundar medidas cautelares o medidas intrusivas y serán las que posteriormente no tome en consideración por su ilicitud para fundar la sentencia, por tanto parecía lógico no fundar decisiones en razón de los antecedentes ilegalmente obtenidos y por tanto nacería la necesidad de solicitar su exclusión o inutilizabilidad en una etapa anterior a la audiencia de preparación de juicio oral. Se ha planteado en razón de un proceso penal coherente que podrían alegar oralmente en el debate de medidas cautelares que la información proporcionada por los elementos de prueba fueron obtenidos con vulneración de garantías fundamentales siendo de este modo inutilizable para la adopción y justificación de alguna cautelar, concluyendo que no se podrían aceptar elementos que se considerarían ineficaces para fundar la sentencia sean eficaces para justificar una decisión en alguna etapa preliminar,⁶⁰ en este mismo sentido se pronuncian López y Gallardo quien también busca sustento en los principios que rigen el proceso y en la Constitución.

Plantea López como alternativa la existencia de otros medios para que los antecedentes maliciosamente obtenidos no sean tomados en consideración al momento de fundar la imposición de medidas cautelares, ya que como enunciamos la regla de exclusión no es propia de esta etapa. Estas opciones sería la de recurrir por vía de la nulidad procesal o por la vía de la inutilizabilidad.⁶¹

⁵⁹ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 430.

⁶⁰ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 467.

⁶¹ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 206.

Respecto a la vía de la nulidad procesal existe la posibilidad según lo establecido en los artículos 159 y 160 del Código de declarar la nulidad del acto de investigación en virtud del cual se obtuvo la prueba ilícita constituyendo una declaración formal de ineficacia muy anterior a la aplicación de la regla de exclusión, que habilita al Juez de Garantía para desconocerle todo valor al acto durante la etapa de investigación.⁶²

Ahora también López plantea que cuando no existieren suficientes argumentos o no se cumplan con todos los supuestos para aplicar la nulidad procesal, existe la vía de la inutilizabilidad para no aceptar elementos probatorios que vulneraron derechos y garantías. Este autor entiende por inutilizabilidad el deber del Juez de Garantía, en cumplimiento de la función protectora que la ley le ha asignado, de negarse a reconocer valor a los elementos probatorios obtenidos ilícitamente al momento de pronunciarse específicamente sobre las medias cautelares e intrusivas. Esto es así porque la prueba ilícita, aun antes de ser declarada inadmisibles, es derechamente inutilizable incluso como fundamento de resoluciones provisionales.⁶³

Consideramos que el momento para solicitar la exclusión probatoria esta reglado en ley y no podemos abstraernos de la regulación ya realizada por el legislador y en esta etapa sería inoportuno además que aún en esta fase estamos hablando de antecedentes de la investigación y no propiamente de elementos de prueba, por lo tanto aun no podemos hablar propiamente de exclusión.

Sí consideramos que la posición de López de buscar otras alternativas en el ordenamiento para que los antecedentes maliciosamente esgrimidos no sean tomados en consideración es una vía aceptable. Estamos dentro de un sistema de justicia coherente y respetuoso de los derechos, por tanto frente al abuso está efectivamente el Juez de Garantía quien tiene la opción de considerar que existe un vicio de nulidad procesal o derechamente la inutilizabilidad del antecedente probatorio.

⁶² HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 206.

⁶³ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 210

1.4. *Nulidad procesal*

Este tema es tratado en la mayoría de los manuales de la materia en las diferentes etapas del procedimiento, por ejemplo López lo trata al realizar el análisis del recurso de nulidad por la estrecha relación que existe entre ambas figuras. Cerda, por su parte, trata este tema a partir de las normas generales del procedimiento.

Hemos decidido plantear su análisis, en relación a nuestra investigación, en la etapa preparatoria ya que este incidente si bien se puede plantear en toda etapa del procedimiento, en relación a los controles, esta sería la primera etapa en la cual podría suscitarse.

Alsina ha definido nulidad procesal como “*la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han observado las formas prescritas para ellos*”.⁶⁴ Es decir desde un punto de vista procesal penal la nulidad procesal es una sanción destinada a restar eficacia a aquellas diligencias o actuaciones judiciales defectuosas que no han respetado en su ejecución los requisitos exigidos por la ley y que ocasionan a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con tal declaración.⁶⁵ Ahora bien, como explica López, no cualquier vicio de forma conlleva la nulidad procesal del mismo, ya que por el principio de transcendencia solo resultara anulable el acto cuando este acarrea un perjuicio para los intervinientes.⁶⁶

Respecto a qué actuaciones o diligencias son anulables existe una discusión en cuanto cuáles serían éstas. Un sector de la doctrina plantea que la nulidad procesal es una sanción legal solo aplicable a los actos que se realizan ante o por el tribunal, no siendo aplicable a diligencias realizadas por el Ministerio Público o funcionarios policiales. Otro sector de la doctrina plantea que cuando se habla de actuaciones o diligencias se referirían a las que realizan durante todo el procedimiento por tanto también se extendería a actos realizados por las partes, el tribunal y órganos persecutores. No

⁶⁴ ALSINA, HUGO. *Las nulidades en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1958, p. 31.

⁶⁵ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 215.

⁶⁶ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 393.

es un tema pacífico en doctrina y el rol o la postura la va tomando el Juez de Garantía especialmente en relación a su función como el encargado de controlar las actividades de los órganos de persecución.

En el Código Procesal Penal en sus artículos 159 y 160 establece las causales que justifican esta sanción procesal:

1) En el artículo 159 que trata sobre la mera inobservancia de formas procesales que causan perjuicio a los intervinientes. Esta norma se referiría cuando en la inobservancia de formas procesales se atenta contra las posibilidades de actuación de algunos de los intervinientes.

2) En el artículo 160 habla respecto a las infracciones que afectan el pleno ejercicio de garantías y derechos constitucionales o legales de los intervinientes. En este caso solo se tiene que establecer la infracción ya que el perjuicio se presumiría en la afectación de derechos. En palabras de Cerda se trataría de un caso en que la infracción recae en formas procesales esenciales, derechos y garantías de los intervinientes y principios del sistema, cuyo cumplimiento determina la regularidad del debido proceso. Se trataría de irregularidades de magnitud que afectan el pleno ejercicio de derechos y garantías.⁶⁷

Respecto a estas causales han surgido discusiones en relación al alcance que tendría cada una de las normas esgrimiendo distintos argumentos en relación a unas y otras, extendernos en este tema no tiene relación con el objeto de nuestro estudio, desde el punto de vista de los controles, dejamos enunciado que no existe consenso en la materia.⁶⁸

Respecto a la forma que las partes promueven este incidente está regulado en el artículo 161 del Código donde se debe distinguir si el vicio se produce en una actuación verificada en audiencia o el vicio se ha producido fuera de audiencia.

Debemos entender desde el punto de vista de los controles en el ordenamiento jurídico, para no incluir prueba maliciosa, el intento en algunos

⁶⁷ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 219.

⁶⁸ Respecto a este punto se puede seguir la discusión en el Manual de Rodrigo Cerda, Alex Carocca y Julián López.

casos de formular el incidente de nulidad procesal para invalidar actuaciones defectuosas que hayan practicado los órganos de investigación y persecución, que hayan obtenido como resultado impedir el libre ejercicio de garantías. Estas alegaciones tendrán validez o no según el alcance finalmente que se le dé a la nulidad procesal en las diferentes etapas del proceso y si el juez estima convincente el argumento que se pueda recurrir por esta vía o esperar la etapa ideada para la exclusión de prueba en materia penal, específicamente en la etapa intermedia.

2. ETAPA INTERMEDIA

La etapa intermedia tiene distintas funciones y características pero entendemos como una de sus principales la de precisar el objeto del juicio, respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos, es decir, todos aquellos aspectos de la controversia jurídico-penal que serán discutidos en el juicio y que servirán de fundamento a la sentencia definitiva. Presupuesto indispensable para el logro de este objetivo es el ejercicio de la acción penal *strictu sensu*, es decir, la formulación de la acusación, sin la cual no puede haber juicio.⁶⁹

También tiene como función el control por parte del Juez de Garantía de la acusación planteada por el Ministerio Público, hay que precisar que estamos ante un control formal de la misma ya que la intención del legislador es la de evitar la intromisión judicial en la función acusatoria del Ministerio Público.⁷⁰

Podemos enumerar varias funciones o características de esta etapa, pero atendido el objeto de análisis nos centraremos en la función que esta etapa desenvuelve en el proceso respecto al control de validez y específicamente admisibilidad de la prueba que ofrecen las partes en la audiencia de preparación de juicio oral. Es en esta etapa precisamente en donde se encuentra la regla de exclusión, donde el juez tendrá que resolver la solicitud de los

⁶⁹ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 22.

⁷⁰ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 16.

intervinientes de excluir todo elemento de prueba que en su obtención tenga algún defecto de forma que genere la nulidad de la misma o que la prueba obtenida haya sido ilícita.

2.1. *Exclusión probatoria*

Antes de pasar de lleno a la exclusión probatoria debemos dejar planteado el alcance que en el artículo 276 no solo se regula la exclusión por ilicitud sino también la reducción de pruebas. Esta norma contempla específicamente dos hipótesis distintas ya que por una parte en sus dos primeros incisos trata de la reducción por motivos de racionalidad y eficiencia del proceso⁷¹ y por su parte el inciso tercero viene a constituir un mecanismo general correctivo para la protección de garantías.⁷² Pasamos a desarrollar la exclusión probatoria por ilicitud de acuerdo al artículo 276 inciso 3.

2.1.1. *Por tratarse de pruebas proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas*

En esta hipótesis lo que el legislador pretende excluir del juicio es aquella prueba que es irregular o ilegal entendiendo por ésta aquella prueba que no respetó normas procedimentales y el vicio generado por esta infracción debe ser objeto de declaración previa de ilicitud por tanto en la audiencia de preparación de juicio oral el Juez de Garantía solo se limitará a excluir dicha prueba que ya ha sido declarada como ilegal. Entonces para excluir la prueba se requiere que, previamente, exista una resolución judicial que haya declarado la nulidad de la actuación o diligencia con ocasión de la cual se obtuvo la evidencia de conformidad a los artículos 159 y siguientes del CPP.⁷³

Según López esta hipótesis de exclusión tiene dos maneras de entenderse: la primera es que la violación afecta normas de rango legal que no alcanzan a constituir vulneración de derechos fundamentales. Por tanto,

⁷¹ Cuando se trate de prueba manifiestamente impertinente, por prueba que tenga por objeto acreditar hechos públicos y notorios o por prueba que se estima sobreabundante o dilatoria.

⁷² CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 452.

⁷³ HORVITZ, MARÍA INÉS Y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 49.

habría que concluir que se ha extendido la regla de exclusión a la prueba irregular o ilegal. La segunda manera de entenderlo sería que la ilicitud probatoria deriva directamente de la infracción de los derechos fundamentales, por tanto tenemos la existencia de una norma legal que expresaría la garantía fundamental protegida y por tanto para reclamarla no sería necesaria determinar los alcances de esta ya que la violación se encuentra objetivada en la disposición legal.⁷⁴

2.1.2. *Por tratarse de pruebas obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*

Respecto a este tipo de exclusión los supuestos para que concurra es que se obtuvo una prueba que afectó derechos y garantías constitucionales y dicha afectación no contó con la autorización judicial correspondiente. El fundamento normativo para la procedencia de esta regla de exclusión la encontramos en el respeto a la presunción de inocencia, la que solo se puede vencer con aquella prueba legalmente obtenida. Por otra parte estimamos que esta norma también de algún modo se apoya en lo que antes llamamos “*garantías de garantías*” refiriéndonos por esta a la epistemicidad sobre el deber que existe por parte del Estado de no cometer errores y la valoración de prueba obtenida de forma maliciosa, vulnerando derechos y garantías constitucionales, es una prueba que debe ser excluida del juzgamiento penal por conducirnos a un conocimiento obtenido ilícitamente que desprovee de toda legitimidad al proceso, careciendo, además, de confiabilidad.

2.2. *Prueba ilícita y regla de exclusión*

Entenderemos como concepto general de *prueba ilícita* aquella prueba obtenida con inobservancia a las garantías fundamentales. Es decir toda aquella prueba que se obtuvo con violación a derechos y garantías constitucionales por parte de los órganos persecutores durante la investigación tendrá que ser declarada como ilícita, operando en esta instancia la *regla de exclusión*. El elemento común de las definiciones de prueba ilícita es que ésta es antijurídica, es decir existe violación de normas, ya sea, en la obtención del elemento probatorio o bien, en la incorporación de dicho elemento

⁷⁴ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 456.

dentro del proceso. Esta infracción normativa puede ser ya de rango legal, ya de rango constitucional o bien, puede tratarse de principios generales del derecho.⁷⁵

De este modo la regla de exclusión es un instrumento al servicio de la concreción fáctica de la promesa normativa de ser juzgado en un escenario legítimo, sin vicios en la obtención de los elementos de prueba, sin trampas de parte del aparato persecutor estatal.⁷⁶

Todo lo que va directamente relacionado con uno de los fines del proceso penal que busca la averiguación de la verdad, pero no a cualquier precio, propio de los Estados Democráticos de Derecho.

La legalidad de la prueba es una condición básica para la valoración de la misma y la única forma de vencer válidamente el estado jurídico de inocencia, ya que de acuerdo a este principio los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados en forma legal. Por lo mismo se transforma en ineficaz la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas.⁷⁷

2.3. *Vulneración de derechos fundamentales*

Los presupuestos de la norma nos hacen realizar esta distinción respecto que la prueba ilícita, objeto de la regla exclusión, tiene por fundamento que con ella se vulneró derechos y garantías tanto sustantivas como procedimentales del individuo, con esto nos referimos a todas las garantías que se encuentran contenidas en la Constitución Política o en los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Como dice Echeverría hay que tener presente que siempre procederá la exclusión de prueba en aquellos casos en que los órganos persecutores de la actividad penal vulneren garantías fundamentales en la obtención de la prueba de cargo, con independencia de que esta garantía se encuentre o no objetivada en una norma de carácter legal.⁷⁸ Según Zapata

⁷⁵ ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*, ob. cit., p. 47.

⁷⁶ CERDA, RODRIGO. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal* N° 6, octubre 2010. Santiago, p. 126.

⁷⁷ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 457.

⁷⁸ ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*, ob. cit., p. 67.

la inobservancia en específico que se sanciona con exclusión se da cuando hay un incumplimiento de una norma legal que tiene un mandato que en sí mismo constituye una garantía de derecho fundamental y cuya transgresión implica o se traduce en la vulneración de este derecho.⁷⁹

2.4. *Oportunidad procesal de la exclusión probatoria en la etapa intermedia*⁸⁰

Respecto a la oportunidad procesal para reclamar la exclusión por ilicitud en la etapa intermedia es dentro de su fase oral, específicamente en la audiencia de preparación de juicio oral.

Es en esta audiencia según lo señalado en el artículo 272 en que se debatirá la prueba ofrecida por las partes pudiendo dar lugar al debate de exclusión de prueba para el juicio oral por tratarse de pruebas que hubieran sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

2.5. *Situaciones relativas a la exclusión*

Hay ciertas situaciones relativas a la forma de hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita que nos llaman la atención respecto a su regulación en el Código, respecto a los diversos controles en el proceso penal para minimizar el error en cualquier etapa del procedimiento. Con esto me refiero a la exclusión de oficio por parte del Juez de Garantía, la prueba de la ilicitud y el alcance de la exclusión.

Respecto a la exclusión de oficio por parte del Juez de Garantía situación contemplada en el artículo 276 inciso final, es completamente condescendiente a la responsabilidad del Estado de promover y respetar derechos y garantías fundamentales y el deber que en relación a esto se le impone al juez de asegurar los derechos del imputado y los demás intervinientes. También se condice con el deber del Estado de no cometer errores y que a través de

⁷⁹ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 462

⁸⁰ Establecemos de inmediato el alcance que en relación al procedimiento simplificado desde la modificación del año 2005 se ha establecido el control de admisibilidad, el cual tiene características similares a la audiencia de preparación de juicio oral en cuanto a que se puede debatir sobre la prueba, por tanto excluir estas cuando fueren maliciosas, todo desde un punto de vista más acotado propio del procedimiento simplificado.

la figura del Juez de Garantía controla la inclusión de prueba maliciosa cuando no haya petición de parte.

En cuanto a la prueba de la ilicitud, es decir, el tribunal para considerar que cierta prueba vulneró derechos y garantías constitucionales debe tener antecedentes suficientes que le permitan obtener el conocimiento adecuado para pronunciarse sobre la actuación que vulneró tales derechos.

Por ultimo en relación al alcance la exclusión cuando opera el artículo 276, se excluirá toda prueba que vulneró derechos y junto con esta prueba propiamente tal, también se suprimirá toda la que deriva ya sea directa o indirectamente de ella. Los argumentos son los mismos, el pleno respeto y vigencia de los derechos fundamentales y su inclusión y posterior valoración constituye un atentado contra la presunción de inocencia y el debido proceso. Cerda señala que se hace necesario comprobar la relación causal que existe entre la información ilegítimamente adquirida y los elementos de prueba obtenidos a partir de ella, de modo tal que los segundos sean fruto o resultado necesario de la primera (teoría del fruto del árbol envenenado).⁸¹

3. ETAPA DE JUICIO ORAL

Alguna doctrina ha planteado que en esta etapa también se podría alegar la exclusión probatoria. En realidad es bastante discutido al igual que cuando se proponía su alegación en la etapa de investigación ya que la norma del 276 se regula a propósito de la audiencia de preparación de juicio oral y quien tiene el control en esta materia es precisamente el Juez de Garantía y no el Tribunal de Juicio Oral, teniendo como fundamento que el tribunal que absolverá o condenará no llegue a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido y que su decisión se pueda ver contaminada con este tipo de prueba. En este mismo sentido se pronuncia López al señalar que *“el sistema procesal penal chileno manifiesta una preferencia por establecer el control de la prueba ilícita a nivel de la admisibilidad, a objeto de evitar que el tribunal llegue siquiera a tomar conocimiento del elemento pro-*

⁸¹ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 480.

batorio ilícitamente obtenido”,⁸² con esto el autor nos quiere señalar que la etapa para formular el incidente, es en la etapa de preparación de juicio oral.

3.1. *Inadmisibilidad probatoria*

Cerda es claro respecto a este punto en cuanto a que el planteamiento en esta etapa es inoportuno, ya sea para el caso que no se planteó el incidente o planteado fue rechazado por el Juez de Garantía. Indica que el incidente en esta etapa es inoportuno, primero porque al auto de apertura de juicio oral establece cuál será la prueba que será rendida en juicio y este auto es una sentencia interlocutoria de segundo grado que, una vez firme, produce efecto de cosa juzgada. De modo que desde un punto de vista procesal no puede ser alterado. También es inoportuno porque ya operó la institución de la preclusión, porque el momento para plantar el incidente era legalmente en la audiencia de preparación de juicio oral, en este mismo sentido se ha pronunciado López.

Y en el caso en que sí se haya expuesto, pero el juez no lo haya admitido, existe la facultad de recurrir ya sea por vía de la apelación o de la nulidad (dependiendo quien sufra el agravio).⁸³ Como vemos, en ninguno de los dos casos quien conoce del asunto es el Tribunal de Juicio Oral ya que se pretende que este tribunal tome la decisión desprovista de toda subjetividad y además su decisión se base en una prueba legalmente admitida.

3.2. *Valoración negativa de la prueba ilícita*

Haremos una breve enunciación de la discusión que se ha planteado respecto a este tema ya que es una mera creación doctrinaria y jurisprudencial, por cuanto la posibilidad de valorar negativamente una prueba ilícita no encuentra respaldo en la ley.

La llamada valoración negativa supone que en la audiencia de preparación de juicio oral se planteó la exclusión de prueba por ser ilícita, a lo cual el Juez de Garantía no accedió incorporándola en el auto de apertura.

⁸² HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 193.

⁸³ CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 470.

Por tanto el Tribunal de Juicio Oral incorpora esta prueba pero considera que efectivamente se obtuvo con vulneración de derechos, por lo tanto se niega asignarle algún valor probatorio y no la toma en consideración para formar su convencimiento en la sentencia definitiva.

A favor de esta doctrina se encuentra el profesor Hernández quien estima que el Tribunal de Juicio Oral cuenta con esta atribución y se opone a él López en razón de los efectos que provocaría esta facultad en una etapa que es propia de la valoración.

4. RECURSO DE NULIDAD

4.1. *Recurso de nulidad como medio de impugnación*

El recurso de nulidad como medio de impugnación tiene las características generales de los recursos de nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien dentro del procedimiento penal cuenta con sus características propias.

Los recursos procesales son un tipo o clase de medio de impugnación a través del cual se pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución que aún no ha alcanzado firmeza.⁸⁴ Y por su parte como medio de impugnación lo entendemos como un instrumento legal puesto a disposición de las partes, destinados a combatir una resolución judicial, con la finalidad de provocar su reforma o anulación.⁸⁵

Este es uno de los medios de impugnación que contempla el Código Procesal Penal y que específicamente tiene por objeto invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente la sentencia definitiva, cuando se hayan infringido garantías de tipo constitucional o cuando en el pronunciamiento de la sentencia se haya hecho con una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículos 372 y 373).

⁸⁴ CORTEZ, GONZALO. *El recurso de nulidad*. Editorial LexisNexis, 2ª edición, Santiago de Chile, 2006. p. 4.

⁸⁵ CORTEZ, GONZALO. *El recurso de nulidad*, ob. cit., p. 2.

De un modo general, el fundamento objetivo para la existencia del recurso de nulidad es la posibilidad de error, específicamente una errónea aplicación de normas tanto de orden material como procedimental. Y es el mismo legislador que prevé que en caso que se cometieran dichos errores subsanarlos por este medio de impugnación.

4.2. Recurso de nulidad como medio de control

Realizamos de inmediato la acotación que en el estudio del recurso de nulidad nos centraremos principalmente en la causal genérica del artículo 373 letra a) por corresponder al deseo del legislador de restablecer el imperio del derecho cuando en la sentencia definitiva se ha valorado prueba ilegítima y la valoración de ésta ha influido en lo dispositivo del fallo, teniendo como resultado la infracción sustancial de derechos y garantías en el pronunciamiento de la sentencia. Y este deseo es completamente fundado en el deber del Estado por una parte de respetar y promover los derechos constitucionales que emanan de la esencialidad de la persona humana y también el deber del Estado de no cometer errores en el juzgamiento penal y precisamente una vez cometido el error en alguna etapa del procedimiento redimirlo, porque es el deber y fin del procedimiento de averiguar lo ocurrido en los hechos, pero averiguarlo y consagrarlo en una sentencia que no se vea manchada por la valoración de elementos probatorios vulneratorios de derechos.

Esto también lo decimos según lo señalado en los artículos 276 inc. 3 y 277 inciso final donde se establece que el auto de apertura no es apelable cuando se niega lugar a la solicitud de prueba ilícita, pero sin embargo, se entiende que “Sin perjuicio de la precedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”.

4.3. Causales de procedencia

Antes de pasar a esta materia queremos precisar que no consideramos necesario desarrollar ciertos temas propios del recurso de nulidad en general, como por ejemplo quién es el titular del recurso, el aspecto procesal, el efecto de la interposición, la naturaleza jurídica, la adhesión entre otras materias, ya que escapa el objeto de este estudio.

4.3.1. *Infracción de las garantías constitucionales*

Es propio de los ordenamientos jurídicos actuales que prevean que las sentencias que se dicten, en este caso en materia penal, sean resultado de procesos respetuosos de los derechos y garantías fundamentales, es por esto mismo que el legislador en el caso que se haya pronunciado una sentencia o se haya realizado un procedimiento con infracción a garantías, establezca como medio de impugnación el recurso de nulidad.

Específicamente en esta causal general se establece que se debe anular el juicio oral y la sentencia, cuando en cualquier etapa del procedimiento, es decir, en la investigación, preparación o juicio oral propiamente tal o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la constitución o los Tratados Internacionales Ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.⁸⁶

El vicio en cuestión debe ser sustancial, lo que significa que debe ser de tal entidad que comprometa aspectos esenciales de la garantía o derechos y esto haya ocurrido en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia.⁸⁷ Según la Corte Suprema infracción sustancial significa “*que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso*”.⁸⁸

Ahora respecto al requisito que la infracción afecte derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los Tratados Internacionales Ratificados por Chile que se encuentren vigentes se ha dicho que se refiere al aspecto genérico de la garantía del debido proceso y todas aquellas garantías específicas que lo componen. Hay que dejar claro que también las garantías comprometidas por la investigación no son solo de orden judicial sino también incluyen libertades individuales de alcance más amplio, como ocurre por ejemplo con el derecho a la privacidad.⁸⁹ Debemos tener claro,

⁸⁶ CAROCA, ÁLEX. *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno*, ob. cit., p. 186.

⁸⁷ CORTEZ, GONZALO. *El recurso de nulidad*, ob. cit., p. 146.

⁸⁸ CORTEZ, GONZALO. *El recurso de nulidad*, ob. cit., p. 147.

⁸⁹ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 413.

como dice López, que cuando la norma habla de la “*tramitación del juicio*” no solo se refiere al juicio oral, sino que también a cualquier inobservancia formal que haya tenido lugar durante la etapa de investigación o la etapa intermedia y que haya afectado de forma sustancial de derechos o garantías.⁹⁰

Es así como el recurso de nulidad es un medio de control o remedio cuando ya se haya incluido prueba ilícita en el juicio. En razón con lo anteriormente mencionado solo desarrollaremos aquellos derechos y garantías que se relacionan con la exclusión por ilicitud.

4.3.2. *Infracción a la garantía del debido proceso*

La infracción a esta garantía es uno de las causales que más se repite al momento de la interposición del recurso de nulidad por ser una de las que más se encuentra ligada a la sustanciación del proceso penal. Es una garantía que se extiende más allá de la conceptualización propia del debido proceso, sino también se insertan derechos y garantías aseguradas por la Constitución y Tratados Internacionales. Como dice Cerda, estaríamos frente a un derecho fundamental de toda persona de carácter adjetivo y genérico, que involucra un conjunto de otros derechos y garantías relacionados con el justo y racional juzgamiento.⁹¹ Ahora bien, dentro de esta garantía encontramos los siguientes derechos y garantías:

i) *Infracción a la presunción de inocencia.* Como vimos previamente la presunción de inocencia es uno de los principios que se vulneran al valorar prueba ilícita, específicamente en lo relativo a la legalidad de prueba.

Este principio encuentra consagración en el Código Procesal Penal en el artículo 4 que señala que “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal, en tanto, no fuere condenada por una sentencia firme”. También sea dicho que se encuentra en forma implícita en el artículo 19 de la Constitución y por la norma de reenvío del art. 5 de la misma que señala que nuestro texto fundamental asegurará, respetará y garantizará los

⁹⁰ HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo II, ob. cit., p. 413.

⁹¹ CERDA, RODRIGO. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal* N° 6, octubre 2010. Santiago, p. 126.

derechos consagrados en Tratados Internacionales Ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así acontece con la Convención Americana de Derechos Humanos y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Entre sus manifestaciones encontramos que el juzgamiento se realice en libertad, que se considere y se trate como inocente, lo relativo a la carga de la prueba, el estándar de convicción, el estándar de exigencia para decretar medidas cautelares y la legalidad de la prueba. Esta última la entendemos desde el punto de vista que los medios de prueba que adquirirán valor probatorio son aquellos obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados en la forma que precise la ley. Esta es una garantía inherente al racional juzgamiento y que una sentencia condenatoria no puede basarse en la valoración de pruebas que hubieran sido obtenidas con vulneración de los derechos del condenado.

En consecuencia, como dice Cerda, de acuerdo a este principio los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso en forma legal. Por tanto, será ineficaz la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales de las personas (artículo 273 inciso 3 y 373 letra a) del Código Procesal Penal).⁹²

ii) *Inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5 de la Constitución)*. En diversas diligencias investigativas que se realizan al margen del debido proceso se puede llegar a vulnerar otros derechos, como la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada, constituyendo en nuestra práctica una de las causales más comunes para la interposición del recurso de nulidad por la causal del 373 letra a).

Al respecto se ha estimado que se incurre en infracción cuando hay una extensión indebida de una orden que permite la entrada o registro irregular de lugares cerrados, la incautación o retención indebida de la correspondencia y también incluye la interceptación de comunicaciones telefónicas, que efectúa la policía⁹³(salvo las excepciones específicamente estipuladas en

⁹² CERDA, RODRIGO. *Manual del nuevo sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 106.

⁹³ Artículos 205 y siguientes del Código Procesal Penal respecto a la entrada y registro irregular.

Artículo 218 retención e incautación indebida de correspondencia.

Artículos 222 y siguientes respecto a la interceptación de comunicaciones telefónicas.

la ley). Es preciso aclarar que esta sola situación no es causal del recurso de nulidad, sino más bien se configurará cuando la sentencia efectivamente se base en las pruebas que se obtuvieron al violar la garantía de la inviolabilidad del hogar. Es decir cuando la afectación sea sustancial.

iii) *El derecho de defensa*. Se traduce en el derecho del imputado a ser oído y a que lo que manifieste, cuando decida hacerlo, sea tomado en cuenta por el juez para formar su decisión, aunque tales alegaciones sean rechazadas.

Este principio se manifiesta de diversas formas en el proceso penal, ya sea respecto a la inviolabilidad de la defensa, la información adecuada de la imputación penal y de los derechos que este tiene como imputado, como el derecho a declarar que tiene en las oportunidades que señala la ley y los medios de resguardo para el correcto ejercicio de ese derecho, etc.

Como dice Bascuñán, el derecho a defensa comprende el derecho a guardar silencio, el derecho a declarar y el derecho a no autoincriminarse, lo que constituye una triada garantista de orden constitucional que pone en perspectiva a un justo y racional procedimiento.⁹⁴

iv) *Otras garantías*. Las garantías que desarrollamos anteriormente son las que con más ocurrencia han generado recursos de nulidad acogidos, pero existen otras dignas de consideración como:

– La garantía a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 N° 1 de la Constitución) cuando por medio de cualquier apremio ilegítimo se vulnera este derecho con el fin de obtener información de los hechos del procedimiento criminal.

– El respeto y protección a la vida privada de las personas (artículo 19 N° 4 inciso 1, primera parte) que puede ser pasado a llevar de forma ilegítima durante la etapa de investigación.

– El derecho a la libertad personal (artículo 19 N° 7) que se infringiría cuando la privación o restricción haya sido practicada de forma ilegal.

⁹⁴ BASCUÑÁN, ANTONIO. “Derechos fundamentales y Derecho Penal”. Apuntes de Clases. Curso Derecho Constitucional, Instituto Estudios Judiciales, Santiago, Chile, 2005, en el libro de CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 68.

Se repite en fallos de la Corte Suprema, el acoger recursos de nulidad por causa de detenciones ilegales, es decir fuera de los términos previstos en los artículos 127 a 130 del Código Procesal Penal.

– Encontramos otras afectaciones como la prohibición de obligar al imputado en causa criminal a declarar bajo juramento sobre hecho propio o de pariente. También el derecho a no ser obligado a declarar en contra de sí mismo.⁹⁵

Además, hay otras garantías y derechos que se encuentran en la noción del debido proceso que permiten la interposición del recurso nulidad, como por ejemplo: la infracción al derecho de guardar silencio, infracción por denegación de alguna diligencia de prueba, entre otras. No realizaremos mayor desarrollo de éstas porque no tienen una relación directa con el estudio realizado.

IV. Recursos de nulidad interpuesto por la defensa y acogidos por la Corte Suprema por la causal del 373 letra a) del Código Procesal Penal

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El recurso de nulidad por la causal del artículo 373 en su letra a) es conocido por la Corte Suprema, con el fin de invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva en el caso que en el procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieran infringido sustancialmente derechos o garantías aseguradas por la Constitución.

El análisis de los recursos, objeto de nuestra investigación, fue en relación a todos los recursos de nulidad interpuesto por la defensa y acogidos por la Corte Suprema, en que en el procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías

⁹⁵ CERDA, RODRIGO. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal* N° 6, octubre 2010. Santiago, p. 141.

aseguradas por la Constitución; en relación a que se valoró positivamente prueba obtenida o introducida al juicio violentando derechos fundamentales.

Como veremos en la jurisprudencia en este capítulo y como hemos enunciado anteriormente, la exclusión probatoria es una medida de tutela y resguardo de las garantías constitucionales; esta garantía epistémica que hemos enunciado anteriormente es el fundamento de la regla de exclusión para el resguardo de la dignidad humana en sus matices y la protección a la esencialidad de los derechos.

Es así como hemos afirmado que es un deber del Estado no cometer errores y el valorar e introducir prueba maliciosa es un error no admisible en el juzgamiento, que dentro de su última etapa de control, cuando los otros mecanismos del procedimiento no han funcionado, eleva el conocimiento del asunto ante la Corte Suprema para que esta evalúe si efectivamente se introdujo prueba ilícita, si esta prueba fue valorada en la sentencia definitiva y si influyó de modo sustancial en la sentencia condenatoria.

2. RECURSOS DE NULIDAD INTERPUESTOS ANTE LA CORTE SUPREMA

El número de recurso de nulidad conocidos por nuestro máximo tribunal hasta el año 2013 fueron 379, de los cuales en 104 recursos se acogió la petición de la defensa y en 212 se rechazó. De este total en solo 15 casos se acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa por la causal 373 letra a) del Código Procesal Penal, por haberse valorado en el juicio prueba ilícita.⁹⁶ Por su parte en los años 2014 y 2015 la Corte Suprema conoció 80 recursos por la causal antes mencionada, siendo acogidos solamente 16.⁹⁷

En total, en estos quince años desde la instauración de la reforma, la Corte Suprema sólo ha acogido 31 recursos que se refieren a casos de

⁹⁶ Datos recopilados del libro de HORVITZ, MARÍA INÉS. *Recursos de nulidad en materia penal jurisprudencia de la Corte Suprema Años 2001-2013*. Centro de Estudios de la Justicia, Santiago, 2015.

⁹⁷ Datos extraídos de la base de datos de la Corte Suprema. Plataforma electrónica del Poder Judicial.

introducción al juicio de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Estos sólo se presentan desde junio del 2007, en este año fueron acogidos dos recursos de nulidad, uno en el 2008, tres en el 2009, cuatro en el 2010, ninguno en el año 2011, cuatro el 2012, uno el 2013, diez el 2014 y seis el 2015.⁹⁸

No podemos dar conclusiones apresuradas de los motivos de las diferencias en el número de recursos interpuestos versus los recursos conocidos y de estos cuando fueron acogidos, ya que los factores que pudieron haber influenciado en estos quince años son variados. Desde cuántos recursos fueron interpuestos, los criterios o los cambios en la composición de la Corte, entre otros múltiples factores. No podríamos ser tajantes al decir que en los últimos años han ocurrido más “actos o diligencias vulneradoras” que en los primeros años de la reforma, ya que como dijimos los factores pueden ser variados.

Aun así, no deja de llamarnos la atención que en los primeros siete años de la reforma no haya ningún recurso acogido por la causal del 373 letra a) por incluir en el juzgamiento prueba maliciosa, pero los factores que posiblemente hayan incidido durante estos años son tan diversos y de un trabajo mucho más exhaustivo para poder arribar a conclusiones acertadas. Dejamos realizada la acotación y las cifras para la interpretación y análisis del lector.

3. CONTROLES VERSUS INTRODUCCIÓN DE PRUEBA ILÍCITA

En el análisis de los 31 fallos recopilados, son distintas las garantías o derechos vulnerados, los cuales fueron violentados en alguna de las etapas del procedimiento; ya sea en la etapa preparatoria, intermedia o la de juicio oral.

⁹⁸ Roles 2007: 1836-2007, 678-2007; Roles 2008: 4905-2008; Roles 2009: 6934-2009, 9521-2009, 9758-2009; Roles 2010: 1618-2010, 4001-2010, 6305-2010, 7918-2010; Roles 2012: 1258-2012, 2573-2012, 2958-2012, 5116-2012; Roles 2013: 2866-2013; Roles 2014: 3501-2014, 6868-2014, 11.835-2014, 18.011-2014, 21.413-2014, 23.683-2014, 25.003-2014, 28.451-2014, 29.375-2014, 31.242-2014; Roles 2015: 2304-2015, 4314-2015, 6996-2015, 10.772-2015, 22.719-2015, 26.838-2015.

De los controles analizados en el capítulo anterior; tanto los que buscan inhibir al persecutor de obtener prueba ilícita o los de carácter jurisdiccional para que no se introdujera dicha prueba, no actuaron como tal, ni cumplieron propiamente su deber de control y como consecuencia se introdujo prueba ilícita al juzgamiento penal, la que se valoró positivamente y fue considerada para condenar.

Una similitud que podemos encontrar en aproximadamente el 70 por ciento de los fallos es que el acto o diligencia vulneradora aconteció en la etapa preparatoria del procedimiento penal, al no ser excluida en la audiencia de preparación de juicio oral, siendo que esta es la oportunidad idónea para su exclusión.⁹⁹

De estos 31 fallos sólo en el 6% el Juez de Garantía excluyó la prueba maliciosamente obtenida, resolución que posteriormente fue revocada por las Cortes de Apelaciones respectivas, previa solicitud del Ministerio Público y por tanto, nuevamente introducida al proceso.¹⁰⁰

Los casos que más nos llaman la atención y a la vez nos preocupan son aquellos en que la introducción al juicio oral de la prueba ilícita ocurre por resoluciones del Tribunal de Juicio Oral, en donde aproximadamente en el 13% de los casos, la prueba fue excluida en la audiencia preparatoria, y aun así, esta fue presentada ante el Tribunal de Juicio Oral con autorización de éste, pese al conocimiento que tenía de su exclusión en la etapa anterior.¹⁰¹

⁹⁹ De los 31 fallos acogidos por la Corte Suprema en 22 de los casos el Juez de Garantía no excluyó la prueba que fue obtenida con violación de derechos fundamentales siendo que existió la solicitud previa de la defensa (1836-2007, 678-2007, 4905-2008, 6934-2009, 9521-2009, 9758-2009, 4001-2010, 2573-2012, 2958-2012, 3501-2014, 6868-2014, 11.835-2014, 18.011-2014, 21.413-2014, 25.003-2014, 28.451-2014, 29.375-2014, 2304-2015, 4314-2015, 6996-2015, 10.772-2015, 22.719-2015).

¹⁰⁰ De los 31 fallos en solo dos las Cortes de Apelaciones revocaron la resolución del Juez de Garantía donde excluyó prueba maliciosa (1258-2012, 31.242-2014).

¹⁰¹ En 4 casos se excluye efectivamente la prueba de la audiencia de preparación de juicio oral y aun así el Tribunal decide introducirla pese a la ilicitud declarada (1618-2010, 7918-2010, 23.683-2014, 26.838-2015).

Por su parte, en el 9% de los fallos estudiados¹⁰² la defensa no tuvo conocimiento de las diligencias o actos vulneratorios; por tanto, no pudo dejar constancia de ellos en la audiencia de control de detención o pedir la exclusión de la prueba generada en la audiencia de preparación de juicio oral. Sólo se dio a conocer la prueba maliciosamente obtenida, en la audiencia de juicio oral, y agravando más la situación, el Tribunal incumplió su deber de sólo admitir en el juicio prueba oportunamente introducida y permitió que la prueba maliciosa se reprodujera en juicio y la valoró positivamente en la sentencia. Desde ese preciso momento la consideración del tribunal de la prueba maliciosa materializa la vulneración al derecho o garantía involucrada.

4. GARANTÍA O DERECHO VULNERADO

Como anteriormente señalamos, el debido proceso es una de las garantías contra las cuales se atenta cuando en el juzgamiento incluimos prueba ilícita. Esto es por el modo que hemos entendido el principio del debido proceso penal, como un derecho fundamental de toda persona, de carácter adjetivo y genérico, que viene a involucrar un conjunto de otros derechos y principios relacionados con el justo racional juzgamiento.¹⁰³

Es por esto que casi todos los recursos fallados por la Corte Suprema en razón de la causal del artículo 373 letra a), por prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, uno de los derechos que se ve involucrado es precisamente el del debido proceso. En sólo uno de los fallos la Corte Suprema consideró que la única garantía involucrada fue la inviolabilidad del hogar y el derecho a la intimidad, sin hacer alusión explícita al debido proceso.¹⁰⁴

Estimamos que si se obtuvo prueba vulnerando la inviolabilidad del hogar y el derecho a la intimidad hubo vulneración también al debido

¹⁰² En 3 de los casos estudiados la prueba maliciosa fue introducida en el Juicio, prueba que el Tribunal consideró para condenar (6305-2010, 5116-2012, 2866-2013).

¹⁰³ CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 38.

¹⁰⁴ Fallo de la Corte Suprema, Rol: 25.003-2014.

proceso, en razón que éste constituye una garantía en que el imputado se enfrentará a un procedimiento y a una investigación racional y justa.

4.1. *Derecho a un debido proceso*

Anteriormente hemos desarrollado de qué trata esta garantía y el cómo la introducción de prueba maliciosa atenta directamente contra ésta.

Al definirla, hemos establecido que es una garantía de tipo genérica donde se ven comprendidas una serie de derechos como lo son la independencia e imparcialidad del tribunal, el derecho al juicio previo, el principio contradictorio o adversarial, el principio de inmediación, el derecho a la defensa, el derecho a la igualdad procesal, el principio de publicidad, la valoración probatoria (los principios a la libertad de medios, admisión probatoria y libre valoración de la prueba), el principio de fundamentación de las decisiones, el principio de celeridad, el principio de proporcionalidad, el principio de eficiencia y eficacia y finalmente el derecho a deducir recursos.¹⁰⁵

De las anteriormente mencionadas fueron algunas de ellas las que se vieron directamente vulneradas con la introducción de prueba maliciosa, pero las desarrollaremos posteriormente de manera más individual. Por ahora sólo analizaremos los fallos donde se afectó el debido proceso de modo directo, en relación a un justo y racional juzgamiento (estimamos que en muchos casos existen más que solo la garantía del debido proceso involucrada, pero al momento de pronunciar su fallo, la Corte Suprema al encontrar el primer caso de vulneración sustancial derecho, falla de acuerdo a este, no verificando en ciertos casos si existieron o no más derechos vulnerados).

En los recursos acogidos por la Corte Suprema roles 1618-2010, 7918-2010, 23.683-2014, 26.838-2015 la prueba fue excluida en la audiencia de preparación de juicio oral por estimarse que fue obtenida con vulneración de derechos fundamentales del imputado. En este caso el control idóneo establecido en el ordenamiento jurídico para la exclusión de prueba ilícita en el procedimiento penal sí funcionó. El problema que se suscita en estos cuatro recursos y el motivo por el cual finalmente se deduce, es que si bien en cada caso variaron las circunstancias, el Tribunal de Juicio Oral aceptó

¹⁰⁵ CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., pp. 40 y ss.

la presentación en esta etapa del procedimiento de la prueba que había sido excluida, y no solo permitió que esta se presentara sino que además valoró la prueba y esta valoración influyó sustancialmente en la decisión de condena del imputado, siendo que el tribunal tienen la obligación de analizar la admisibilidad de las alegaciones y las pruebas ofrecidas. De este modo fue el Tribunal de Juicio Oral el que materializó la vulneración a la garantía del debido proceso del imputado desde el momento que condena con prueba maliciosamente obtenida y que fue oportunamente excluida. Siendo este último, puesto en una posición completamente desventajosa al momento de admitirse de forma irregular la prueba excediéndose de los márgenes legalmente permitidos.¹⁰⁶

Otros de los recursos acogidos que presentan similares circunstancias en relación a actos o diligencias vulneradores de la garantía a un debido proceso se presentan en los recursos roles: 2958-2012, 3501-2014, 31.242-2014, 6996-2015. Todos los recursos anteriormente enumerados se dan en relación a delitos sancionados por Ley 20.000 sobre Tráfico de drogas y estupefacientes. Las actuaciones policiales viciadas se dan en razón de la figura del agente revelador, que por la característica de instigador delictivo, en la ley, se establecen una serie de formalidades para convenir bajo esta figura, donde necesariamente se debe proceder con instrucción del fiscal de la causa y en la forma que ha establecido la ley, es decir en este caso, el agente simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros de sustancias estupefacientes o sicotrópicas con el propósito de lograr la manifestación o incautación de drogas.¹⁰⁷

En el primer de los roles enumerados se procedió a la detención del acusado y la recolección de la evidencia de cargo fuera del ámbito de atribuciones que tenían los funcionarios policiales que intervinieron, ya que dispusieron de un informante revelador que compró drogas de forma autónoma sin la instrucción del fiscal, ni autorización previa como ordena la ley.

¹⁰⁶ En la causa rol 23.683-2014 no solo la prueba había sido excluida en la audiencia de preparación de juicio oral sino que anteriormente a esta audiencia, en el control de detención el Juez de Garantía decretó la ilegalidad de la detención.

¹⁰⁷ Artículo 25 de la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

En el segundo rol enumerado, si bien contaban con la autorización para proceder bajo la figura del agente revelador, la diligencia fue realizada fuera de los treinta días autorizados para llevar a cabo la misma. Por lo tanto, actuaron fuera del margen establecido en la ley al ser extemporáneo.

El tercer rol enumerado, causa 31.242-2014, la detención y el ingreso al domicilio del imputado se efectuó bajo los supuestos del agente revelador, el problema que se verificó con posterioridad es que no existía constancia alguna de la autorización de esta técnica en la carpeta investigativa. Una infracción clara y sustancial al deber de registro del artículo 227 del Código Procesal Penal, constancia que era indispensable tanto para la actuación misma y para garantizar el acceso a la información o contenido por parte de la defensa, para de este modo evitar “sorpresas” en el ámbito probatorio.

Y el último recurso coincidente en la vulneración a la garantía del debido proceso en el método investigativo de la ley de drogas, rol 6996-2015, donde los funcionarios policiales sin datos suficientes para proceder bajo la técnica del agente revelador utilizan la técnica investigativa aún cuando fue sólo autorizada de manera telefónica, el día de los hechos y a tres cuadras del lugar, quedando sólo constancias de la autorización en el parte policial. Y no tan sólo actuaron de este modo para utilizar esta figura, sino además no la usaron del modo estricto establecido en la ley, porque concurrieron al domicilio de la acusada y le preguntaron directamente si mantenía droga, no cumpliendo de forma positiva los fines de la figura de este agente.

Como se puede ver en las situaciones concretas en que se utilizó la figura del agente revelador, en ninguna se tuvo apego a lo establecido en la ley para realizar las diligencias, siendo errores de carácter sustancial que en la mayor parte de los casos conllevó a que el actuar policial fuera totalmente al margen de toda supervisión o dirección del fiscal responsable de la investigación. Así se le quita toda legitimidad a la actuación y las pruebas derivadas de ella al atentar contra una investigación racional y realizada con apego a la ley.

Finalmente, en relación al debido proceso, la Corte Suprema en los roles 9521-2009 y 10.772-2015 estima que se vulneró esta garantía al no respetar las formas establecidas en la ley para llevar adelante tanto un procedimiento como una investigación. En el primer de los roles enunciado, la declaración del imputado fue tomada sin el defensor y sólo en presencia del funcionario policial, quien actuó sin estar autorizado por el fiscal para

tomar la declaración, ni bajo la responsabilidad de éste. En los hechos no se verificaron las formas establecidas en la ley para tomar la declaración del imputado, atentando contra su derecho a un debido proceso, lo que significa finalmente, que toda la prueba de cargo obtenida producto de esta declaración adolece de ilicitud por vulnerar una de las garantías fundamentales del imputado. Por su parte en el recurso rol 10.772-2015 no se respetaron las normas para proceder a un control de identidad, bajo la ley vigente de la época. Ya que en los hechos el imputado circulaba como pasajero en un bus transportando marihuana prensada oculta en una maleta. Un carabiniere sin indicio alguno le pregunta al auxiliar si durante el viaje observó algo fuera de lo normal, a lo cual el auxiliar responde que uno de los pasajeros transportaba una maleta que en su interior tenía objetos similares a la forma de ladrillos. Con lo cual el carabiniere estimó que constaba con indicios suficientes para proceder al control de identidad del imputado y la revisión de sus pertenencias, encontrando supuestamente los paquetes de droga en una hipótesis de flagrancia. La Corte Suprema en el fallo del recurso establece que no existían indicios que el acusado estuviere cometiendo delito alguno, por lo que no existían supuestos para proceder a un control de identidad. El actuar policial constituye una violación al derecho de una investigación racional y justa, pues el imputado se ve sometido a actuaciones investigativas efectuadas al margen del estatuto legal pertinente.

4.2. *Derecho a la defensa*

De este derecho se colige el derecho a reaccionar frente a un ataque previo de carácter jurídico. En consecuencia, es esencial para este principio el derecho a ser oído, el derecho a la defensa material, a la información adecuada de la imputación penal y a prestar su declaración en las formas que establece la ley, entre otros.¹⁰⁸

De los recursos analizados, en siete de ellos, la Corte Suprema consideró que una de las garantías vulneradas para la obtención e introducción de prueba ilícita fue el derecho a la defensa, en distintas modalidades. Específicamente en los roles 4905-2008, 6934-2009, 9758-2009, 4001-2010, 6305-2010, 5116-2012 y 2886-2013.

¹⁰⁸ CERDA, RODRIGO. *Manual del sistema de justicia penal*, ob. cit., p. 61.

Respecto a la variante del derecho a no autoincriminarse, en el recurso rol 4905-2008 el imputado mientras conducía en estado de ebriedad, es detenido y obligado a realizarse un examen de alcoholemia, siendo que la norma sólo autorizaba que éste sea citado para concurrir ante la autoridad, no estando permitida su detención y bajo el amparo de la ley vigente en la época podía negarse a la realizarse el examen de alcoholemia. El obligarlo a realizarse este examen vulnera su derecho a no autoincriminarse constituyendo un perjuicio material afectando las posibilidades efectivas de defensa y contradicción.

En el recurso rol 6305-2010 la Corte Suprema estima que se afectó el derecho a la defensa, en su variante a la no autoincriminación, desde el momento que funcionarios de Carabineros toman declaración a un menor de edad sin practicar las formalidades propias de un control de identidad, sin contar con un abogado defensor ni lectura previa de sus derechos. Hasta ese momento y en la audiencia de preparación de juicio oral no se había materializado la vulneración sustancial al derecho, puesto que no fue conocida por la defensa esta presunta confesión del menor de 18 años, sino hasta el instante en que el carabinero que participó en la diligencia al ser interrogado como testigo en la causa expone lo dicho por el imputado al momento de su detención. De este modo, se materializa la afectación al derecho de defensa cuando el Tribunal de Juicio Oral admite la introducción de la prueba y la valora al momento de condenar.

Similar situación ocurre en el recurso rol 5116-2012, donde la declaración de un testigo presencial de los hechos no constaba en la carpeta investigativa y sólo se conoció al momento de la declaración de los funcionarios policiales en el juicio. Es la misma Corte Suprema la que se pronuncia en el sentido que el carácter de desformalizado de la investigación, de todos modos obliga al registro de la actuación y de ningún modo permite la eliminación de algún antecedente para que después sea introducido como prueba en el juicio. El análisis que plantea la Corte, que la comprensión adecuada del ejercicio del derecho a la defensa del imputado y del debido proceso conlleva las garantías mínimas de conocer en detalle la imputación y la prueba de cargo, lo que supone necesariamente el acceso a la información completa.

En el recurso rol 6934-2009 la Corte Suprema estimó que se violentó el derecho a la defensa en el momento que se practica un control de identidad,

se procede al registro de las vestimentas del sujeto sin realizar las diligencias propias de este tipo de actuación. Además, le tomaron la declaración sin abogado y sin estar autorizados por el fiscal o actuando bajo responsabilidad o autorización de él. Se afecta de este modo, el núcleo del derecho a la defensa, ya que todo enjuiciado tiene derecho a guardar silencio y que su declaración sea prestada ante un defensor o el fiscal de la causa.

Hechos muy similares se dieron en el recurso rol 9758-2009, donde los funcionarios policiales tomaron la declaración al imputado sin advertirle de su calidad, ni de su derecho a guardar silencio y a exigir la presencia de un abogado defensor. Sobre los hechos narrados bajo estas circunstancias declaran posteriormente los funcionarios policiales en el juicio oral.

Análoga situación en el recurso 4001-2010 donde policías tomaron declaración al imputado sin su defensor, fiscal o alguna persona adulta responsable, en este caso estábamos hablando de un menor de edad. Del mismo modo que el recurso planteado anteriormente, desde el inicio de la investigación el imputado tuvo la calidad de sospechoso y aun así, se interrogó en calidad de testigo. Es la misma Corte que señala que este tipo de actos de declaración o actos que son según su naturaleza inmodificables e irrepetibles, deben realizarse con la presencia del abogado defensor, del mismo modo no puede realizarse ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente, sino con la presencia de su abogado defensor.

El último caso donde la Corte Suprema estimó que se vulneró el derecho a la defensa fue en el recurso rol 2866-2013. En este el derecho involucrado no fue sólo el derecho a la defensa, sino también el derecho a conocer durante la investigación la prueba de cargo que funda la acusación, y también otros, los cuales desarrollaremos en los próximos títulos. Ahora, refiriéndonos sólo a la garantía del derecho a la defensa, ésta se estimó vulnerada en razón que el querellante presentó en su acusación particular la declaración de peritos y la prueba testimonial de las psicólogas de las víctimas, el problema en relación a estos elementos de prueba, que el querellante incorpora la declaración de los peritos como medio de prueba siendo que los informes se evacuaron siete meses después de concluida la investigación, no siendo conocidos por la defensa. En este caso esta se vio impedida de hacer un interrogatorio

efectivo, porque desconocía los hechos y circunstancias que iba a declarar la testigo en el juicio oral.

4.3. *Derecho a la igualdad ante la justicia*

El recurso de nulidad rol 2866-2013 fue anteriormente objeto de análisis debido a que el acto o diligencia vulneradora también afectó el derecho a la defensa y otras garantías. Desde el punto de vista del derecho a la igualdad ante la justicia o igualdad procesal se entendió vulnerada en el caso concreto, debido a que la prueba que se introdujo directamente en el juicio oral, que no constaba en la carpeta investigativa provocando que no pudiera ser conocida esta prueba por la defensa. El Tribunal pierde toda imparcialidad desde el momento que considera que un testigo puede declarar en el juicio oral sin la necesidad de contar con su relato en el curso de la investigación. El Tribunal, como sujeto procesal, debe conducir el procedimiento desde una posición neutral, por tanto en materia probatoria sólo puede recibir aquellas pruebas que hubieran sido ofrecidas por los intervinientes ajustándose a la legalidad vigente. De modo que lo correcto hubiera sido vetar cualquier iniciativa probatoria que se aparte de ella.

Además en el fallo, es el mismo tribunal que al extenderse sobre los relatos de peritos no comprendidos en la carpeta investigativa, deja su posición de ecuanimidad, alejándose de las expectativas de obtener una decisión jurisdiccional de carácter imparcial y equilibrada.

4.4. *Derecho a la bilateralidad de la audiencia y a la igualdad de armas*

Esta garantía se ve de igual modo vulnerada en el recurso rol 2866-2013, ya que, como hemos descrito anteriormente, la situación de incluir prueba en la audiencia de juicio que no constaba en la carpeta investigativa, deja en una posición completamente desventajosa a la defensa.

Además, se suma el hecho que Tribunal al dejar que se presente esta prueba que no se ajustaba a la legalidad vigente, materialice la vulneración al principio contradictorio o adversarial, ya que en el juicio, a la defensa, no se le dio la posibilidad real de controvertir los planteamientos del testigo.

4.5. *Derecho a la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada*

En los recursos interpuestos por vulneración al derecho de la inviolabilidad del hogar se repiten de cierto modo las diligencias o actos que produjeron tal vulneración. En ocasiones en la situación concreta se contaban con la orden de detener al imputado, pero esta orden no autorizaba para registrar el domicilio o el actuar de Carabineros de registrar e incautar; y lo justificaron en una supuesta hipótesis de flagrancia.

En los recursos rol 678-2007 y 2304-2015 existía un orden de detención en contra del imputado, pero los funcionarios policiales no solo lo aprehendieron, sino que registraron sus domicilios incautando especies que posteriormente fueron la evidencia material, valoradas en las sentencias condenatorias. En ambos casos transformaron el hecho de la aprehensión en una orden amplia de investigar, los policías se excedieron, ya que la actuación sólo consistía en la detención para ser puesto a disposición del Juez de Garantía.

Específicamente también, se vulneró el debido proceso, al no dar cumplimiento a los requisitos impuesto por la norma del artículo 215 del Código Procesal Penal, para proceder en el caso del hallazgo causal de especies sustraídas, específicamente en rol 2304-2015, ya que en este caso la norma impone la obligación a los funcionarios policiales de obtener una orden judicial para poder incautar la evidencia.

En el recurso rol 22.719-2015 funcionarios de la policía concurren hasta el domicilio por una denuncia en la que probablemente se encontrarían vehículos robados. Son autorizados para ingresar por un personal del servicio, pero para el solo efecto de verificar que en su interior no existen dichos vehículos.

En la diligencia se percatan que en el patio habían plantas de marihuana y aducen una situación de flagrancia y en virtud del hallazgo entran al domicilio, revisan los dormitorios donde encuentran armas (escopetas). La Corte Suprema acoge el recurso por considerar ilegal entrar al domicilio, aún con la autorización si no hay indicios de delito alguno. Y en el evento de considerar el hallazgo de la plantación de marihuana en una hipótesis de flagrancia, el registro del domicilio resulta desproporcionado y excesivo,

por lo que se concluye que la policía se extralimitó de su marco legal y competencia.

En el recurso rol 1258-2012 sí existía un caso de detención por una hipótesis de flagrancia, para aprehenderlo inician una persecución reduciéndolo en el living de su casa, en donde entran más funcionarios para “asegurar” el perímetro encontrando bajo una de las camas un paquete de cocaína. La hipótesis de flagrancia del artículo 129 del Código Procesal Penal sólo permite el ingreso al domicilio para efectuar la detención, no para registrar el domicilio, ni menos aún en los casos que se estime necesario “asegurar el perímetro”. Por tanto, el registro no autorizado por la ley genera en que los medios de prueba que en ese contexto recaban, constituyen prueba ilícita.

Por su parte, en los recursos rol 2573-2012, 11.835-2014, 25.003-2014 y 29.375-2014 funcionarios de Carabineros se extralimitaron en sus atribuciones de actuar autónomamente atribuyéndose facultades que no tenían.

En el recurso rol 2573-2012 funcionarios de Carabineros recibieron una denuncia anónima sobre jóvenes que vendían licores y cigarrillos en la calle, con sólo esta denuncia decidieron investigar sin informar al fiscal de turno. Empadronaron testigos para poder obtener más datos y concurrieron a los hogares de los imputados donde con autorización de los propietarios de los domicilios realizaron una diligencia de entrada y registro, deteniendo a los imputados e incautando objetos y tomando fotografías. En este caso no se verifica hipótesis alguna de flagrancias para así permitir el actuar autónomo de la policía, por tanto su actuar no corresponde al marco legal, siendo así toda la evidencia recogida en el allanamiento ilegal del domicilio, resulta ser ilícita.

En recurso acogido rol 11.835-2014 los hechos presentan cierta similitud, en donde tras una denuncia anónima funcionarios de Carabineros decidieron investigar, concurriendo hasta el domicilio del imputado y con el consentimiento de la madre de este, ingresan hasta el domicilio y solo una vez dentro le informan al fiscal del procedimiento para que éste autorice la detención. Se verifica que no se dan con las exigencias del artículo 205 del Código Procesal Penal para el acceso de los funcionarios de Carabineros al domicilio de la madre del imputado, ni tampoco estamos ante un caso de delito flagrante. Se añade a esto que la autorización obtenida para entrar y registrar el domicilio no fue con el consentimiento expreso y válido de la

propietaria, sino manipulado y viciado, ya que esta no sabía leer y manifestó su deseo de todos modos ver la orden escrita de la autoridad competente, orden que nunca existió.

En los recursos rol 25.003-2014 y 29.375-2014 las circunstancias fácticas fueron las mismas, donde funcionarios excediéndose de sus facultades, al recibir una denuncia de objetos robados y que se encontraría en el domicilio del imputado deciden concurrir hasta el lugar que se trataba de una vivienda que se encontrarían detrás del domicilio de la madre. En ambos casos, éstas autorizan y dan las facilidades para entrar a los domicilios de los imputados y estos verifican que se encontraban las especies sustraídas. En ambos casos, desde el momento que se ingresó y registro el inmueble en una forma no autorizada por la ley, las evidencias que se incautaron constituye prueba ilícita y también lo es toda la evidencia que a partir de esa diligencia se derivó.

Y el último caso rol 1836-2007 la Corte Suprema consideró que se violentó el derecho a la inviolabilidad del hogar y el derecho a la protección de toda forma de comunicación privada, ya que la evidencia obtenida por parte de un particular de material pornográfico fue en la oficina del trabajo del imputado y en uno sus computadores privados, donde el particular no tenía autorización para acceder. Es la misma Corte Suprema la que establece que; debemos entender por hogar no sólo la vivienda de la víctima, sino también las oficinas y espacios que el titular del derecho a reservado para su trabajo o uso privado. Por tanto, la evidencia obtenida por el particular no sólo vulneró su garantía de inviolabilidad del hogar, sino también el derecho a toda forma de comunicación privada.

4.6. *Derecho a la libertad personal y seguridad individual*

En todos los recursos roles 4905-2008, 6868-2014, 21.413-2014, 4314-2905 estamos frente a detenciones ilegales ya que no existía orden para detener, o no existían indicios para proceder bajo un control de identidad ni en los hechos tampoco existían alguna hipótesis de flagrancia.

En el recurso rol 4905-2008 si bien el sujeto se encontraba conduciendo bajo la influencia del alcohol, la norma en ese entonces establecía que en esos casos el funcionario de carabinero debía citarlo a comparecer ante la autoridad competente. Lo que no ocurrió en los hechos siendo el

imputado detenido para realizarse el examen de alcoholemia, aun cuando este no había prestado su consentimiento.¹⁰⁹

Por su parte en el recurso rol 6868-2014 detuvieron al imputado sin orden expedida por el Juez de Garantía competente, no encontrándose bajo hipótesis de flagrancia o en casos que la ley autoriza a detener. El vicio constituye una infracción sustancial del derecho a la libertad personal del acusado al ser detenido sin orden judicial correspondiente.

En los hechos del recurso rol 21.413-2014 los funcionarios policiales en virtud de una declaración de un testigo reservado se enteraron de un viaje que organizaba un grupo de personas para comprar marihuana. Se dirigen al domicilio del imputado y son autorizados por el encargado del lugar para ingresar al domicilio, momento en el que observan que una pareja entra a una habitación donde se percibe olor a marihuana. La mujer sale de la habitación y los funcionarios policiales le practican un control de identidad, van a la habitación y encuentran un paquete con marihuana, procediendo al ingreso por supuestamente, existir una situación de flagrancia.

Por su parte en el rol 4314-2015 a la imputada se le restringe su derecho a la libertad personal en virtud de un supuesto control de identidad por parte de funcionarios policiales. En la situación concreta no aplicaba la realización del control de identidad, sino más bien, para poder detenerla, debían contar con una orden de detención. Específicamente, no procedía la diligencia debido a que los funcionarios tenían claro la identidad de la imputada, sus características físicas y su domicilio y además porque la acusada estaba siendo objeto de una investigación, por tanto, no se cumplen con los fundamentos para proceder bajo la diligencia del control de identidad, pues no existían indicios ni denuncia previa.

¹⁰⁹ Al día de hoy por la actual regulación de la Ley 20.981 que entró en vigencia en septiembre del 2014, se permite detener a la persona que está manejando en estado de ebriedad y en caso de oponerse a la realización del examen de alcoholemia se le sancionara con una pena establecida en la misma ley. Por tanto si los hechos hubieran ocurrido en la actualidad la detención efectuada por Carabineros no sería un acto desproporcionado sino más bien, actualmente se encontraría completamente facultado.

4.7. *Derecho a la propiedad privada*

En la causa rol 18.011-2014 los funcionarios policiales incautaron una escopeta que se encontraba bajo una de las camas del domicilio del imputado, donde habían entrado previa autorización del mismo. Todo lo anteriormente, se había realizado en el marco de una investigación por el delito de receptación, siendo un hallazgo casual que el policía desconocía el armamento prohibido al interior del inmueble. En estos casos como anteriormente mencionamos, era necesario informar al fiscal a fin de obtener una autorización judicial para la incautación de lo encontrado casualmente. Como en el caso concreto no fue así, la evidencia que se obtuvo fue con inobservancia de las garantías de propiedad privada, respeto y protección a la vida privada y al debido proceso en relación a una investigación racional y justa.

4.8. *Derecho a la intimidad*

En los roles 21.413-2014 y 25.003-2014 la Corte Suprema consideró que las diligencias investigativas atentaron contra el derecho a la intimidad. En ambos casos, funcionarios de Carabineros procedieron a la recolección de evidencia incriminatoria, atribuyéndose facultades que no tenían, ingresando a los domicilios y procediendo a su registro, vulnerando directamente el derecho a la intimidad de los imputados dentro de sus domicilios.

4.9. *Derecho a ser presumido inocente*

En el recurso rol 28.451-2014 funcionarios de Carabineros tomaron declaraciones al imputado en calidad de testigo y además le tomaron muestra biológicas bajo engaño, sin informarle sus derechos a ser asistido por un abogado, a guardar silencio y no autoinculparse. Todas estas diligencias los funcionarios las realizaron sin contar con una orden de investigar. Todo lo antes mencionado afectó directamente su derecho a ser presumido inocente, tanto en el trato aparente como testigo, siendo que era el principal sospechoso de haber participado en los hechos.

5. CONCLUSIONES GENERALES DE LA JURISPRUDENCIA CITADA

Es difícil dar conclusiones generales de los casos anteriormente señalados, porque cada uno tiene circunstancias propias y diferentes que hacen que la vulneración al derecho y garantía sea distinta.

No cabe duda que en todos los casos mencionados, el error fue valorar prueba obtenida de forma maliciosa y considerarla para condenar. Error que provoca la interposición del recurso de nulidad y que la Corte Suprema intenta remediar al acogerlo. Así, se da la posibilidad al imputado de ser sometido nuevamente a un nuevo juicio justo y donde se dictará una sentencia que se ampare en una prueba obtenida de forma legal, respetuosa de los derechos y garantías fundamentales.

Respecto a las cifras de los recursos interpuestos y conocidos por la Corte Suprema desde la reforma, vemos una notoria diferencia entre los primeros siete años y los siguientes hasta el 2015. Consideramos como un factor objetivo que la diferencia numérica se debe a la reforma que se concretó a nivel nacional a partir del 2005, lo que influye sustancialmente en el número de recursos que se interpusieron ante la Corte Suprema. El resto de los factores que podríamos considerar, ninguno tiene un sustento objetivo o que pudiéramos concluir a partir de la jurisprudencia citada.

Ya señalamos que sólo a partir del 2007 se presentan recursos acogidos por la causal del 373 letra a) por incluir en el juzgamiento prueba maliciosa. Desde esa fecha hasta el 2015 sólo se han acogido 31 recursos en esta materia, lo que es un número reducido en quince años de la reforma, pero que también los factores del pequeño número son variados. Sólo a modo de ejemplo puede influenciar el gran número de recursos que la Corte estima inadmisibles, en donde hasta el 2013 ascendía a 976.¹¹⁰

¹¹⁰ HORVITZ, MARÍA INÉS. *El recurso de nulidad en materia penal jurisprudencia de la Corte Suprema Años 2001-2013*, ob. cit., p. 24.

5.1. Conclusiones en relación a las garantías involucradas al introducir prueba ilícita

En estos 31 fallos las garantías o derechos vulnerados de forma sustancial son diferentes. La más vulnerada, a criterio de la Corte Suprema, es la del debido proceso, fundamento para acoger los recursos en 30 de los casos.

Tenemos claro de algún modo que la garantía del debido proceso envuelve todo el procedimiento y es la que nos asegura que toda sentencia de los Tribunales Penales se funda en un proceso previo legalmente tramitado. Y por tanto, ningún proceso en donde se vulneró derechos para obtener prueba es fruto de un debido proceso y de una investigación racional y justa.

Dentro de la garantía del debido proceso se encuentran inmersos otros derechos o garantías y que en este caso analizamos porque fueron vulneradas en 19 ocasiones al momento de incluir prueba maliciosa. En diez recursos la Corte Suprema estimó que se había violentado la garantía del debido proceso propiamente tal, en un fallo se atentó contra la garantía de igualdad ante la justicia, en un fallo se vulneró el derecho a la bilateralidad de la audiencia y en siete ocasiones estimó que se había atentado contra el derecho a la defensa.

En todas las situaciones se dan presupuestos fácticos distintos y sólo en algunos casos equiparables, pero podemos concluir que el acto o diligencia vulneradora se debió a que no se respetó lo establecido en la ley con el fin de llevar adelante cada diligencia para la obtención de material probatorio. Como el proceso penal es en sí tan violento, tal limitador o vulnerador de derechos es el propio legislador que en un trabajo minucioso establece la forma en que se debe limitar o vulnerar para no atentar contra el núcleo esencial de cada derecho. De modo que cuando alguno de los agentes estatales que participan del proceso actúan al margen de la ley, atenta contra el debido proceso y vulneran derechos y garantías fundamentales.

En 4 ocasiones se obtuvo prueba maliciosa fruto de la detención ilegal del imputado, en donde la diligencia o actuaciones para obtener prueba del ilícito vulneró el derecho a la libertad personal y seguridad del individuo. Lo que tienen en común estos recursos fue que el actuar policial se fundó, o en el control de identidad, o en que los imputados realizaban actos que correspondían a una hipótesis de flagrancia. La Corte Suprema al acoger los

recursos desestima el fundamento de los agentes policiales para proceder y más bien concluye que todo se debió al actuar autónomo, desproporcionado y fuera de la ley por parte de Carabineros.¹¹¹

De los 31 recursos analizados en 9 ocasiones el derecho que la Corte Suprema estimó que había sido vulnerado de manera sustancial fue el de la inviolabilidad del hogar del artículo 19 número 5 de la Constitución Política de la República. Es en este mismo artículo donde se establece que el hogar podrá allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse sólo en los casos y en las formas establecidas en la ley.

Fueron los casos y las formas establecidas las que en la hipótesis de hecho no se dieron, el punto coincidente en los 9 fallos encontrados en esta materia, es que el actuar de funcionarios de Carabineros no guardó apego a la ley en relación a las normas de entrada y registro de los artículos 204 y siguientes del Código Procesal Penal.¹¹²

Por tanto, al no respetar las normas señaladas en la ley, vulneran la garantía a la inviolabilidad del hogar y ésta al ser vulnerada no podrá tomarse en consideración la prueba obtenida en juicio a partir de esta diligencia. Esto es lo que acontece en muchos casos, que a partir de la diligencia defectuosa y en relación a la “*doctrina del fruto del árbol envenenado*” que la incautación de los objetos comisados o fotografías tomadas tampoco podrán incluirse como elemento de prueba en el proceso.

En dos del total de fallos analizados la Corte estimó que uno de los derechos vulnerados fue el de la intimidad. En estos casos se procedió

¹¹¹ Tanto la diligencia del control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal y las normas del 129 y 130 de los casos de flagrancia fueron objeto de la reforma de la Segunda ley de agenda Corta Antidelincuencia N° 20.931, que entro en vigencia el 5 de julio del 2016. En donde el criterio de la Corte Suprema para estimar que una actuación se hizo al margen de la ley puede variar en relación a los cambios normativos que existe en la materia. Esta ley pudo ser un intento de disminuir el actuar desproporcionado de policías al realizar diligencia y ampararse así bajo estas figuras o lo que sería un lastimoso propósito, brindarle legitimidad a actuaciones que no la tienen.

¹¹² Producto de la modificación también de la Ley 20.931 se amplían las hipótesis bajo las cuales se puede ingresar a un lugar cerrado y en las que se puede registrar sin orden judicial previa.

supuestamente bajos las formas descritas en la ley para actuar, pero en la diligencia misma los funcionarios policiales se excedieron de sus facultades violentando el derecho en cuestión. En los dos casos en que el tribunal falla de este modo, el derecho a la intimidad no fue el único vulnerado, generalmente va acompañado a la vulneración del debido proceso y de inviolabilidad del hogar.

En uno de los fallos admitidos por esta causa en la cual se consideró que el derecho vulnerado fue el de ser presumido inocente en conjunto con la también vulneración al debido proceso que consistió en no cumplir con las formas establecidas en la ley para tomar una declaración y realizar exámenes biológicos.

Por último, la garantía que el tribunal consideró violentada en uno de los fallos fue la del derecho a la propiedad en relación al hallazgo casual de especies encontradas que no tenía relación con el delito que las policías estaban investigando. En este caso, los policías incautaron las especies sin cumplir con lo establecido en el artículo 215 en donde para proceder a incautar debían contar con autorización judicial previa.¹¹³

Es así como no podemos señalar un factor común para sintetizar el modo en el que se violentó el derecho y garantía, pero no cabe duda que la materialización se da cuando la prueba ilícitamente obtenida es valorada por el tribunal y la toma como uno de los motivos y consideraciones determinantes para condenar.

5.2. Conclusiones en relación a los controles del proceso penal

Los controles, ya analizados, tienen por fin desincentivar al persecutor penal de obtener prueba con vulneración de garantías fundamentales o los controles propiamente jurídicos que ejerce el Juez de garantía o el Tribunal

¹¹³ En la actualidad con la reforma introducida por Ley 20.931 en específico en esta materia, en el artículo 215 del Código Procesal Penal, se faculta a los funcionarios policiales de incautar la evidencia de otro hecho punible con la sola condición de informar de inmediato al fiscal, cambiando el requisito que exigía antes la ley, de que para poder incautar se necesitaba orden judicial previa.

de Juicio Oral para no introducir al juzgamiento aquella prueba que en su obtención vulneró derechos y garantías individuales de modo sustancial.

De los controles estudiados, el principal y que se da en la etapa por excelencia para excluir prueba en el juicio es en la audiencia de preparación del juicio oral. Pero de los 31 recursos estudiados en sólo seis el Juez de Garantía excluyó prueba ilícita y en los 25 casos restantes la prueba vulneradora traspasó esta audiencia contaminando así el juicio oral. El problema que este control no funcione es que el resultado será la anulación del juicio por medio del recurso de nulidad, ya que el Tribunal de Juicio Oral no tiene medios para rechazar aquella prueba que fue admitida en la audiencia de preparación de juicio oral, este tribunal no tiene potestad para excluir este tipo de prueba, salvo la tesis jurisprudencial que estima que el Tribunal de Juicio Oral tiene la posibilidad de valorar negativamente la prueba maliciosamente obtenida.

Otro de los factores que nos llamó la atención fue el doble error del que puede ser víctima el imputado, aunque suene paradójico. Esto se da cuando el primer error del Estado es propasarse en sus facultades y vulnerando derechos para la obtención de pruebas, siendo esta situación controlada en la audiencia de preparación de juicio oral, procediendo a la exclusión (a esa altura se ha controlado el error del Estado). Pero el segundo error que puede pasar en un proceso, y que se da en 4 de los 31 casos estudiados, es que siendo la prueba excluida en la audiencia de preparación de juicio oral, el Tribunal de Juicio Oral, sabiendo el carácter de ilegítimo que tiene la prueba, la valora, acepta que se presente en juicio y condena de acuerdo a ésta, materializando la primera vulneración que había sido subsanada por la exclusión de la prueba en la etapa anterior.¹¹⁴

Este es un error de proporciones porque reviste de una doble ilegalidad; la primera, el acto mismo vulneratorio de derecho para la obtención

¹¹⁴ Hacemos el alcance respecto a este punto que en dos casos el Juez de Garantía hizo una exclusión temática de antecedentes del elemento de prueba, de este modo solo se excluyó, en la audiencia de preparación de juicio oral, solo aquella información que en su obtención vulneró derechos fundamentales, para que así se pueda presentar en el juicio oral aquella información del elemento de prueba que no estaba contaminada. Roles: 1618-2010, 7918-2010.

de pruebas y; el segundo, que el Tribunal de Juicio Oral valore prueba especialmente excluida, contraviniendo directamente la norma del artículo 295 del Código Procesal Penal, donde con claridad señala que los hechos y circunstancias podrán ser probados por cualquier medio producido e *incorporado* en conformidad a la ley.

Esta misma norma se vio vulnerada, materializando la violación de derechos en la obtención de prueba cuando el tribunal admite en juicio prueba que no fue ofrecida en la audiencia de preparación de juicio oral, sino directamente introducida en dicho juicio, atentando directamente con el derecho de la defensa de conocer la prueba de cargo. Esta situación se da en 3 casos de los 31 analizados donde el juez permite que se presenten elementos de prueba que no fueron incorporados en conformidad a la ley.¹¹⁵

V. Conclusiones finales

Ferrajoli nos enseña que *“Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a una pena”*.

Esta frase engloba el propósito con el cual iniciamos este estudio, el propósito de demostrar que es un error del Estado condenar a una persona con prueba que atentó contra sus derechos y garantías fundamentales.

Este error es lo que el Estado intenta prevenir a través de los diversos controles estudiados, llegando a la conclusión que el mecanismo idóneo para excluir aquella prueba maliciosa es la exclusión de prueba en la audiencia de preparación de juicio oral, figura con la cual el Estado nos garantiza que si se vulneraron derechos para obtener material probatorio, este material será excluido del juicio.

El problema que evidenciamos en los 31 recursos de nulidad acogidos por la Corte Suprema, es que este control idóneo no funcionó y, por tanto, este tipo de prueba fue parte de la sentencia, influyendo sustancialmente en la decisión de condena.

¹¹⁵ Roles 6305-2010, 5116-2012 y 2866-2013.

Pero es aquí donde se vuelve a demostrar que el Estado considera un error obtener el conocimiento de los hechos y condena a través de prueba ilícita, estableciendo como remedio el recurso de nulidad para así subsanar el error de condenar con prueba maliciosa.

Desde la reforma procesal penal, en 31 ocasiones, el máximo tribunal de nuestro país consideró que se condenó con prueba vulneradora. En 31 ocasiones los mecanismos con que el Estado intentó prevenir la introducción de prueba ilícita no surtieron efecto; teniendo que ser el último mecanismo de control contemplado, el recurso de nulidad, el medio a través del cual el Estado subsanó el error de condenar con prueba maliciosa.

A través del análisis de los recursos de nulidad interpuestos en estos quince años, es que también evidenciamos el rostro negativo del sistema, el cómo los persecutores penales con el fin de alcanzar la verdad y cumplir con su labor investigativa vulneran sustancialmente derechos y garantías del imputado; trayendo una serie de perjuicios al procedimiento penal, afectando el debido proceso, la eficacia y eficiencia del mismo y una serie de garantías, en momento que se obtiene material malicioso, éste contamina todo el proceso y en el caso de no ser detenida a tiempo por los controles del ordenamiento jurídico, puede llegar a ser motivo de no solo anular la sentencia, sino todo el juicio oral.

Es así como evidenciamos que los diversos controles establecidos en las respectivas etapas no cumplen los fines para los cuales se crearon. Muestra de ello, es que en varios casos en el etapa preparatoria no se dio lugar a la objetividad, a la visión profesional y científica de la investigación; así como en la etapa intermedia el juez de garantía no cumplió el deber de excluir prueba maliciosa y el doble error que también pudimos ver, que pese a ser excluida la prueba maliciosa, el Tribunal de Juicio Oral admite su presentación, la valora, siendo un elemento sustancial en su decisión de condena.

Hemos establecido que el Estado a través de la garantía epistémica, vela por no cometer el error de incluir prueba que lleva a un conocimiento malicioso, siendo la regla de exclusión la herramienta contemplada por el ordenamiento para prevenirlo. Pero, en una posición ideal, consideramos que hubiera sido idóneo plantear el análisis en la teoría que el Estado no tuvo que utilizar el recurso de nulidad para subsanar errores, que no tuvo que utilizar el recurso de nulidad para restablecer el imperio del derecho,

que en ningún caso en nuestra República Democrática, a un individuo se le vulneraron derechos y garantías para obtener en su contra material probatorio.

Este sería nuestro sistema procesal penal ideal, un sistema que a toda costa minimice el error en el juzgamiento, de modo que el motor epistémico que estudiamos en esta investigación sea el margen para las decisiones condenatorias, sea el margen para decisiones justas, el margen para un proceso que vela y garantiza en todo momento el imperio de los derechos fundamentales.

Finalmente esperamos que este trabajo haya dejado claro al lector el deber que tiene el Estado de no introducir prueba maliciosa, y que el análisis de los fallos no haya sido solamente una herramienta para verificar el recurso de nulidad como el último medio para subsanar el error, sino que también el análisis de estos recursos sea un medio para que tales errores no se vuelvan a cometer en el juzgamiento, y de esta manera veamos el proceso penal como un medio justo y realmente eficaz para brindar por una parte justicia a las víctimas de delitos y un debido proceso a quien el Estado considera culpables.

Bibliografía

- AGUILAR, MIGUEL ÁNGEL. “La prueba ilícita en el sistema acusatorio en México”. Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/default/files/Lecturas/Ensayo%20LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20SISTEMA%20ACUSATORIO%20%28Mag.%20Aguilar%29%20Modulo%20VII.pdf> [8-11-2016].
- ALEX, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- ALSINA, HUGO. *Las nulidades en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1958.
- CAROCCA, ÁLEX. *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno*. Editorial LegalPublishing, Cuarta Edición, Santiago, 2008.
- CORTEZ, GONZALO. *El recurso de nulidad*. Editorial LexisNexis, Segunda Edición, Santiago de Chile, 2006.

- CERDA RODRIGO. *Valoración de la prueba. Sana crítica*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2008.
- CERDA, RODRIGO. “El Estado Jurídico de Inocencia y sus Manifestaciones Concretas en el Proceso Penal”. *Revista de Justicia Penal* N° 4. Editorial Librotecnia, Santiago, 2009.
- CERDA, RODRIGO. “La prueba ilícita y la regla de exclusión”. *Revista de la Justicia Penal* N° 6, octubre 2010. Santiago.
- CERDA, RODRIGO. “La averiguación de la verdad como fin del proceso penal”. *Revista de la Justicia Penal* N° 8, Editorial Librotecnia, 2012.
- CERDA, RODRIGO. *Juicio fáctico en las sentencias penales*. Editorial Librotecnia, Santiago, 2016.
- DELGADO, LUIS. *La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia*. Universidad de Burgos. Disponible en: http://www.te.gob.mx/ccjel/iv_obs/materiales/LUIS%20DELGADO.pdf [8-11-2016].
- DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIÁN. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago, 2002.
- ECHEVERRÍA, ISABEL. *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2010.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ, JORGE. *Las prohibiciones probatorias como límite al descubrimiento de la verdad en el proceso penal*. XII Edición de los cursos de postgrado en derecho de la Universidad de Castilla – La Mancha (Toledo), Ciclo 2013.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR. *La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2004.
- HORVITZ, MARÍA Inés. *El Recurso de Nulidad en Materia Penal Jurisprudencia de la Corte Suprema Años 2001-2013*. Centro de Estudios de la Justicia, Santiago, 2015.
- HORVITZ, MARÍA INÉS y LÓPEZ, JULIÁN. *Derecho procesal penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Tomos I y II, Santiago, 2002.
- LAUDAN, LARRY. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LIZAMA, MARCELA. *Exclusión probatoria por ilicitud en el ordenamiento jurídico procesal chileno*. Universidad Autónoma de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales, 2010.
- MAIER, JULIO. *Derecho proceso penal, fundamentos*. Editores del Puerto, segunda edición, Buenos Aires, 1996.

- MATURANA, CRISTIAN. “Aspectos generales de la prueba”. Apuntes de clases, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 2006.
- TARUFFO, MICHELLE. *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- TARUFFO, MICHELLE. *Consideraciones sobre prueba y verdad, La prueba en el nuevo proceso penal oral*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.
- TARUFFO, MICHELLE. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CS, Rol 678-2007, del 06 de junio del 2007.
- CS, Rol 1838-2007, del 11 de junio del 2007.
- CS, Rol 4905-2008, del 20 de noviembre del 2008.
- CS, Rol 6934-2009, del 23 de diciembre del 2009.
- CS, Rol 9521-2009, del 12 de abril del 2010.
- CS, Rol 9758-2009, del 13 de abril del 2010.
- CS, Rol 1618-2010, del 31 de abril del 2010.
- CS, Rol 4001-2010, del 24 de agosto del 2010.
- CS, Rol 6305-2010, del 19 de octubre del 2010.
- CS, Rol 7918-2010, del 21 de diciembre del 2010.
- CS, Rol 1258-2012, del 04 de abril del 2012.
- CS, Rol 2573-2012, del 16 de mayo del 2012.
- CS, Rol 2958-2012, del 06 de junio del 2012.
- CS, Rol 5116-2012, del 05 de septiembre del 2012.
- CS, Rol 2866-2013, del 17 de junio del 2013.
- CS, Rol 3501-2014, del 07 de abril del 2014.
- CS, Rol 6868-2014, del 13 de mayo del 2014.
- CS, Rol 11835-2014, del 23 de julio del 2014.
- CS, Rol 18011-2014, del 13 de agosto del 2014.
- CS, Rol 21413-2014, del 22 de septiembre del 2014.
- CS, Rol 23683-2014, del 22 de octubre del 2014.
- CS, Rol 25003-2014, del 11 de diciembre del 2014.
- CS, Rol 28451-2014, del 30 de diciembre del 2014.
- CS, Rol 29375-2014, del 08 de enero del 2015.
- CS, Rol 31242-2014, del 29 de enero 2015.
- CS, Rol 2304-2015, del 01 de abril del 2015.
- CS, Rol 4314-2015, del 02 de junio del 2015.

- CS, Rol 6996-2015, del 23 de julio del 2015.
- CS, Rol 10772-2015, del 24 de septiembre del 2015.
- CS, Rol 22719-2015, del 16 de diciembre del 2015.
- CS, Rol 26838-2015, del 12 de enero del 2016.

