



MARC 375
RW 90620
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



MAG
B321p
[2012]

TESIS MAGISTRAL
"PROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA
DE DESCARGO EN CHILE"



MAG
B321p
[2012]

Nombre del Tesista: Osvaldo Antonio Basso Cerda
Profesor Patrocinante: Claudio Meneses Pacheco



ÍNDICE

Introducción	05
1.- Aspectos teórico-dogmáticos de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.	09
1.1.- Delimitación de la expresión "exclusión de prueba ilícita".	09
1.1.1.- Noción de "exclusión".	10
1.1.2.- Noción de "prueba ilícita".	12
1.1.3.- Noción de "garantías fundamentales".	14
1.2.- Estado de la cuestión en la doctrina nacional.	16
1.2.1.- Exclusión de prueba ilícita en la doctrina nacional.	18
1.2.1.1.- Fundamentos de la exclusión de prueba ilícita en la doctrina nacional.	18
1.2.1.2.- Excepciones a la exclusión de prueba ilícita admitidas por la doctrina nacional.	20
1.2.1.3.- Exclusión de prueba ilícita de cargo proveniente de particulares en la doctrina nacional.	21
1.2.1.4.- Exclusión de prueba ilícita de descargo en la doctrina nacional. El rechazo de los autores.	24
1.2.1.5.- Concepto de exclusión de prueba ilícita de descargo en la doctrina nacional.	27
1.2.1.6.- Fundamento de la exclusión de prueba ilícita de descargo en la doctrina nacional.	28
1.2.2.- Planteamiento del problema. Críticas.	29



1.3.- Revisión del fundamento de la exclusión de prueba ilícita. Aproximaciones.	32
1.3.1.- Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo. Afectación del Derecho a la Prueba.	36
1.3.1.1.- Casos en los que procede la exclusión de prueba ilícita de descargo. Morigeraciones.	39
1.3.1.1.1.- El principio de proporcionalidad como principal criterio morigerador de interpretación.	42
1.3.1.1.2.- La inexigibilidad de otra conducta como criterio auxiliar y dirimente de interpretación.	51
1.3.1.2.- Casos en los que no procede la exclusión de prueba ilícita de descargo.	53
1.3.2.- Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares. Casos en que procede.	54
2.- Soporte legal y constitucional de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.	57
2.1.- Soporte legal de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.	57
2.1.1.- Legitimado activo para impetrar exclusión de prueba ilícita de descargo.	58
2.1.1.1.- Exclusión de oficio de prueba ilícita de descargo.	61
2.1.2.- Oportunidad para impetrar la exclusión de prueba ilícita de descargo. Debate y examen previos.	63
2.1.2.1.- Exclusión de prueba ilícita de descargo en la audiencia de juicio oral.	64
2.1.2.2.- Exclusión de prueba ilícita de descargo en la audiencia del artículo 343 del CPP.	66



2.1.3.- La resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud.	67
2.1.3.1.- Fundamentación de la resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud.	68
2.1.3.2.- Impugnación de la resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud.	70
2.2.- Soporte constitucional de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.	73
3.- Jurisprudencia de los tribunales y aspectos prácticos de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.	79
3.1.- Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.	80
3.2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile.	82
3.3.- Jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso.	87
3.4.- Aspectos prácticos de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.	92
3.4.1.- En etapas previas a la judicialización. Principio de objetividad.	92
3.4.2.- Ante el juez de garantía.	93
3.4.3.- Ante el tribunal de juicio oral en lo penal.	94
3.5.- La prueba ilícita de descargo mixta del co-imputado incompatible.	95
Conclusiones	XX
Bibliografía	XX



INTRODUCCIÓN

A la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, según sabemos por su supremacía, deben ajustar su accionar no sólo los agentes o titulares de los órganos estatales, si no también todos aquellos que no detenten poderes públicos. Al estar inmersos dentro de un ordenamiento jurídico irradiado por su fuerza normativa, tanto a unos como a otros, les está vedado vulnerar sus preceptos y los que le siguen en la estructura jerárquica de normas; *ergo*, la necesaria juridicidad existente en un estado de derecho adquiere un rol trascendental imposible de no resguardarse de insospechados ataques.

Las garantías fundamentales consagradas por la Constitución, tratados internacionales o leyes ordinarias en su caso, en tanto forman parte relevante del ordenamiento jurídico, deben observarse por toda persona, institución o grupo, y corresponde a los tribunales de justicia asegurar su irrestricto respeto, ponderar los valores en juego si hubiere conflicto y abstenerse de dictar sentencia sobre la base de desproporcionadas vulneraciones.

Graves consecuencias surgen, *intra processum*, al procurarse –extramuros- fuentes de prueba de manera contraria a derecho o al margen de la juridicidad, elementos que, de ser obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, no lograrán transformarse en medios probatorios aptos para ser valorados en juicio por los jueces del fondo, pues sobre sus hombros pesa el imperativo constitucional de fundar sus fallos en un proceso legalmente tramitado y, por sobretodo, racional y justo.

Dentro de este orden de ideas, resulta lógico sustentar –indistintamente- que al interviniente o un tercero ajeno al proceso penal, que logró un elemento probatorio a costa



de la vulneración de garantías básicas de otro, se le prive de esa evidencia en juicio como corolario de su ilegítima transgresión. No obstante, por las razones que veremos, la escasa doctrina nacional que se ha pronunciado sobre el tema, de manera fuerte y clara a la vez que unánime, sostiene que la prueba de descargo obtenida con inobservancia de garantías fundamentales debe pasar el filtro de relevancia probatoria sin más y ser valorada por el tribunal de juicio oral, negando toda posibilidad de exclusión, y excepciones. En el mismo sentido se pronuncia la poca jurisprudencia nacional, que ya analizaremos.

Girando en torno a la siguiente pregunta, daremos curso al presente trabajo: *¿procede, en Chile, la exclusión de prueba de descargo obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, en la audiencia de preparación de juicio oral propia del procedimiento ordinario, por medio de una resolución del juez de garantía? Sostener la afirmativa, sistematizarla, depurarla y fundarla, pese a la opinión mayoritaria en contra, será tarea no menor en esta tesis. Se pretende, a través de ésta, revisar los fundamentos de la exclusión de la prueba ilícita valiéndonos de principios como el de igualdad, juridicidad y supremacía constitucional; morigerar la imposibilidad absoluta de excluir aquella ilícita de descargo según criterios de proporcionalidad, inexigibilidad de otra conducta o falsedad de los elementos de prueba; y circunscribir su eficacia probatoria solo a escasos y fundados supuestos.*

Analizaremos, de paso, la admisibilidad de elementos probatorios de cargo obtenidos con afectación de garantías básicas por parte de particulares, pues comparte con el imputado que obró de igual forma, la circunstancia de no haberse prevalido de las policías, agentes públicos, ni de órgano persecutor estatal alguno, por carecer de *ius puniendi*. También veremos el particular caso de la prueba ilícita mixta del co-imputado con defensa incompatible.



Dicho de otro modo, nos preguntaremos y responderemos si, en Chile, la prueba ilícita de descargo puede mutar, tras pasar libremente por el filtro de relevancia probatoria, en un medio de prueba apto y legítimo para ser valorado por un tribunal de la república al extremo de fundar un fallo sobre la base de actuaciones contrarias a derecho, el orden jurídico establecido y la juridicidad, transgresiones que –voluntaria o involuntariamente– ampararía e incluso fomentaría, cuando, por ejemplo: la evidencia provenga de integrantes de una organización criminal (de gran poderío fáctico y económico), que contrataron a elevado precio un perito experto en informática con el objeto de destruir, ocultar o alterar un tráfico de llamadas o transferencias electrónicas de dinero desde la base de datos de una empresa de telecomunicaciones o desde una entidad bancaria, respectivamente; cuando, por ejemplo: el líder de una entidad terrorista, prevaliéndose de un programa computacional robado a una empresa de desarrollo tecnológico, altera o adapta fotografías con el propósito de aparecer en ellas gozando de vacaciones en el Caribe justo el día de los hechos, o altera o adapta registros de audio (voces) para configurar un supuesto complot en su contra; cuando, por ejemplo: se obtienen clandestinamente las claves o *password* para ingresar “al *Facebook*” de un tercero con el fin de obtener un video que registra un cumpleaños en el que no figura presente la víctima que acusa al entrometido de sustraerle un valioso notebook durante la celebración, o cuando se ingresa a la página *Web* de un servicio público, con mandato de la víctima expirado, para recoger información sobre la dirección que ésta mantenía justo en la fecha cuando dice haber convivido con el intruso que alega lo contrario; cuando, por ejemplo: llega a manos del imputado el set fotográfico, obtenido de manera oculta desde la privada habitación de un motel, que exhibe a su mujer sosteniendo relaciones sexuales explícitas con quien luego asesinó, por el arrebató u obcecación que le produjo el mirarlas; cuando, por ejemplo: el líder de una peligrosa barra deportiva graba ocultamente la conversación previa que sostuvo con la víctima, que luego mató, en donde consta que ésta lo provocó y le profirió amenazas, para atenuar su responsabilidad; o, en fin, cuando el acusado de violación exhibe como evidencia un video captado en su



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



dormitorio, sin voluntad ni conocimiento de la víctima previamente drogada para consumir el acto, adulterado computacionalmente para hacerlo aparecer consentido. En ninguno de estos ejemplos figuran actuando agentes de las policías u organismos estatales; empero, el sentido de igualdad común ya nos adelanta una contestación a la pregunta. Si no, piénsese en aquel que acribilla a balazos a quien portaba la grabación que lo exculpaba para hacerla valer en su favor; o en el que secuestró y flageló a un menor, para que su padre le entregara el video que probaba su inocencia.

Una vez concluida la presente Introducción, el primer tema de este trabajo versará sobre los aspectos teórico-dogmáticos de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile; el segundo tratará sobre el soporte legal y constitucional de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile; y la tercera y última parte se referirá a la jurisprudencia de los tribunales y aspectos prácticos de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile. Finalizará nuestro trabajo con las Conclusiones y Bibliografía de rigor.



1.- ASPECTOS TEÓRICO-DOGMÁTICOS DE LA PROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA DE DESCARGO EN CHILE.

Pretendemos fijar, bajo este acápite y exclusivamente para los efectos de este trabajo, el alcance de la expresión "exclusión de prueba ilícita", precisando conceptos como "exclusión" donde destaca su doble faz en cuanto efecto jurídico-procesal a la vez que sanción, y delimitaremos nociones de "prueba ilícita" y "garantías fundamentales". Analizaremos el estado de la cuestión en la doctrina chilena y revisaremos los fundamentos de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita de descargo, morigerando su procedencia a determinados supuestos. Prescindiremos, de momento, de consideraciones jurídico-positivas¹ para avocarnos sólo a la dimensión teórico-dogmática del tema que nos convoca. Veamos.

1.1.- Delimitación de la expresión "exclusión de prueba ilícita".

Entendemos la exclusión de prueba ilícita como un efecto jurídico-procesal, o sanción de ineficacia, que priva a un interviniente de un elemento de prueba por resolución judicial², imposibilitando al órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre el fondo de un asunto de conocer y valorar dicho elemento que no superó el *filtro de relevancia* probatoria por haberse infringido, en su obtención, garantías fundamentales consagradas en la Constitución, tratados internacionales o simples leyes ordinarias. Cobra importancia, para estos fines, que la sentencia definitiva del tribunal esté exenta de consideraciones basadas en evidencias espurias.

¹ Tratadas en detalle en la segunda parte de esta tesis.

² Más adelante analizaremos cómo la exclusión probatoria afecta el derecho fundamental a la prueba del interviniente infractor. Véase supra 1.3.1.



1.1.1.- Noción de "exclusión".

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra "excluír" significa – en su primera acepción- *quitar a alguien o algo del lugar que ocupaba*³. Extrapolando su significado al campo probatorio *intra processum*, ese "algo" que se quita es un elemento de prueba⁴. Y se extrae del proceso, que era el lugar en donde estaba antes de su exclusión. Sugiere una conducta previa de tal gravedad que impide, como efecto jurídico subsecuente, que un tribunal conozca y valore la fuente de prueba que se ha excluido, porque salió del proceso sin que alcanzara a mutar en medio probatorio apto para ponderarse en juicio. Esa grave conducta previa que origina la exclusión es la inobservancia o infracción de garantías fundamentales⁵. *Ergo*, la fuente de prueba obtenida con tal vulneración se quita del proceso (sanción) privándose, a los jueces del fondo, de su posterior valoración en juicio como consecuencia jurídica-procesal, precisamente, de esa ilicitud⁶.

Autores como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, al pronunciarse en su obra⁷ sobre la consecuencia jurídica asociada a la obtención de prueba con inobservancia de

³ Véase versión electrónica del Diccionario de la Lengua Española de la RAE (Real Academia Española), vigésima segunda edición, disponible en el sitio *Web* de Internet: www.rae.es

⁴ Elementos de la realidad sensible, provenientes de hechos externos, internos, presentes y pasados, que derivan en "fuentes de prueba" si se ubican en un plano sensible previo y ajeno al proceso o en "medios de prueba" si se les encuentra en un plano sensible *intra processum*. Al respecto véase MENESES PACHECO, CLAUDIO en "Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil", *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008, año 14, N°2, pp. 52 y ss., cuya nomenclatura sobre elementos, fuentes y medios de prueba es la que utilizaremos en lo sucesivo de este trabajo.

⁵ Comprendiendo, como luego veremos, no sólo las consagradas en la Constitución o tratados internacionales, sino también las contenidas en la legalidad ordinaria. Al respecto véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL en "La Regla de Exclusión por Ilicitud Probatoria en Chile", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, San Pablo, Brasil, Ed. Revista Dos Tribunais, N° 85, año 18, julio-agosto de 2010, pp. 353 y ss., acápites III.

⁶ En tal sentido HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, en "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 2002, pp. 169 y 170.

⁷ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 170 a 180, autores nacionales que abordan en detalle el tema de las consecuencias jurídicas de la ilicitud.



garantías fundamentales se inclinan, luego de analizar diversas posiciones dogmáticas⁸, por la de privar de eficacia probatoria a la evidencia así obtenida impidiendo que sea admitida y posteriormente valorada dentro del proceso por el juez como efecto directo o principal⁹, aunque con morigeraciones¹⁰. Por su parte, HERNÁNDEZ BASUALTO, distingue metodológicamente entre ilicitud de base y procedencia de la exclusión, donde aquélla es un presupuesto básico a la hora de discutir sobre una eventual exclusión de prueba; es decir, sólo en la medida que exista pronunciamiento judicial de ilicitud, luego de la pertinente discusión, procede el efecto de la exclusión¹¹.

Un autor español, FERRER BELTRÁN¹², apunta con acierto hacia conceptos como la relevancia y la admisibilidad de la prueba, donde una fuente probatoria es relevante si permite al juez fundar en ella una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar; y se torna en admisible cuando pasa el *filtro de relevancia* transformándose en medio de prueba apto para ser valorado. Siendo asumido, para este autor, que la finalidad probatoria es la averiguación de la verdad, mientras más prueba relevante exista, habrá más

⁸ Las que postulan la eficacia probatoria (admisibilidad/valoración) de la prueba ilícita, por un lado; y las que impugnan la eficacia probatoria (admisibilidad/valoración) de la prueba ilícita, por otro. Por los autores que las detentan véase, por todos, HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 170 a 174.

⁹ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, atribuyen dos efectos a la declaración de ineficacia probatoria: uno directo o principal, cual es la exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido; y otro secundario o indirecto, cual es la exclusión de los elementos probatorios derivados apuntando, con esto, a la "teoría de los frutos del árbol envenenado", que luego veremos. Ob. cit., pp. 218 a 223.

¹⁰ En efecto, HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, sostienen que existe una "teoría de la ponderación de intereses", nacida en Alemania, la que, basada en el principio de proporcionalidad, propugna la imposibilidad de sacrificar el interés de averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad. Por los autores que la sostienen véase, por todos, ob. cit., pp. 175 a 178.

¹¹ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, "La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, Santiago, 2005, pp. 56 a 58.

¹² Véase FERRER BELTRÁN, JORDI, "La Valoración Racional de la Prueba", Ed. Marcial Pons, Madrid. Barcelona, Buenos Aires, 2007, Segunda Parte, pp. 61 a 90.



probabilidades de acierto en las resoluciones judiciales. Utilizando la terminología de FERRER BELTRÁN, una prueba ilícita redundaría en irrelevante y, como tal, en inadmisibles si el juez la excluye por no pasar el *filtro de relevancia* tras aplicar criterios racionales y epistemológicos suficientes, habiendo considerado toda la prueba ofrecida por los intervinientes y habiéndose sujetado todo el material probatorio –sin excepción– al paso del aludido *filtro*¹³.

Para GONZÁLEZ GONZÁLEZ, la exclusión de la fuente de prueba contaminada por la ilicitud es el efecto propio de la ineficacia de la prueba ilícita cuando se le examina por sus resultados, lo que incide en la no valoración del medio probatorio o en la anulación de la sentencia condenatoria fundada en éste último, en sus casos¹⁴.

Exclusión, en consecuencia, amén de constituirse en sanción de ineficacia por hacer perder una evidencia al interviniente infractor, es un efecto jurídico procesal que impide conocer y valorar un medio de prueba que no superó el *filtro de relevancia* probatoria al órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre el fondo de un asunto.

1.1.2.- Noción de “prueba ilícita”.

Son varios los conceptos que la doctrina ha proporcionado sobre prueba ilícita, unos amplios y otros acotados¹⁵; no obstante, los más trascendentes son los siguientes:

PELLEGRINI GRINOVER, indica que prueba ilícita de manera estricta es “*a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis,*

¹³ El *filtro de relevancia* del que habla este autor, a propósito de la admisibilidad de la prueba relevante, opera en Chile en la audiencia de preparación de juicio oral, toda vez que es en ella en donde se examina la racionalidad probatoria de los medios propuestos por los intervinientes.

¹⁴ Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit., pp. 353 y ss., acápite IV.

¹⁵ Por todos, véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA en “La Prueba Ilícita”, Ed. Legal Publishing, 4ta. edición, Santiago, 2009, pp. 17 y 18.



frequentemente para a proteçao das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sue manifestaçao que é o direito à intimidade"¹⁶. Este concepto, presentado por su autora en la década de los '90 del siglo pasado, sirvió de base para los posteriores expuestos por la doctrina chilena los que, con más o menos depuraciones aluden a la misma idea: la recogida con infracción de garantías fundamentales.

Así, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, conceptualizan la prueba ilícita simplemente como *"aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales"*, violación –señalan- ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal¹⁷. Para estos autores, *ergo*, sólo los agentes del Estado pueden vulnerar garantías fundamentales con el efecto excluyente antes visto.

Aclarando y precisando conceptos como "prueba ilícita" y "prueba irregular o ilegal", GONZÁLEZ GONZÁLEZ, apunta a la importancia práctica del concepto, y concluye que la prueba ilícita *"es una prueba que contraviene o quebranta garantías fundamentales"*, mientras que la prueba ilegal o irregular es *"la que se obtiene o produce con infracción de la simple legalidad ordinaria, sin compromiso de alguna garantía fundamental; o mejor, sin afectar el derecho en su esencia"*¹⁸. Para el autor, la distinción

¹⁶ Véase PELLEGRINI GRINOVER, ADA; "Provas Ilícitas", en *As Nulidades no Processo Penal*, Editora Revista Dos Tribunais, 6ª edición, San Pablo, Brasil, 1996, p. 131.

¹⁷ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 168 y 169. Estos autores consignan que, *"En un Estado democrático, el sistema procesal penal está interesado en averiguar la verdad, pero no puede hacerlo a "cualquier precio", lo que impone un límite ético a la actividad de persecución penal, que permite conceptualizar como "lícita" la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen la afectación de garantías fundamentales"*. Como contrapartida, veremos más adelante que la libertad de un imputado tampoco es un derecho absoluto y que, en ciertos casos, cede frente a la imperiosa necesidad que se le impone al Estado de averiguar la verdad.

¹⁸ Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit., pp. 353 y ss., acápite III. El autor agrega que los fundamentos que sustentan la distinción entre prueba ilegal y prueba ilícita radica en la naturaleza de los preceptos infringidos. Así, mientras la prueba ilegal vulnera una norma de



entre uno y otro tipo de prueba cobra particular importancia a la hora de determinar cuál de ellas produce el efecto de la exclusión, inclinándose por la ilícita más que por la ilegal.

1.1.3.- Noción de "garantías fundamentales"¹⁹.

Se aprecia, en la literatura jurídica nacional especializada, que la noción de "garantías fundamentales" está meridianamente clara a lo menos en dos aspectos: en primer término, hay acuerdo en entender por tales aquellas contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales debidamente ratificados y vigentes²⁰; en segundo lugar, hay

carácter simplemente procesal, la ilícita vulnera una norma sustancial que establece derechos fundamentales, estén consagrados en la Constitución, tratados internacionales, o en una simple ley ordinaria.

¹⁹ Para ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, las denominaciones "derechos fundamentales" y "garantías fundamentales" constituyen conceptos distintos. Entre ellos existiría una relación tutelar por parte de las garantías respecto de los derechos y se satisfacen a sí mismos, pues los "derechos fundamentales" consisten en expectativas y las "garantías" vendrían a constituir los deberes correspondientes a esas expectativas; no obstante, señala, el artículo 276 del Código Procesal Penal chileno, al referirse a "garantías fundamentales" nos habla, en realidad, de "derechos fundamentales", ob. cit. pp. 37 a 39. Para nosotros, sin entrar en distinciones, expresiones tales como "derechos humanos o fundamentales"; "garantías judiciales consagradas en la Constitución, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados y vigentes"; "garantías y derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República"; "derechos y garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales", u otras análogas, se entenderá sinónimas para los efectos de este trabajo y con ellas aludiremos a la expresión "garantías fundamentales".

²⁰ A modo ejemplar, dentro de las garantías fundamentales que en Chile derivan directamente de la Constitución, tenemos: el artículo 19, N° 3, inciso 5°, dispone: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos". También el inciso 6°, que agrega: "No se podrá presumir de derecho la responsabilidad penal". También el inciso 4° del N° 1 del mismo artículo, el cual consagra: "Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo". También el N° 7, letra f), de la misma disposición reconoce expresamente el derecho del imputado en una causa criminal a no prestar declaración bajo juramento sobre hecho propio, agregando que "tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley". Por cierto que también está la garantía de la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, establecida en el art. 19 N° 5°, donde se precisa que: "El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley"; entre otras.

Entre las garantías fundamentales establecidas en tratados internacionales contenidas, principalmente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 16 de diciembre



consenso en que no se puede determinar su alcance con precisión, por lo que toca al juez fijar su contenido, al menos, en cuanto se refieran al debido proceso²¹.

Profesores como HERNÁNDEZ BASUALTO y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, si bien concuerdan que las garantías fundamentales se encuentran principalmente consagradas en la Constitución y en tratados internacionales, agregan que en la legislación ordinaria también se presentan, particularmente las relativas al debido proceso²², por lo que niegan la posibilidad única de ser contempladas en el texto constitucional. Ahora bien, para que una norma de rango legal sea reputada como contenedora de una garantía procesal, es menester que ésta sea esencial o sustancial para "*la justa composición de la litis*"; en otras palabras, no cualquier norma legal relativa al debido proceso consagrará una garantía fundamental

de 1966 y ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"), suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, tenemos las siguientes: las del artículo 14 Nos. 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contemplan respectivamente la así llamada "*presunción de inocencia*" y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y las del artículo 8, N° 2, enunciado y letra g), de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que repite casi en los mismos términos que el tratado anterior las referidas garantías, a las que se suma la prevista en el N° 3 del mismo artículo, que impone como requisitos de validez de la confesión del inculpado que ésta sea hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

²¹ Así HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 188 y 199, siempre pensando en que sólo los actos de investigación podrían llegar a afectar garantías individuales; y HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 51 a 56, quien sostiene que las garantías del debido proceso están en una situación especial, pues se trata de un "*haz de garantías procesales, cuyo contenido específico dista de ser pacífico*", agregando que será la doctrina, pero especialmente la jurisprudencia, la que deberá ir resolviendo.

²² Entre las garantías fundamentales que se encuentran desarrolladas en la ley, tenemos, por ejemplo: aquellas que componen el Título I, Libro Primero, del Código Procesal Penal chileno, al regular principios básicos como el de juicio previo y única persecución o *non bis in idem* (artículo 1°); el del juez natural (artículo 2°); el de la exclusividad de la investigación (artículo 3°); el de presunción de inocencia (artículo 4°). También el derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g); el derecho a ser asistido por un abogado (artículo 93 letra b); el derecho a no ser juzgado en ausencia (artículo 93 letra i), entre otros.



sino sólo cuando ésta revista el carácter de esencial para la legitimidad del proceso penal²³. Así, la confesión obtenida sin previa lectura de derechos, particularmente el de guardar silencio (derecho consagrado legalmente), afecta garantías fundamentales dentro de un debido proceso, por lo que el testimonio del policía que oyó la confesión, tratándose de una prueba derivada de una ilegal, debe excluirse del juicio²⁴.

Para que un elemento de prueba, en consecuencia, sea excluido de un juicio privándose su valoración al tribunal llamado a resolver el conflicto penal, debe haber sido recogido con infracción de garantías fundamentales las que, de estar contenidas en normas de rango legal, no debe tratarse de meras infracciones que no afecten el derecho garantizado en su esencia²⁵.

1.2.- Estado de la cuestión en la doctrina nacional.

No es mucho el espacio que la doctrina chilena entrega al trato de la exclusión de la prueba ilícita de descargo, a diferencia del que otorga a la exclusión de la prueba ilícita en general (o de cargo), analizándola hasta el detalle. Pese a la importancia del tema, en escasas obras jurídicas nacionales, los autores se refieren -algunos como excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita y otros como acápite aparte- al título de la tesis que nos convoca, y lo hacen en pocas líneas. Son tajantes y unánimes en descartar, siquiera por

²³ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 54 a 56; y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit., pp. 353 y ss., acápite III.

²⁴ Como efecto secundario o indirecto de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita.

²⁵ En efecto, concordamos con GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, cuando pronunciándose al respecto, señala: "Ahora bien, cuando la prueba se obtiene o produce con infracción de la simple legalidad ordinaria, sin compromiso de alguna garantía fundamental; o mejor, sin afectar el derecho en su esencia (...), como cuando, tratándose de la inviolabilidad del domicilio, se omite extender las actas de ingreso a un recinto cerrado en que el propietario o encargado ha autorizado voluntariamente a la policía, o cuando tratándose de la entrega de evidencia, se incurre en igual omisión respecto del que voluntariamente hace la entrega; o bien, cuando pese a renunciar voluntaria e informadamente a su derecho a guardar silencio, no haya constancia de la lectura de los derechos al imputado, la prueba será simplemente ilegal o irregular, mas no ilícita, lo que impedirá la aplicación de la regla de exclusión, y en su caso la nulidad del juicio y de la sentencia, por acogimiento del recurso de nulidad". Ob. cit., pp. 353 y ss., acápite III.



excepción, la posibilidad de que una evidencia de descargo, obtenida en contravención de garantías fundamentales, sea excluida de un juicio; pues, qué interés público habrá en excluirlas si no hay agente estatal que disuadir, ni está en juego la legitimidad del *ius puniendi*, cuyo ejercicio corresponde al Estado, único que podría inobservar garantías en la actividad de investigación propia de la persecución penal, a la hora de recabar material probatorio. No obstante, para estos autores, si la infracción la cometiera un particular (como la víctima o un querellante) quien, por cierto, no detenta el *ius puniendi*, la fuente de prueba incriminatoria mal habida debería excluirse, ahora, porque el Estado no podría amparar procesalmente vulneraciones y sería él mismo quien vulneraría la garantía fundamental tornando en ilegítimo el procedimiento. Por otro lado, no resuelven el tema de la exclusión de la prueba ilícita mixta del co-imputado con defensa incompatible, caracterizada por su doble faz de cargo y de descargo, que pone en tela de juicio la viabilidad práctica del fundamento dogmático de la prevención o disuasión, también conocido como "deterrence".

En otras palabras, para la doctrina nacional que se pronuncia escasa y brevemente sobre el tema "exclusión de prueba ilícita de descargo", rechazándola, sugieren que solo al Estado y a los particulares que obtienen evidencia de cargo con inobservancia de garantías fundamentales les perjudica el efecto de la exclusión, mas no a la defensa, aunque también haya vulnerado garantías de otro en la obtención de prueba. Esto, porque el fundamento de la exclusión apunta hacia una prevención o disuasión policial y a la legitimidad del *ius puniendi*, poder punitivo cuyo ejercicio bien podría "extrapolarse" a particulares, cuando se trate de prueba de cargo.

En las próximas páginas, expondremos cómo ha reaccionado la doctrina chilena frente al tema general de la exclusión de prueba ilícita. Nos detendremos para analizar su postura respecto de la prueba de descargo, para finalmente plantear los problemas e



inconsistencias que, a nuestro juicio, se suscitarían de mantener el criterio tradicional, sin morigeraciones.

1.2.1.- Exclusión de prueba ilícita en la doctrina nacional.

Se observa acuerdo en la doctrina chilena por considerar la exclusión de prueba ilícita como un efecto jurídico procesal, o sanción²⁶, que priva de eficacia probatoria al elemento excluido, privando al tribunal llamado a resolver sobre el fondo del asunto penal de conocerlo y valorarlo, por haber sido obtenido con vulneración de garantías. Para ello, la doctrina nacional siempre tiene en mente la prueba de cargo y a los órganos del Estado como agentes transgresores durante la recopilación de material probatorio, atendido el fundamento de exclusión al que adhiere. Se complica cuando el infractor es un particular que obtiene ilícitamente prueba de cargo, no resuelve el caso de la prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible y está por la no exclusión de plano de la evidencia ilícita de descargo. Funda sus posturas dogmáticas, principalmente, en el ejercicio estatal del *ius puniendi* y su legitimación.

1.2.1.1.- Fundamentos de la exclusión de prueba ilícita en la doctrina nacional.

Bajo la denominación "*fundamento*" la doctrina trata de responder a la siguiente pregunta: ¿Por qué debemos excluir de ser rendida en juicio la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales? Veamos las principales respuestas.

Según el modo de ver de los autores HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, tres son los principales fundamentos para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita²⁷: el primero, conocido como "*criterio de confiabilidad de la evidencia*", apunta a la necesidad

²⁶ Así HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 67.

²⁷ Compartimos con ellos este aserto, no hay fundamento de exclusión que no pueda caber, con mayor o menor precisión, en alguno de estos tres criterios.



de evitar decisiones judiciales penales influenciadas por pruebas que no satisfacen exigencias mínimas de credibilidad; el segundo, conocido como "*criterio de la integridad judicial*", gira en torno de la idea de asegurar que las decisiones judiciales penales no se basen en medios ilícitos; y, el tercero, conocido como "*criterio de la prevención o disuasión*" (o *deterrence*²⁸), persigue disuadir a los agentes estatales de la persecución penal de violar garantías fundamentales en el curso de investigaciones criminales²⁹. Destacamos que, estos autores, al referirse a los dos últimos criterios (pues al primero consideran abandonado), aseguran que de ningún modo son excluyentes, sino que pueden entenderse –en conjunto– como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, cuestión que debiera inspirar la aplicación del instituto en Chile³⁰.

Para HERNÁNDEZ BASUALTO, el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita es uno esencialmente ético, antes que utilitario como el *deterrence*, y alude a la legitimidad de la acción estatal o *ius puniendi*. El ejercicio del poder punitivo del Estado, señala este autor, sólo puede legitimarse en el irrestricto respeto de garantías penales y procesales-penales de los ciudadanos³¹. Este fundamento, según consigna su autor, tampoco se opone a consideraciones utilitaristas que también se han invocado como fundamentos; en efecto, pensando en el *criterio de la prevención o disuasión*, estima que éste puede adicionarse al propuesto, pero no reemplazarlo como presupuesto principal³².

²⁸ Criterio propio de la jurisprudencia norteamericana que comprende el interés de disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas, véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 186.

²⁹ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 180 a 187.

³⁰ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 187, quienes propugnan una fundamentación múltiple para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, ob. cit. p. 225.

³¹ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 59 a 64.

³² Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 62.



Con particular interés observamos el fundamento propuesto por ZAPATA GARCÍA, quien acudiendo a criterios de supremacía constitucional y vinculación directa de la Constitución, concluye que los Tribunales de Justicia tienen un límite y un deber en relación con los derechos fundamentales: un límite, en cuanto la jurisdicción de los tribunales reconoce como restricción a su ejercicio el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; y un deber, toda vez que el ejercicio de la jurisdicción impone el deber de promover tales derechos. Así las cosas, para esta autora, los jueces incumplirán con el mandato constitucional de respetarlos y promoverlos si admiten prueba obtenida con vulneración³³. Agrega, que también se puede fundamentar la exclusión de material probatorio ilícito sobre la base del debido proceso pues, como cláusula de éste, se incluye el derecho para quien es juzgado que su condena se funde en prueba lícita (garantía primaria), debiendo excluirse, cuando corresponda, la ilícita (garantía secundaria)³⁴.

1.2.1.2.- Excepciones a la exclusión de prueba ilícita admitidas por la doctrina nacional.

Los autores nacionales, analizando jurisprudencia y doctrinas extranjeras, particularmente norteamericanas y europeas, con alguna variación formal o metodológica, y en cuanto efecto principal de su ineficacia probatoria, señalan como principales excepciones a la exclusión de prueba ilícita, a las siguientes: a) la prueba de descargo³⁵; b) la excepción de buena fe³⁶; c) la afectación de garantías fundamentales cometidas por

³³ Véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. pp. 46 a 55.

³⁴ Véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. p. 55.

³⁵ Véanse supras 1.2.1.4; 1.2.1.5; y 1.2.1.6.

³⁶ La evidencia, si bien obtenida con vulneración de garantías fundamentales por los órganos de la persecución penal, lo fue de buena fe; es decir, bajo la creencia fundada de que la conducta se ajustaba a derecho. Autores como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, ob. cit. pp. 224 y 225, y HERNÁNDEZ BASUALTO, ob. cit. pp. 73 a 75, basados en criterios de prevención o disuasión, amén del de integridad judicial, niegan la posibilidad de aplicarla en Chile. Otro tanto GONZÁLEZ GONZÁLEZ, quien aporta jurisprudencia proveniente de tribunales chilenos a sus postulados, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.



particulares³⁷. No obstante, sólo la primera de estas excepciones es aceptada como tal por los autores en Chile, ostensiblemente influenciados por criterios de prevención o disuasión, o de legitimidad del poder punitivo del Estado, a la hora de optar por fundamentos que avalen la exclusión.

Asimismo, concuerdan en señalar, como excepciones a la exclusión de la prueba derivada³⁸, a las siguientes: a) la excepción de la fuente independiente³⁹; b) la excepción del descubrimiento inevitable⁴⁰; c) la excepción del vínculo atenuado⁴¹; d) la excepción de conexión de antijuridicidad⁴². Todas posibles de aplicar en Chile, según la doctrina.

1.2.1.3.- Exclusión de prueba ilícita de cargo proveniente de particulares, en la doctrina nacional.

Bajo el acápite "*Actuaciones exclusivamente privadas*", el profesor HERNÁNDEZ BASUALTO narra los efectos procesales de un elemento probatorio de cargo obtenido -por privados- con infracción de garantías fundamentales. Como no puede fundar la exclusión de esta evidencia de cargo en la legitimidad del *ius puniendi* o en el *deterrence*, pues no estamos en presencia de agentes estatales de persecución penal, sino de particulares,

³⁷ Véase *supra* 1.2.1.3.

³⁸ Se alude a la "*teoría de los frutos del árbol envenenado*", según la cual los elementos probatorios obtenidos en forma derivada o indirecta de los habidos ilícitamente corren la misma suerte que éstos.

³⁹ Se detiene el efecto contaminante de la ilicitud ahí donde se rompe el vínculo o conexión causal existente entre prueba principal y prueba derivada.

⁴⁰ La prueba derivada de igual forma se iba a obtener por vías lícitas, a través de actos de investigación que se encontraban en curso o ya desplegados.

⁴¹ Variación de la excepción de la fuente independiente; acá, se permite admitir prueba refleja proveniente de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la prueba madre y su derivada es demasiado tenue, tanto que puede considerarse inexistente.

⁴² Si la prueba derivada es jurídicamente independiente de la vulneración del derecho, es decir, pudo haberse obtenido por medios independientes de la lesión del derecho y en la medida que el conocimiento obtenido mediante la lesión originaria del derecho no resulte indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba, no procede la exclusión de la prueba indirecta. Al respecto véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.



debiendo lógicamente aceptarse su admisión, opta por "compartir" el ejercicio del *ius puniendi* con los particulares, pues no puede sino extenderse a ellos la sanción de exclusión por sus actuaciones ilícitas. Al respecto señala: "*al admitir como prueba el fruto de la vulneración de una garantía fundamental aunque realizada por un particular, esto es, al amparar procesalmente la vulneración, es el Estado mismo el que vulnera la garantía fundamental y torna ilegítimo el proceso*"⁴³. No obstante, este autor, atenuando para estos casos su postura, consigna que hay que prestar suficiente atención a situaciones excepcionales en donde el particular comete la infracción como un acto de defensa (legítima defensa) o cuando no pudo actuar de otra manera en su obtención (inexigibilidad de otra conducta)⁴⁴.

La "extrapolación" del ejercicio del *ius puniendi* a particulares que obtuvieron prueba de cargo con vulneración de garantías, es compartida por autores como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, quienes tratando el tema como una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, desconociéndola como tal en Chile, sostienen que, bajo un criterio de prevención o disuasivo, no existirían razones para excluir la prueba obtenida ilícitamente por particulares. Mas, bajo el fundamento de la integridad judicial la solución es distinta, pues dicha integridad queda comprometida con independencia de si la ilicitud fue cometida por el propio Estado o por los particulares⁴⁵. Adhiriendo a la posición de HERNÁNDEZ BASUALTO referida más arriba, pero mirada desde una perspectiva de integridad judicial, concluyen que "*no cabe reconocer una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita por el hecho de que la afectación de garantías sea imputable a particulares y no al Estado. Resolver lo contrario resultaría, por lo demás,*

⁴³ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 65 a 67.

⁴⁴ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 67. En el mismo sentido GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, quien agrega a la legítima defensa e inexigibilidad de otra conducta, el mero azar. Ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.

⁴⁵ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 226 a 228.



particularmente peligroso en un sistema que, como el nuestro, prevé la intervención del querellante particular desde el mismo instante en que se da inicio a la investigación"⁴⁶.

También tratando este tema como excepción a la ineficacia de la prueba ilícita como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, y abordándolo bajo el epígrafe "*Actuaciones exclusivamente privadas*", como HERNÁNDEZ BASUALTO, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, aportando relevante jurisprudencia⁴⁷, se inclina por la posición de estos autores negando la posibilidad de admitir evidencia de cargo habida con infracción de garantías, negándole la calidad de excepción a la ineficacia de prueba ilícita⁴⁸.

No obstante, a nuestro juicio, los argumentos anteriores –además de explicar insatisfactoriamente la exclusión probatoria por ilicitud de la evidencia del querellante– son insuficientes cuando nos enfrentamos al caso de la "**prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible**". Como veremos en la tercera parte de este trabajo, es común encontrarse, en la práctica forense, con dos o más imputados sujetos a una misma investigación y proceso acusatorio, piénsese tan solo en los robos de cajeros automáticos mediante la técnica del "alunizaje", donde no es extraño hallar defensas incompatibles. ¿Se puede compartir el ejercicio del *ius puniendi* estatal a un co-imputado si la evidencia ilícita que este ofrece, además de ser de descargo a su respecto, lo es de cargo en relación con otro co-imputado? Le llamamos, a esta evidencia, "prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible" porque, precisamente, tiene un doble *status* de cargo y de descargo, al ser exculpatoria o atenuatoria respecto del co-imputado que la quiere hacer valer, pero a la vez también es de cargo

⁴⁶ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 228. Respecto de la posición de HERNANDEZ BASUALTO, consignan que su razonamiento lo fue desde una perspectiva de integridad judicial.

⁴⁷ Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, 18 de abril de 2008, ROL IC 1428-2008, causa RUC N° 0700683657-1.

⁴⁸ Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.



incriminatoria o agravatoria respecto de otro co-imputado. O seguimos la opinión de los autores mencionados más arriba y compartimos el ejercicio del *ius puniendi* estatal con el co-imputado que la ofrece (al igual como con el querellante en la misma situación) haciéndole extensiva la sanción de exclusión por sus actuaciones ilícitas privándolo de una evidencia de cargo, pero cuya exclusión, por ser a su vez de descargo, no es aceptada por los mismos autores, lo que nos parece ilógico; o derechamente abandonamos el criterio de prevención o disuasión (*deterrence*) acogiendo uno que nos permita razonar igualitariamente frente a situaciones similares de exclusión por ilicitud, independientemente del interviniente de que se trate. Optamos, ciertamente, por lo segundo⁴⁹. Volveremos sobre este tema en *supras* 1.2.2, 1.3 y 3.5 de este trabajo.

1.2.1.4.- Exclusión de prueba ilícita de descargo en la doctrina nacional. El rechazo de los autores.

Como se ha señalado más arriba, la escasa doctrina nacional que se ha ocupado del tema es categórica y unánime al rechazar la posibilidad de exclusión de la prueba de descargo obtenida con vulneración de garantías fundamentales, básicamente por apartarse del fundamento de la exclusión al cual adhiere: prevención o disuasión, o legitimidad del *ius puniendi*.

En efecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, bajo el epígrafe "*Exclusión sólo respecto de la acusación, no de la defensa*", aludiendo a que la exclusión de la prueba ilícita se funda en la preservación de las condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal, concluye que no es conceptualmente necesario que ésta alcance a la prueba ilícita de descargo. Señala que lo anterior "*no significa que las garantías fundamentales no deban también ser escrupulosamente respetadas por quienes actúan a favor del imputado,*

⁴⁹ Piénsese en el co-imputado inocente que sustrae desde el hogar del co-imputado culpable la evidencia que exculpa a aquél, pero que incrimina a éste.



pero las consecuencias de la infracción pueden –y deben- ser diferentes, porque en el caso en cuestión sólo está en juego la garantía vulnerada pero no –adicionalmente- la legitimidad del ius puniendi, toda vez que el ejercicio de éste no va a fundarse en la infracción; más bien al contrario, es probable que dicho ejercicio no vaya a tener lugar, precisamente a consecuencia de la obtención ilícita del material probatorio. La vulneración de garantías debe ser reprimida de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero no es necesario ni justo que además se excluya prueba, toda vez que no se ha visto afectada la legitimidad del ius puniendi: nadie va a ser condenado con fundamento en la vulneración de sus garantías fundamentales; más bien al contrario, dicha vulneración puede impedir que alguien sea indebidamente condenado.” Agrega “(...). Ver en esta solución diferenciada un menoscabo de la igualdad de armas en el proceso penal importaría sencillamente no comprender el sentido de la delicada función pública encargada a los órganos de persecución penal”⁵⁰. Pareciera, del tenor de lo transcrito, que el autor no admite excepciones, ni morigeraciones.

Por su parte, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, preguntándose “¿Puede el Estado solicitar la exclusión de prueba con base en la inobservancia de garantías fundamentales?”, responden que la afirmativa es claramente inaceptable. Fundamentan diciendo que “La temática de la prueba ilícita y de la inobservancia de las garantías fundamentales está indisolublemente unida a los excesos cometidos por el Estado en el ejercicio del ius puniendi y, fundamentalmente, en la actividad de investigación propia de la persecución penal. Si la defensa ofrece prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, más allá de las responsabilidades civiles o penales en que puedan incurrir los autores de ella, no se observan razones de interés público que justifiquen la exclusión de la prueba”. Continúan señalando que “Al Estado le corresponde sacrificar la reconstrucción de la verdad en pos del respeto a las garantías fundamentales cuando la

⁵⁰ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 64 y 65.



violación de éstas sea presupuesto de una sentencia condenatoria, porque en el conflicto entre el interés estatal en la aplicación de la pena y el interés público existente en el respeto a las garantías fundamentales debe primar este último. Pero cuando se trata de prueba de descargo, parece evidente que el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho de defensa y con un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes. La exclusión de prueba exculpatoria no cumple ninguna función de interés público, porque no previene la mala conducta de los agentes estatales en la investigación de los delitos ni preserva la integridad judicial, y no tiene, por tanto, ningún sustento constitucional aceptable"⁵¹. Estos autores tampoco admiten excepciones ni morigeraciones.

En otra parte de su obra, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, al analizar las excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita, vuelven a tratar el tema bajo título de "prueba de descargo"⁵², pero ahora como una excepción válida respecto de dicha ineficacia y con un sutil pero importante matiz: se refieren a la exclusión de prueba ilícita de descargo obtenida por el Estado o sus agentes, y no por la defensa⁵³.

Tanto HERNÁNDEZ BASUALTO como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, acuden, para reforzar sus argumentos, al principio de objetividad que debe inundar las actuaciones investigativas del Ministerio Público y a una disposición legal que concede un

⁵¹ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 215 y 216.

⁵² Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 223 y 224.

⁵³ Habiendo descartado de plano la exclusión de prueba de descargo proveniente de la actividad ilícita de la defensa, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE se preguntan si aquella proveniente de la actividad investigativa del Estado sigue la misma suerte, negando su cabida. Para estos autores, el tema no es menor, toda vez que propugnan en Chile la procedencia de exclusión de prueba de oficio por el juez.



medio de impugnación sólo al órgano persecutor en caso de exclusión de prueba de cargo por inobservancia de garantías fundamentales⁵⁴.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, acoge los postulados de HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE; y, acudiendo a PELLEGRINI GRINOVER, agrega un argumento dogmático propugnado por esta autora: *"Álem disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causa legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. Assim, na jurisprudência e na doutrina estrangeiras, tem sido vista a conducta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiro para demonstrar a própria inocência"*⁵⁵, es decir, refuerza la improcedencia de la prueba ilícita de descargo acudiendo a criterios dogmático-penales como la legítima defensa. Sin embargo, este autor, se muestra llano a morigeraciones basadas en la supremacía constitucional, vinculación directa de la Constitución y en el principio de proporcionalidad. En efecto, asegura que –este tema– no se trata de una cuestión sobre la que pueda tomarse partido sin reservas de ninguna clase, agrega que: *"Habrà de tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, y resolver sobre la base del interés preponderante. No puede olvidarse que en juego también está la supremacía constitucional, de la cual nadie puede sustraerse, ya que los preceptos de la carta magna no sólo obligan a los titulares o integrantes de los órganos estatales, sino que a toda persona, institución o grupo"*⁵⁶.

1.2.1.5.- Concepto de exclusión de prueba ilícita de descargo en la doctrina nacional.

⁵⁴ Al respecto volveremos en la segunda parte de este trabajo, cuando analicemos texto positivo.

⁵⁵ Véase PELLEGRINI GRINOVER, ADA, ob. cit. p. 135.

⁵⁶ Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.



Si bien la doctrina chilena no ofrece un concepto unívoco de exclusión de prueba ilícita de descargo, con los elementos consignados más arriba, podemos esbozar una descripción que calza con lo que se alude al revisar el tema en la dogmática: se trata de un efecto o una sanción procesal consistente en la privación desde el proceso de un elemento probatorio de descargo obtenido con trasgresión de garantías fundamentales. Para los autores nacionales aludidos en el acápite anterior, y por las razones ya vistas, este efecto o sanción de privación, no puede operar en Chile cuando se recogen evidencias de descargo vulnerándose garantías.

1.2.1.6.- Fundamento de la exclusión de prueba ilícita de descargo en la doctrina nacional.

Para HERNÁNDEZ BASUALTO⁵⁷, siendo el fundamento de la exclusión uno de carácter ético, como la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* y, en tanto éste sólo puede ser ejercido por el Estado y sus agentes, la exclusión de prueba ilícita de descargo carece de fundamento válido pues su obtención no afecta aquella legitimidad, debiendo mantenerse dentro del proceso.

Asimismo, para HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE⁵⁸ quienes, como vimos, también advierten falta de fundamento en la exclusión de prueba de descargo obtenida con infracción de garantías, aseguran que esta exclusión no cumple con ninguna función de interés público al no prevenir la transgresión de derechos fundamentales por parte de los agentes estatales de la persecución penal; en otras palabras, estos autores, adhiriendo al criterio de la prevención o disuasión, también conocido como *deterrence*, niegan toda posibilidad de exclusión de prueba ilícita de descargo, pero no explican por qué habría de

⁵⁷ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 65.

⁵⁸ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 216.



mantenerse la evidencia ilícita de cargo exculpatoria del co-imputado incompatible que incrimina a su compañero de delito.⁵⁹

1.2.2.- Planteamiento del problema. Críticas.

Los argumentos esgrimidos por la doctrina nacional para sustentar la exclusión de prueba ilícita del querellante, por lo artificial de la "extrapolación" sugerida, nos parecen insatisfactorios, pues no siempre los intereses del querellante coinciden con los del Ministerio Público⁶⁰, ni las estrategias procesales de uno y otro son siempre las mismas. A mayor abundamiento, el fundamento de la prevención o disuasión (*deterrence*) no explica, de manera lógica, el caso de la exclusión por ilicitud probatoria de la prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible, toda vez que de seguirse las premisas de dicho fundamento, tal evidencia, en cuanto de descargo, debiera mantenerse en el proceso al no detentar –el co-imputado- *ius puniendi* estatal alguno ni tratarse de un agente de la persecución penal a quien prevenir o disuadir; pero, a su vez, debiese extraerse del mismo por tratarse de evidencia de cargo, debiendo hacerse extensiva la sanción de exclusión por sus actuaciones ilícitas (como se haría con el querellante), privándolo de la misma evidencia de descargo que, según la lógica del fundamento, debiese permanecer en el proceso, lo que resulta absurdo.

⁵⁹ Otro tanto GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX., quien adhiere a la opinión de HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE señalando que la prueba de descargo no queda expuesta a exclusión.

⁶⁰ Piénsese en un caso en donde el Ministerio Público estime estar en presencia de un homicidio simple y el querellante de un parricidio, y en el cual la prueba sobre una supuesta convivencia resulta fundamental para acreditar la pretensión punitiva de éste ¿por qué habría de "compartirse" el ejercicio del *ius puniendi* al querellante si obtuvo evidencia de manera ilícita de *motu proprio* sin intervención de agente estatal alguno, máxime si se considera que su pretensión punitiva corre por carril distinto a la del fiscal, con el único fin de excluirle la prueba por excluirla? Nos parece más prudente hacer un examen proporcional previo a la exclusión y decretarla sólo si la afectación de la garantía vulnerada es superior al daño causado con la afectación al derecho fundamental a la prueba del querellante. Volveremos sobre el tema.



Ahora bien, ¿Puede el Estado, a través de los órganos que ejercen jurisdicción, amparar o fomentar la vulneración de garantías fundamentales?; la respuesta, ¿admite excepciones?; y si hubiese excepciones, ¿pueden eludir la vinculación directa de la Constitución?; *ergo*, el fundamento de la exclusión, ¿puede atentar contra el principio de supremacía constitucional?

Si seguimos el criterio de autores nacionales como HERNÁNDEZ BASUALTO, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, quienes propugnan en Chile la improcedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo, deberíamos dar respuesta negativa a la primera pregunta planteada, pues, el Estado no puede amparar ni fomentar la vulneración de garantías fundamentales a través de los órganos que ejercen jurisdicción. Empero, y aquí está el problema, deberíamos responder positivamente a la segunda cuestión sobre posibles excepciones, pero no precisamente para señalar que ante una vulneración de garantías, provenga de quien provenga, podamos ponderar y justificar su comisión en casos muy calificados⁶¹, sino que para afirmar que los Tribunales de Justicia, excepcionalmente, protegen y fomentan vulneraciones de garantías fundamentales: como cuando los agentes de la defensa obtienen material probatorio con infracción de derechos, evidencia que, por no excluirse, debe ser conocida y valorada por los jueces del fondo. Un fundamento, en consecuencia, que justifique la exclusión de prueba ilícita de descargo amparado en la prevención o disuasión del actuar ilegítimo de los órganos de la persecución penal en cuanto detentadores del *ius puniendi*, colisiona abiertamente con la supremacía de la Constitución y su vinculación directa al permitir, *contrario sensu*, la

⁶¹ En efecto, los autores nacionales que rechazan la exclusión de la prueba ilícita de descargo no dan cabida a morigeraciones, como sí lo hacen cuando se refieren a la de cargo, de lo que se infiere que, para ellos, el juez de la admisión sólo debe constatar que la evidencia ilícita que se pretende excluir sea la de descargo para aceptar su inmediata procedencia, en circunstancias que lo racional, igualitario y justo es debatir sobre su admisibilidad y ponderar, previamente, los intereses en juego.



vulneración de garantías fundamentales por ciudadanos particulares en el recogimiento de sus evidencias.

De ahí, la crítica: los órganos jurisdiccionales del Estado o Tribunales de Justicia, no pueden amparar ni fomentar vulneraciones de garantías fundamentales provenientes de ningún grupo, persona o institución, pues, al igual que a éstos, los preceptos constitucionales –por la supremacía de la Constitución y su vinculación directa- los obligan insoslayablemente, con el agregado de tener que fallar sobre la base de un racional y justo procedimiento, dentro del cual, la exclusión de una prueba ilícita debe fundarse en un criterio igualitario para todos los intervinientes de un proceso penal. No puede condenarse la violación de derechos fundamentales sólo cuando provengan de los agentes de la persecución penal, y validarla cuando la comete el imputado. El repudio de la misma debe realizarse sin distinciones. Otra cosa es que, habiendo una indeseada vulneración de garantías, esta se justifique por razones de proporcionalidad.

Siendo el Estado quien debe respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la persona humana, sus órganos jurisdiccionales –que por cierto forman parte integrante de aquél- no se libran de tal vinculante imposición, por lo que les queda vedado amparar o fomentar cualquier actuación en contrario⁶². Admitir excepciones implicaría sostener que existen grupos o individuos privilegiados con licencia para vulnerar garantías fundamentales de otro en beneficio propio o ajeno, y a quienes los preceptos constitucionales les resbalarían. Ningún fundamento de exclusión puede aceptarse, en consecuencia, si transgrede la supremacía de la Constitución y su vinculación directa. Y con mayor razón si acarrear resultados desiguales.

⁶² Los artículos 1º, 5º y 6º de la Constitución chilena son bastante claros al respecto. Véase *supra* 2.2 de este trabajo.



1.3.- Revisión del fundamento de la exclusión de prueba ilícita.

Aproximaciones.

¿Existe otra manera de fundar una exclusión de prueba ilícita que, además de no transgredir la supremacía constitucional, no atente contra el principio constitucional de igualdad? Sin pretender alejarnos de los conceptos y criterios proporcionados por la doctrina, adscribiremos a un fundamento que haga ostensible la afirmativa.

No pudiendo, los jueces, dictar un fallo sobre la base de medios probatorios habidos con infracción de garantías fundamentales, cuyo respeto deben promover a la vez que respetar, parece ser el criterio de la integridad judicial al que, de una u otra forma, llega todo fundamento de exclusión. En efecto, el ejercicio legítimo del poder punitivo estatal por parte de los agentes de la persecución penal, expuesto por HERNÁNDEZ BASUALTO⁶³, que no es más que una variante ética del *deterrence*, desemboca en una resolución judicial que termina valorando la prueba espuria no excluida convirtiendo, a los sentenciadores, en encubridores -voluntarios o no- de desaconsejables transgresiones a derechos individuales. Lo mismo ocurre con el criterio de la confiabilidad de la evidencia, y con el criterio de prevención o disuasión del que son partidarios HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE⁶⁴. Lo que se pretende con el efecto procesal de la exclusión es, principalmente, provocar consecuencias *intra processum*, evitando que los órganos jurisdiccionales basen sus sentencias en prueba mal habida, y no que los agentes del Estado las obtengan *extra processum*; pues, mientras éstos responderán penal o civilmente por sus vulneraciones (amén de la exclusión), los jueces impunemente las ampararían bajo un dudoso manto de legitimidad, lo que redundaría en un pernicioso incentivo o invitación abierta a los ciudadanos para lesionar garantías básicas, dejando agonizante la juridicidad vigente en un país. El derecho cuenta con herramientas suficientes para repeler

⁶³ Véase supra 1.2.1.4.

⁶⁴ Véase supra 1.2.1.4.



vulneraciones de garantías provenientes de agentes policiales, mas no las posee para evitar que un juez valore prueba ilícita, sino es por la exclusión⁶⁵.

El criterio de la integridad judicial, por lo demás, no es descartado de plano por autores como HERNÁNDEZ BASUALTO, y HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, pues aquél acude al mismo para reforzar el fundamento de exclusión "compartido" de prueba ilícita de cargo proveniente de actuaciones exclusivamente privadas⁶⁶, y éstos, siguiendo al primero, también⁶⁷.

A nuestro juicio, efectivamente existe otra manera de fundar una exclusión de prueba ilícita que, además de no transgredir la supremacía constitucional, no atenta contra el principio constitucional de igualdad. En el entendido de que toda transgresión de garantías fundamentales, en cuanto afecta la juridicidad vigente en un estado de derecho, está proscrita por la Constitución, que sus preceptos vinculan a todo habitante de la República, particularmente a los Tribunales de Justicia quienes deben velar por su respeto y promoción dictando fallos basados en prueba lícita y ajustados al debido proceso, y que la igualdad ante la justicia supone un trato igualitario para todos los intervinientes sometidos a

⁶⁵ En efecto, los órganos de la persecución estatal no necesitan de criterios preventivos o disuasivos para observar la Constitución. Ya están lo suficientemente prevenidos o disuadidos, por la ley penal, de cometer delitos durante la recolección de material probatorio, delitos cuyas penas, por lo demás, resultan agravadas (por su mayor desvalor) respecto de las impuestas a particulares ante el mismo supuesto fáctico. No tiene sentido fundar una exclusión en parámetros recogidos normalmente por un ordenamiento jurídico vigente, sino más bien, en evitar un fin indeseable que afecte un pilar fundamental en un Estado de Derecho: el debido proceso, en virtud del cual los órganos jurisdiccionales del Estado deben fundar sus fallos en un procedimiento previo, racional y justo, desprovisto de evidencias espurias.

⁶⁶ Véase supra 1.2.1.3.

⁶⁷ Así, HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE señalan al respecto: "Como afirma HERNÁNDEZ BASUALTO, quien razona evidentemente desde una perspectiva de integridad judicial al admitir como prueba el fruto de la vulneración de una garantía fundamental, aunque realizada por un particular, esto es, al amparar procesalmente la vulneración, es el Estado mismo el que vulnera la garantía fundamental y torna ilegítimo el proceso". ob. cit. p. 228.



un mismo proceso, no cabe sino concluir que es el criterio de la integridad judicial el que debe fundar toda exclusión de prueba ilícita, pues, como dice ZAPATA GARCÍA, a los Tribunales de justicia –por supremacía constitucional- se les impone un límite y un deber, *“Un límite, porque la jurisdicción de los Tribunales de justicia reconoce como limitación a su ejercicio el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Esta idea de límites nos habla de una restricción, de un cercenamiento, de la necesidad de ajustarse en sus acciones a algo. Por tratarse de un límite, no puede ser sobrepasado, sin infringir derechamente el mandato constitucional”*, y agrega: *“Un deber, porque al ejercicio de la jurisdicción de los Tribunales de Justicia se impone explícitamente como deber el respetar y promover los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile. Este deber no sólo implica considerar, tener miramiento, acatar, conductas contenidas en la voz respetar, sino que la exigencia es claramente de mayor categoría al sumar la voz promover, que implica tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo, en este caso, la realización de los derechos fundamentales garantizados”*⁶⁸.

ZAPATA GARCÍA, no sólo funda la exclusión en la supremacía constitucional y la vinculación directa de la Constitución, lo que compartimos; también la funda en el debido proceso, pero bajo el prisma del perseguido. En efecto, señala *“Así las cosas, concluimos que dentro de la cláusula del debido proceso se incluye el derecho para quien es juzgado, a que toda sentencia condenatoria se funde en prueba lícita –garantía primaria- y que, de presentarse prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sea excluida de ser rendida en el juicio oral –garantía secundaria-”*⁶⁹. Lo anterior no obsta, por razones de igualdad ante la justicia, extender las garantías del debido proceso al resto de los

⁶⁸ Véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. pp. 47 y 48.

⁶⁹ Véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. p. 55.



intervinientes involucrados en un asunto penal. Así, TAVOLARI OLIVEROS⁷⁰ ha concluido que, en Chile, la normativa legal vigente que soporta el proceso penal, consagra un régimen de juzgamiento y decisión denominado adversarial, y lo caracteriza por generar un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso penal frente a un tercero imparcial a quien no se le otorgan facultades de impulso ni iniciativa probatoria. El juez toma la exclusiva tarea de resolver la controversia penal a la vista de los materiales aportados por los intervinientes. Este mismo autor sustenta, que el Ministerio Público tiene efectivo derecho a un debido proceso en cuanto le corresponde, por mandato legal y constitucional, ejercer y sostener la acción penal pública ante los órganos de la jurisdicción⁷¹. En otra obra, consigna: *"la Constitución Política de la república elevó, a la condición de garantía, no solamente el derecho de las personas de no ser privadas de sus vidas, libertades, honra o propiedades sin un debido proceso de ley, sino la seguridad que las pretensiones, de cualquier naturaleza que se hagan valer ante los órganos que ejerzan jurisdicción, deberán ser resueltas después de haberse tramitado, conforme a un procedimiento justo y racional, un proceso al que la sentencia ponga fin"*. Y agrega: *"La consecuencia obvia y manifiesta consiste en que la exigencia de recibir una sentencia basada en un procedimiento justo y racional, se dispensa a todo aquél que hace valer pretensiones ante los órganos jurisdiccionales y no, solamente, al que concurre a dichos órganos en defensa de su vida, libertad, honra o propiedad"*.⁷²

⁷⁰ Véase TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, *"Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos"*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pp. 262 y 268.

⁷¹ Cfr. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, "Estatus de la Víctima en el Proceso Penal. Comentarios a dos Fallos de la Corte Suprema", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3, Universidad de Chile, 2003. Según esta autora, no existe ni un "derecho" ni una "garantía" al debido proceso por parte del Ministerio Público, el órgano del Estado en la persecución pública de los delitos, porque las garantías surgen siempre en relación a un individuo, esto es, una persona a quien se le atribuye la comisión de un delito. Ob. cit. p.137

⁷² Véase TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, "La Garantía del Debido Proceso como Causal de Nulidad a Invocar por el Ministerio Público", en la recopilación *Ministerio Público Informes en Derecho*, Santiago de Chile, 2005, pp. 269 y 270.



En definitiva, la exclusión de la prueba ilícita de descargo se fundamenta en el imperativo constitucional, dirigido a toda persona, institución o grupo, de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Siendo los órganos jurisdiccionales los llamados a proteger y fomentar tales derechos, están impedidos de fundar sus fallos sobre la base de evidencia obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, provenga ésta de donde provenga, so riesgo de alterar la igualdad ante la justicia, también consagrada por la Constitución, privando de las prerrogativas propias de un debido proceso a un interviniente distinto del perseguido penal, quien –por cierto– también espera recibir una sentencia basada en un procedimiento racional y justo, amén de provocar, por añadidura, el indeseado efecto contrario de promover los ataques a la juridicidad vigente por medio de transgresiones a las referidas garantías. De esta manera, ningún imputado o querellante, va a detenerse para respetar las garantías de otro en la obtención de evidencia que le beneficie si, ésta, de todas formas será valorada por los jueces del fondo. Lo anterior es, por tanto, un fundamento basado en el criterio de integridad judicial al que, por uno u otro lado, llegan todos los criterios que la doctrina ha elaborado, y que evidencia un marcado interés público por el respeto –de todos– a los derechos humanos.

1.3.1.- Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo. Afectación del Derecho a la Prueba.

La exclusión de la prueba ilícita de descargo, procede por la misma razón que procede la exclusión de la prueba ilícita de cargo: no pueden los jueces fundar sus fallos sobre la base de evidencia obtenida con vulneración de garantías fundamentales consagradas en la Constitución, tratados internacionales o simples leyes ordinarias, mismas que deben proteger y promover. Esto implica que el órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre el fondo de un asunto de relevancia penal, queda impedido –por la



exclusión- de conocer y valorar un medio de prueba que no superó el *filtro de relevancia* probatoria por haberse recogido con infracción, precisamente, de dichas garantías fundamentales.

Pero, ¿se vulnera, a su vez, algún derecho o garantía con la exclusión de la prueba ilícita? Por cierto; por algo, algunos autores la llaman “sanción”. Es el precio que se paga, *intra processum*, por transgredir garantías fundamentales en la recopilación de material probatorio fuera de él. En el caso del imputado, ese precio NO es su inocencia, pues ésta se le presume, con lo que se aparta, en consecuencia, de la carga procesal de tener que probarla en juicio⁷³. Tampoco es su libertad, pues aunque pierda toda su prueba en la fase de admisión probatoria, puede llegar libre a enfrentar a los jueces del fondo⁷⁴. Tampoco el derecho a la defensa, pues la exclusión no le priva de intervención y asesoría jurídico-técnica. Al hacerse efectiva la exclusión, por el juez de la admisión, se afecta un derecho fundamental del interviniente infractor que está inmerso dentro de las garantías de un debido proceso: el derecho a la prueba, entendiendo por tal -como lo describe RUIZ JARAMILLO- aquella “*posición jurídica fundamental que posee, en razón de la Constitución Política y la ley, aquel que tiene el carácter de parte o interviniente o que*

⁷³ En efecto, para MENESES PACHECO, dando por superadas expresiones tales como “*principio de inocencia*”, “*estado de inocencia*” o “*in dubio pro reo*”, afirma que “*la presunción de inocencia se ajusta a la modalidad de las presunciones iuris tantum, pues en ellas se dan los elementos básicos ya descritos: la disposición legal que la establece; el supuesto normativo bajo el cual se aplica y, la posibilidad de rendir prueba en contrario. En estos términos, nos adscribimos a la visión que presenta Wróblewski para quien la presunción de inocencia es el ejemplo paradigmático de lo que él llama presunción formal* (el autor alude a la obra WRÓBLEWSKI, JERZY, “*Structure et fonctions des présomptions juridiques*”, en AA. VV., *Les présomptions et les fictions en Droit*, coord. Ch. Perelman y F. Foriers, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 24). Por ello estimamos que se trata de una presunción simplemente legal que sólo puede ser desvirtuada a través de prueba de cargo debidamente aportada a la causa.” Véase MENESES PACHECO, CLAUDIO, “*Racionalidad en el juicio penal y presunciones legales*”, en AA. VV., *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del Derecho penal*, coord. J. A. Fernández Cruz, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 66.

⁷⁴ No es suficiente, por la exclusión, poner en peligro un derecho o garantía del infractor, debe derechamente lesionarse. Así, la sola privación de una prueba de descargo no implica pérdida de libertad.



pretende serlo en un futuro proceso, consistente en la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba propuesta con el fin de propender por la formación de la convicción de éste sobre la verdad de los hechos que son presupuesto del derecho o del interés material que se disputa"⁷⁵. En otros términos, con la exclusión de la prueba ilícita de descargo, se afecta el derecho fundamental a la prueba del que es titular el perseguido penal, al no poderle exigir al juzgador que conozca y valore su versión sobre los hechos. El mismo derecho se afecta al querellante, o al ente persecutor, cuando se les excluye prueba ilícita de cargo.

Ahora bien, podría parecer innecesario que el perseguido penal, pudiendo ampararse en la presunción de inocencia de que goza (trasladando el *onus probandi* al ente acusador), pretenda incorporar medios probatorios al proceso. No obstante, es normal que esto ocurra cuando quiera introducir –por la vía formal de la prueba- una duda razonable⁷⁶, que impida al juzgador arribar a una convicción condenatoria⁷⁷. Así, el imputado va a hacer uso del sistema procesal probatorio, no para acreditar la inocencia que se le presume, sino para

⁷⁵ RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO, "El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental", en *El Derecho Constitucional a la Prueba, Análisis de la Jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 2007, pp. 183 y 184.

⁷⁶ Según FERRER BELTRÁN, "para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse conjuntamente las siguientes condiciones: 1) la hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas; 2) deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc", véase FERRER BELTRÁN, JORDI, ob. cit. p. 147. Para este autor, en consecuencia, podrían existir hipótesis compatibles y plausibles con la inocencia del imputado que, de ser debidamente sustentadas, permitirían descartar la hipótesis de la culpabilidad, generando duda razonable por falta de convicción, y absolución. No obstante, este autor reconoce que el juzgador puede tener dudas, siempre que éstas no sean razonables. Cit. pp. 145 y 146.

⁷⁷ Otra forma de introducirla, aunque algo débil y riesgosa, es por sistema de refutación *modus tollens*, que opera dentro del juicio mismo e implica que le bastaría al imputado una mera coherencia argumentativa de su versión de los hechos para generar duda razonable, sin necesidad de valerse de una amplia variedad de medios probatorios. Al respecto véase MENESES PACHECO, CLAUDIO, en "Racionalidad en el..." cit. p. 77.



evitar que el ente persecutor supere el estándar de la "prueba más allá de toda duda razonable"⁷⁸.

Si procede la exclusión de prueba ilícita de descargo por las razones ya expuestas, exclusión que afecta el derecho fundamental a la prueba del encartado, incluso hasta el extremo de privarlo de la posibilidad de introducir al juicio una duda razonable e impedir, con ella, la convicción condenatoria del juez, ¿es posible morigerar su procedencia si, pese a incurrir en inobservancia de garantías fundamentales para obtenerla, aquél es en verdad inocente?, ¿puede un imputado inocente, por sí o por interpósita persona, matar, secuestrar, torturar, cercenar o castrar a otro para arrebatarle la grabación que lo exculpa y hacerla valer como evidencia en el juicio seguido en su contra? A preguntas como éstas daremos respuesta en los acápite siguientes.

1.3.1.1.- Casos en los que procede la exclusión de prueba ilícita de descargo. Morigeraciones.

Hemos dicho que parece extraño que el imputado, quien goza de la presunción de inocencia, pretenda incorporar prueba al proceso si resulta innecesario acreditar lo que la misma ley le presume. Sin embargo, es común que lo haga para generar duda razonable en los juzgadores y evitar que, de contrario, se supere el estándar probatorio de la "prueba más allá de toda duda razonable" logrando la subsecuente absolución.

Así las cosas, el perseguido penal puede ofrecer, para su conocimiento y valoración por los jueces del fondo, dos grandes tipos de prueba de descargo: la exculpatoria y la atenuatoria. Con la primera pretende fortalecer su inocencia generando duda razonable; y,

⁷⁸ Se trata de un estándar de naturaleza ética o ética-política, pues pretende lograr que el juez penal pueda condenar al imputado sólo cuando haya alcanzado la certeza de su culpabilidad. Al respecto, véase TARUFFO, MICHELE, en "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2005, año XXXVIII, N° 114, pp. 1305 y 1306.



con la segunda, una disminución de la penalidad aplicable a su respecto, reconociéndose culpable. La prueba de descargo exculpatoria, a su vez, apunta a acreditar una extinción de la responsabilidad penal, o bien, a eximir al encartado de tal responsabilidad.

Tanto la prueba de descargo exculpatoria como la atenuatoria, puede ser falsa o fidedigna, en la medida que carezca o no de autenticidad o veracidad⁷⁹. También puede adolecer de falta de integridad, si es que no entrega información cabal.

Así las cosas, una prueba de descargo exculpatoria lícita y fidedigna, es decir, una fuente de prueba en cuya obtención no se vulneró garantía fundamental alguna, además de ser auténtica y veraz, siempre pasará el filtro de relevancia probatoria tornándose en medio de prueba legítimo e inexcluyente, a lo menos por ilicitud⁸⁰, pues no enturbiará, de modo alguno, un fallo judicial dictado conforme a ella. En cambio, una prueba de descargo exculpatoria ilícita y falsa jamás traspasará aquél filtro y deberá ser excluida por el juez de la admisión, no sólo porque debe –principalmente– velar por el respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana al igual que los jueces del fondo, sino también, porque accesoriamente arriesgaría a éstos a fundar una sentencia sobre la base de evidencia absolutamente apartada de lo real, con la que se los pretende engañar mediante la introducción de “dudas razonables” inexistentes; piénsese en un verdadero

⁷⁹ Según el Diccionario de la Lengua Española de la RAE, vigésima segunda edición (disponible en el sitio Web de Internet www.rae.es), el vocablo “falsa”, en su primera acepción, consigna: “Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o de veracidad”. Por su parte, la palabra “fidedigna” apunta a: “digno de fe y crédito”. A su vez, la primera acepción de la voz “auténtico”, significa: “Acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren”; y “veraz” alude, según la misma fuente, a: “que dice, usa o profesa siempre la verdad”. Así, para los efectos de este trabajo, cuando aludimos a la expresión “prueba fidedigna” nos referimos a la auténtica y veraz; por su parte, cuando nos referimos a “prueba falsa” pensamos en aquella que no posee atributos de autenticidad y veracidad.

⁸⁰ Pues bien podría ser judicialmente excluida por otra causa legal como manifiesta impertinencia, sobreabundancia, provenir de actuaciones declaradas nulas, o por dar cuenta de hechos públicos y notorios.



culpable que, para forjar prueba falsa exculpatoria, sustrae desde una compañía de desarrollo tecnológico un programa informático que altera imágenes de video.

Si la prueba de descargo exculpatoria fuese lícita y falsa, ¿superaría el filtro de relevancia probatoria? En estricto rigor, debiera pasar el filtro de relevancia probatoria, pues en su recogimiento no se afectaron garantías fundamentales, quedando en manos del juez del fondo el pronunciamiento sobre su autenticidad o veracidad. Pero ¿es racional y justa la admisión de un medio de prueba aparente en cuya creación se afectó el éxito de la investigación y la búsqueda de la verdad, pudiéndose excluir tan pronto como el juez detecte su falsedad⁸¹? Entendemos que no, pues sobre los hombros del juez de la admisión también pesa el deber constitucional de respetar y promover las garantías de un debido proceso, y no resulta racional ni justo que dicho juez, a sabiendas de la falsedad de una evidencia, pretenda sea valorada por los sentenciadores, traspasándosela.

Ahora, si la prueba de descargo exculpatoria fuese ilícita, pero fidedigna, no superaría el filtro de relevancia probatoria y debería excluirse del proceso, precisamente, por haberse afectado garantías en su obtención. Pero ¿es racional y justo privar al encartado de una evidencia de descargo obtenida con infracción de garantías fundamentales, pero auténtica y verdadera, con la cual generaría duda razonable en los juzgadores? Pensemos en el verdadero inocente quien, clandestinamente, sustrae desde el bolsillo de la chaqueta de su falso acusador el *pendrive* que contiene el video exculpatorio. Desde luego que, en un caso como este, pareciera ser injusto e irracional privarlo de tan importante elemento; empero, si el verdadero inocente ingresa sin autorización al inmueble de su terco adversario

⁸¹ Imagínese un verdadero culpable quien, para engañar a los jueces sobre su falsa inocencia, utiliza un programa computacional adquirido lícitamente en el comercio establecido, y adultera una fotografía digital suya para hacerse aparecer en Bayahibe, justo el día en que cometió el homicidio en Chile.



y, tras acribillararlo a balazos, le sustrae el *smartphone* donde consta la grabación que lo exculpa, pudiésemos fundadamente entender que la exclusión resulte justa y racional.

Establecido que la prueba de descargo exculpatoria lícita y fidedigna siempre será admisible y apta para ser valorada por el tribunal llamado a resolver sobre el fondo de un asunto penal; y que, en cambio, la prueba de descargo exculpatoria ilícita y falsa jamás pasará el filtro de relevancia probatoria, cabe preguntarnos: cómo podrá determinar el juez de la admisión que la exclusión de una prueba de descargo exculpatoria lícita, pero falsa, resulta racional y justa (pues en estricto rigor debiese no ser excluida), y cómo determinará que la no exclusión de una prueba de descargo exculpatoria ilícita, pero fidedigna, se ajusta al debido proceso (pues en estricto rigor debiese ser excluida). Estimamos que el juez de la admisión tomará resolución acudiendo al uso de, a lo menos, dos importantes herramientas morigeratorias de interpretación: el principio de proporcionalidad y la inexigibilidad de otra conducta. Veamos.

1.3.1.1.1.- El principio de proporcionalidad como principal criterio morigerador de interpretación.

Durante el siglo pasado, en la década de los noventa, surgió en Alemania la necesidad de buscar equilibrios entre diversos criterios o intereses contrapuestos, favorables o contrarios a la prohibición de valoración (exclusión) de un medio de prueba ilícito. Como señala HERNÁNDEZ BASUALTO⁸², aquéllos fueron extraídos desde la jurisprudencia y dieron cabida para hablar de una verdadera "doctrina de la ponderación", llegando incluso el Tribunal Supremo Alemán a pronunciarse al respecto. Entre los principales criterios o intereses contrapuestos, se mencionan: a favor, si el vicio es particularmente grave frustrando el fin de la disposición infringida, si la infracción tiene especial significado para

⁸² Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 31 y 32.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



la esfera jurídicamente protegida del afectado, si se ha intervenido en las bases del estado procesal del imputado, si el delito es de menor gravedad, si el medio de prueba no se hubiera podido obtener por medios lícitos, si la infracción fue consciente o intencional; en contra, si se afecta la capacidad de funcionamiento de la persecución penal para el esclarecimiento y castigo de los delitos, si se impide el descubrimiento de la verdad, si el delito fuere grave, si el valor probatorio no se ve afectado por la infracción, si el medio de prueba hubiere podido obtenerse también por vías legales, si el investigador obró de buena fe, o si el medio de prueba puede favorecer también al imputado. Así, el mencionado tribunal, *"luego de reiterar que no toda prohibición de producción de prueba conduce sin más a una prohibición de valoración de la misma, ha señalado que la decisión a favor o en contra de una prohibición de valoración debe adoptarse sobre la base de una amplia ponderación en la cual debe apreciarse tanto el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio (...), pero en la cual, además y entre otros, debe considerarse especialmente un criterio ya empleado con anterioridad (...), cual es el de los intereses de una efectiva persecución penal"*⁸³. Si bien el autor consigna que no puede definirse *a priori* cuál de los intereses en juego se impondrá en el caso concreto, de lo que derivan las críticas a lo que se considera una doctrina poco compatible con el Estado de Derecho por la imprecisión de los criterios de ponderación y el consiguiente arbitrio subjetivo valorativo del juez, lo que no garantiza resultado suficientemente previsible, reconoce, no obstante, *"que la experiencia de la jurisprudencia alemana con la aplicación del principio de proporcionalidad y su corolario de ponderaciones debería tender a reducir las inseguridades también en esa materia"*⁸⁴.

⁸³ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 32.

⁸⁴ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 33.



Tratando el principio de proporcionalidad como estructura fundamental de la "teoría de la ponderación de intereses", señalándolo como una posición que, si bien acepta la ineficacia de la prueba ilícita, persigue morigerar su aplicación con el objeto de evitar que alcance a casos en donde el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con el tamaño de la infracción al derecho fundamental comprometido, los autores HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE⁸⁵, señalan que el *Verhältnismässigkeitsprinzip*, o principio de proporcionalidad, "*impediría aquí el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad*" y, acudiendo a PELLEGRINI GRINOVER⁸⁶, consignan que el referido principio apunta a *córrer* posibles distorsiones que podrían llevar a la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional. Agregan que la "teoría de ponderación de intereses", resulta ser una exigencia que surge naturalmente en el instante mismo en que se reconoce la posibilidad de excluir prueba con base en la infracción de garantías fundamentales, y que "*resulta imposible decidir, en un caso concreto, que una infracción de este tipo se ha producido o no, sin establecer al mismo tiempo un criterio jurisprudencial válido para casos similares, que establece los alcances y los límites de la garantía fundamental en juego y genera reglas que los agentes de persecución penal debieran en el futuro observar*"⁸⁷.

⁸⁵ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 175.

⁸⁶ Así, PELLEGRINI GRINOVER, refiriéndose a la teoría de la proporcionalidad, nos dice: "*A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado Verhältnismässigkeitsprinzip, ou, seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da entao Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes*". La autora, agrega que la aplicación del principio de proporcionalidad puede acarrear serios riesgos por su ínsito subjetivismo. Véase PELLEGRINI GRINOVER, ADA, ob. cit. p. 134.

⁸⁷ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 177 y 178.



TAVOLARI OLIVEROS⁸⁸, también refiriéndose al principio de proporcionalidad, expresa que éste *"supone verificar si la violación se explica por una efectiva necesidad, suficiente para hacer excusable el comportamiento infractor o si, por el contrario, la prueba pudo obtenerse de un modo diverso y no infractor"*. El autor señala que el principio de proporcionalidad *"autoriza la admisión y valoración de la prueba ilícita obtenida, para resolver la cuestión que provoca el enfrentamiento de valores fundamentales en un momento determinado, principio recogido incluso por la jurisprudencia de una Corte Suprema de Justicia norteamericana, cada vez más conservadora y afín con los intereses de su poder Ejecutivo"*. Pero manifiesta sus resquemores al señalar, más adelante, que: *"El debate que ha comenzado en el mundo tras el 11 de septiembre de 2001 persigue determinar, directamente, la confrontación de los valores antagónicos, para resolver en qué favor ha de dirimirse la controversia –oportunidad en que el principio de proporcionalidad cobrará insospechada vigencia- no sin que sus postuladores tengan que resolver, previamente, entre otras limitantes, la vigorosa cuestión que suscita el enfrentar normas como la que dispone que "...ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura, puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento..." conforme dispone el artículo 15 de la convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes"*⁸⁹.

La doctrina nacional, por la imprecisión de los criterios de ponderación y por el arbitrio subjetivo valorativo del juez, observa al principio de proporcionalidad con un dejo de recelo y desconfianza⁹⁰; mas, la ausencia de *tips* para su aplicación, un buen o mal

⁸⁸ Véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. p. 12, obra en cuyo prólogo TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, se pronuncia sobre el tema.

⁸⁹ Véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. p. 13, obra en cuyo prólogo TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, se pronuncia al respecto.

⁹⁰ Así, ZAPATA GARCÍA, aceptando su aplicación en fases preventivas en la comisión de delitos, la rechaza tajantemente en su fase de represión. Al respecto, señala: *"Una cosa es sostener que la policía pueda –a nuestro juicio, incluso, deba- actuar para impedir el delito si tiene información para ello y, otra es*



criterio fundado en el humano soporte cognitivo del juez de la admisión (no en el de un autómeta) que produce derecho, así como la presencia de vacíos legales, o de normas vagas o ambiguas, o la existencia de ineludibles conflictos de intereses propios de la vida en sociedad, no son circunstancias ajenas ante los ojos de un jurista y, como sabemos, se han escrito numerosos y variados tratados sobre hermenéutica jurídica en general, y sobre interpretación judicial en particular, precisamente, porque el Derecho no es una ciencia exacta, es esencialmente interpretable, y porque no existen valores ilimitados y absolutos⁹¹.

sostener que dicha información –convertida en prueba- pueda ser usada en un proceso en contra de alguien”. Luego agrega: “En el primer caso estamos fuera de la discusión atinente a la regla de exclusión y, desde luego, el criterio de proporción propuesto es compartido, pero, en el segundo escenario sí estamos en el campo de nuestro objeto de estudio, y sostenemos que este criterio no es aceptable, pues contraría todo lo formulado a propósito de la teoría de la prueba ilícita, se alza en contra de sus más básicos presupuestos y deja en el papel toda construcción protectora implícita en la misma”. Al respecto, véase ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, ob. cit. p. 34. Claro que, si se va a rechazar con fuerza todo tipo de vulneración de garantías fundamentales, debe hacerse con igual tesón tanto cuando ocurra en fases preventivas del delito, como cuando suceda en fases represivas. La aplicación del principio de proporcionalidad supone siempre vulneración de garantías, es decir, su aplicación no tendría razón de ser si no existiera tal infracción. El tema es, si se justifica –en determinados y excepcionales casos- una vulneración de garantías por razones de proporcionalidad que impida, según se trate, la inclusión o la exclusión al proceso de prueba ilícita; y no si estamos autorizados para vulnerarlas, *extra processum*, para prevenir un delito.

⁹¹ Notable es el siguiente extracto obtenido de la obra de SQUELLA NARDUCCI en el cual se resalta la función productora de derecho que recae sobre el juez: “Por su parte, los jueces, quienes aplican derecho al momento de decidir los casos que se les presentan, producen igualmente derecho, al emitir una decisión normativa para el caso particular del cual se trate. Una decisión normativa que si bien el juez obtiene a partir del derecho previo al caso, sólo se concretiza para éste, de modo obligatorio, una vez que el juez la emite. Así, por ejemplo, si A es responsable del homicidio en la persona de B y existe una norma en el Código penal que dice que el que mate a otro sufrirá x pena, la obligación jurídica de cumplir esa pena no nace en la ley, sino en la decisión normativa del juez que lo condenó efectivamente a ella. Tanto es así que nadie puede decir que A está obligado a cumplir la pena x sino desde el momento que el juez lo condena a ella. Y ni qué decir que hay producción de derecho cuando el ordenamiento preexistente al caso permite que el juez recorra una escala de penalidad, por ejemplo, cuando una ley dispone que cierta conducta será castigada con multa de 1 a 5 unidades tributarias mensuales. Y, más aún, ni qué decir de los casos de lagunas que el juez deba integrar, en los cuales la dimensión productora de derecho del fallo judicial es más evidente.

Es cierto que en el caso del legislador la función de producir derecho es más visible que la de aplicarlo, y que en el del juez lo es más la de aplicarlo que la de producirlo, pero se trata de una cuestión de énfasis y no de una diferencia cualitativa que permita continuar sosteniendo que sólo el legislador produce derecho y que los jueces meramente lo aplican. Ambos, en verdad, producen y aplican derecho y, mejor aún, porque ambos producen derecho, aplican derecho.



Si bien el principio morigerador de proporcionalidad se gesta y aplica sobre la base de la exclusión de prueba ilícita de cargo, GONZÁLEZ GONZÁLEZ⁹², aludiendo a la obra de PELLEGRINI GRINOVER⁹³, insinúa que este principio bien podría aplicarse respecto de la exclusión de prueba ilícita de descargo. Hace hincapié en un argumento dogmático penal, como la legítima defensa, propugnando que esta causal de justificación eliminaría la ilicitud, excluyendo la antijuridicidad que implica la vulneración de una garantía. Claro que, amén de no advertir agresión actual e inminente alguna⁹⁴, no observamos cómo la eliminación de un elemento del delito ocurrido *extra processum* pueda producir efectos jurídicos de admisibilidad probatoria dentro de un proceso penal diverso si no fuere, precisamente, por la aplicación del principio de proporcionalidad. En otras palabras, el argumento dogmático penal de la legítima defensa para justificar la no exclusión de una prueba de descargo ilícita, queda superado y absorbido por el propio principio de proporcionalidad.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ acusa que la jurisprudencia en Chile no tiene pronunciamientos de los que se pueda extraer una regla general y señala que, a su juicio, no

Con otra consecuencia: aquél que aplica derecho tiene que interpretarlo, lo cual pone ahora en línea no sólo las funciones de producir y aplicar derecho, sino las de producir, aplicar e interpretar derecho". Véase SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, en "¿Qué es el Derecho? Una descripción del Fenómeno jurídico", Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 64 y 65.

⁹² Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.

⁹³ La autora, refiriéndose a la teoría de la proporcionalidad y la prueba ilícita *pro reo*, emite su parecer señalando: "Aliás, nao deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros". Véase PELLEGRINI GRINOVER, ADA, ob. cit. p. 134.

⁹⁴ Para CURY URZÚA, opinión que compartimos, "una agresión que no es actual o inminente, no es todavía real o ha dejado de serlo. Por esto, no se admite una reacción defensiva en contra de amenazas remotas, puesto que en tal caso existe la posibilidad de evitar la materialización del daño solicitando el ejercicio de las facultades policiales preventivas". Véase CURY URZÚA, ENRIQUE, "Derecho Penal Parte General". Tomo I. Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. pp. 366 y 367.



se trata ésta de una cuestión sobre la que pueda tomarse partido sin ningún tipo de reservas. Agrega, recordando la importancia de la fuerza vinculante de la Constitución: *"Habrá de tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, y resolver sobre la base del interés preponderante. No puede olvidarse que en juego también está la supremacía constitucional, de la cual nadie puede sustraerse, ya que los preceptos de la carta magna no sólo obligan a los titulares o integrantes de los órganos estatales, sino que a toda persona, institución o grupo"*⁹⁵.

Un autor mexicano, SÁNCHEZ GIL⁹⁶, preocupado por las suspicacias de los detractores, señala que el principio de proporcionalidad impone pautas objetivas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción. Señala que ellas *"se refieren al examen de elementos objetivos y buscan eliminar en lo posible la arbitrariedad subjetiva en la resolución correspondiente (sea judicial, legislativa o administrativa) y procuran hacerla racional"*. A estas pautas de decisión las llama subprincipios, y acertadamente propone tres⁹⁷: el de idoneidad, el de necesidad, y el de proporcionalidad en sentido estricto. Con el subprincipio de idoneidad, advierte que toda restricción en los derechos fundamentales debe ser idónea o adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Con el subprincipio de necesidad, consigna que, para que una restricción en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto señala que, para que una restricción en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del

⁹⁵ Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.

⁹⁶ Véase SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "El Principio de Proporcionalidad", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra. edición, México D. F., 2007, p.1.

⁹⁷ Por más detalle, véase SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, ob. cit. pp. 36 a 59.



objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

El juez de la admisión, a la hora de resolver sobre una posible exclusión de prueba ilícita, donde por cierto colisionan el derecho fundamental a la prueba del interviniente infractor, por un lado, y la garantía conculcada en la obtención de la evidencia, por otro, bien puede acudir –en el caso concreto- a la aplicación del principio de proporcionalidad en cuanto herramienta útil morigeradora de interpretación, que contribuye a una justa y racional solución de los conflictos que se suscitan cuando se enfrentan derechos fundamentales y otros principios constitucionales entre sí, o con otros intereses o bienes jurídicos debidamente promovidos. Así, el juez de la admisión podrá determinar que la no exclusión de una prueba de descargo exculpatoria ilícita, pero fidedigna, resulta racional y justa (pues en estricto rigor debiese ser excluida) al concluir que la garantía conculcada en la obtención del elemento probatorio es de menor entidad en relación con la afectación del derecho fundamental a la prueba del infractor, resultando por tanto desproporcionada la exclusión⁹⁸. O bien, podrá determinar que la exclusión de una prueba de descargo exculpatoria lícita, pero falsa, se ajusta al debido proceso (pues en estricto rigor debiese no ser excluida) concluyendo que la alteración de la verdad cometida es de tal envergadura en relación con la afectación del derecho fundamental a la prueba del interviniente farsante, que resulta absolutamente proporcionada la exclusión de la fingida evidencia⁹⁹.

⁹⁸ Caso del verdadero inocente quien, clandestinamente, sustrae desde el bolsillo de la chaqueta de su falso acusador el *pendrive* que contiene el video exculpatorio.

⁹⁹ Caso del verdadero culpable quien, para engañar a los jueces sobre su falsa inocencia, utiliza un programa computacional adquirido lícitamente en el comercio establecido, y adultera una fotografía digital suya para hacerse aparecer en Río de Janeiro, la noche en que cometió la violación en Viña del Mar.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



El verdadero problema se presenta, aunque a nuestro juicio de manera más bien aparente, cuando, tratándose de prueba de descargo exculpatoria ilícita pero fidedigna, la vulneración de la garantía fundamental causada al recogerse la fuente probatoria es de tal magnitud que sobrepasa, proporcionalmente hablando, la afectación del derecho fundamental a la prueba del infractor. Caso del verdadero inocente que ingresa sin autorización al inmueble de su terco adversario y, tras acribillarlo a balazos, le sustrae el *smartphone* donde consta la grabación que lo exculpa; o del verdadero inocente que secuestra, tortura y cercena al hijo de su conviviente para que ésta le entregue la video/grabación que lo descarga de culpa. Aplicando el criterio de la proporcionalidad, el juez de la admisión ponderará si la restricción al derecho a la prueba del infractor es idónea para fomentar el debido proceso, que es un objetivo constitucionalmente legítimo (subprincipio de idoneidad). Ponderará si la restricción al derecho a la prueba del infractor es necesaria para mantener un procedimiento racional y justo sin que exista otra restricción que lo fomente a menor costo que la exclusión (subprincipio de necesidad). Y ponderará si la restricción al derecho a la prueba del infractor es equivalente o proporcional al grado de afectación de la garantía vulnerada (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto). Si concluye afirmativamente, es decir, que existe en el caso concreto idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, el juez de la admisión excluirá la prueba de descargo exculpatoria ilícita pero fidedigna, por resultar –la exclusión– del todo proporcionada en relación con la vulneración de la garantía fundamental cometida. De esta forma, el juez de la admisión optará por la preponderancia de la vida y la integridad física de la persona asesinada o torturada, por sobre el derecho a probar una duda razonable de parte del infractor; de otra manera, se incentivaría o predispondría a cualquier inocente para afectar la vida o la integridad física de otros, en circunstancia que también debe respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y obrar conforme a derecho. Sólo cuando su derecho fundamental a probar una duda razonable sea superior al que afectó por obtener ilícitamente una evidencia, el juez de la admisión, previa ponderación de los



valores, principios o intereses en juego, podrá mantener en el proceso el mal habido elemento probatorio, por razones de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad tiene raigambre constitucional desde que la Constitución reconoce y garantiza el debido proceso, y se justifica en la medida que las soluciones alcanzadas tras su aplicación resulten racionales y justas. De esta forma, la prueba ilícita que supere el filtro de admisibilidad amparada por una resolución judicial que se fundó en la aplicación prudente, ponderada y acertada, amén de racional y justa de este principio, se **legitima por la Constitución** pudiendo los jueces del fondo valorarla y dictar sentencia conforme a ella sin temor de que sus fallos o decisiones se emitan sobre la base de evidencia espuria.

1.3.1.1.2.- La inexigibilidad de otra conducta como criterio auxiliar y dirimente de interpretación.

Si se observa con detención, todas las excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita tratadas por la doctrina nacional, como la prueba de descargo, la excepción de buena fe o la afectación de garantías cometidas por particulares, pueden reconducirse al principio de proporcionalidad. Si miramos, ahora, las excepciones a la exclusión de la prueba derivada, como la excepción de la fuente independiente, la excepción del descubrimiento inevitable, la excepción del vínculo atenuado, o la excepción de conexión de antijuridicidad, todas pueden, también, resolverse sobre la base del aludido principio¹⁰⁰. En otras palabras, el principio de proporcionalidad, por su cercanía con la realidad, pasa a constituirse en un

¹⁰⁰ En efecto, es desproporcionado afectar el derecho a la prueba del interviniente infractor, sancionándolo con la exclusión, si la vulneración de la garantía cometida para obtener una evidencia es de menor entidad o se ejecuta de buena fe. O si se obtiene sin conexión causal, o por vías lícitas actualmente en curso, o si el vínculo es demasiado tenue, o si se logra por medios independientes de la lesión del derecho, como ocurre comúnmente en los casos de excepción a la prueba derivada.





referente válido a considerar por el juez de la admisión, a la hora de resolver sobre exclusiones probatorias.

Si bien sostenemos que el principio de proporcionalidad es suficiente para resolver cuestiones suscitadas a propósito de una exclusión de prueba ilícita, existe un criterio de apoyo o auxiliar, aunque insuficiente por sí mismo, que sirve de eficaz herramienta interpretativa dirimente: la inexigibilidad de otra conducta. La exigibilidad “*es la posibilidad, determinada por el ordenamiento jurídico, de obrar en una forma distinta y mejor que aquella por la que el sujeto se decidió*”¹⁰¹; ergo, la inexigibilidad de otra conducta es la imposibilidad de obrar conforme a derecho, o de acuerdo con la juridicidad vigente. Atendido a que la prueba de descargo ilícita exculpatoria se excluye o no de acuerdo con criterios de proporcionalidad, el de la inexigibilidad de otra conducta sólo cumple una función accesoria a su respecto. Así, da lo mismo que el interviniente infractor ofrezca la evidencia ilícita durante el proceso, antes o después de cerrada la investigación, por canales regulares o irregulares pues, tratándose de su derecho fundamental a probar una duda razonable, bastará tan solo la proporcionalidad existente para decretar la admisión o exclusión de la prueba, sin entrar a considerar la oportunidad de su presentación, sino solamente para reforzarla. En cambio, si la prueba de descargo ilícita fidedigna fuere de carácter atenuatoria, si bien ésta sigue los parámetros de exclusión o admisibilidad propios de la exculpatoria¹⁰², de haberse obtenido antes de cerrada una investigación por caminos distintos a los habilitados para ello, pudiendo haberse recogido mediante mecanismos regulares, el criterio de la inexigibilidad de otra conducta pasa a jugar un importante rol de carácter dirimente. En efecto, si antes del cierre de una investigación y para atenuar su

¹⁰¹ Véase CURY URZÚA, ENRIQUE, “Derecho Penal Parte General”. Tomo II. Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. p. 76.

¹⁰² Vale decir, también puede ser lícita o ilícita, falsa o fidedigna, y se excluye o no según los parámetros estudiados a propósito de la prueba ilícita de descargo exculpatoria, según exista o no proporción en la exclusión. Así, el problema siempre se suscitara verdaderamente cuando la prueba de descargo de carácter atenuante sea ilícita y fidedigna.



responsabilidad, el líder de un grupo anarquista sustrae la grabación en donde consta la conversación que sostuvo con la víctima, que luego mató, con el objeto de acreditar que ésta lo provocó y le profirió amenazas si haber encargado la pertinente diligencia de incautación al Fiscal, podría hacer al juez de la admisión componer la controversia a favor de la exclusión de dicha grabación, si es que no le bastara con el solo criterio de la proporción.

Tanto el principio de proporcionalidad, como su auxiliar de inexigibilidad de otra conducta, así como las cualidades de exculpatoria o atenuatoria de la prueba de descargo, lícita e ilícita, de fidedigna o falsa, se aplican, indistintamente, a los casos de prueba de descargo no íntegra y de prueba de descargo azarosa. La particularidad viene dada con la falta de integridad, pues si lo faltante es substancial –al extremo de no proporcionar la información relevante que se pretende incorporar- se asimila a la prueba falsa; de lo contrario, a la fidedigna. Respecto de la prueba de descargo azarosa, que llega a manos del imputado sin requerimiento alguno, no hay mayores disquisiciones que formular pues, como ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo, no interesa quien sea el titular del derecho afectado, ni quien lo vulnere: basta que la prueba de descargo haya sido obtenida ilícitamente.

1.3.1.2.- Casos en los que no procede la exclusión de prueba ilícita de descargo.

Vimos que la prueba ilícita de descargo, exculpatoria o atenuatoria, se excluye del proceso por el juez de la admisión cuando, tras el debate de rigor: a) resultó ser falsa; b) si bien resultó fidedigna, su exclusión es proporcional en relación con la afectación de la garantía vulnerada en su obtención; c) resultó ser lícita, pero falsa, y su exclusión es proporcional en relación con la alteración de la verdad cometida por el farsante.



En consecuencia, la prueba ilícita de descargo, exculpatoria o atenuatoria, permanecerá en el proceso por decisión del juez de la admisión, superando el filtro de relevancia probatoria, cuando, tras el debate de rigor: a) resultó ser lícita y fidedigna; b) resultó ser lícita y falsa, pero su exclusión es desproporcionada en relación con la mínima entidad de la alteración de la verdad cometida por el farsante (cosa distinta es la valoración que le darán los jueces del fondo); c) resultó fidedigna, pero su exclusión es desproporcionada en relación con la mínima entidad de la afectación de la garantía vulnerada en su obtención.

Recordemos que si el juez de la admisión, tratándose de prueba ilícita de descargo atenuatoria fidedigna, no considera suficiente acudir al principio de proporcionalidad para zanjar la colisión, puede reforzar su decisión apoyándose en el criterio auxiliar de la inexigibilidad de otra conducta. En todos los demás casos, siempre le bastará el principio de proporcionalidad.

1.3.2.- Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares. Casos en que procede.

Vimos en *supra* 1.2.1.3 que los autores nacionales que se refieren a la exclusión de prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares, pronunciándose al respecto como actuaciones exclusivamente privadas o como una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, niegan toda posibilidad que la evidencia de cargo obtenida por particulares con vulneración de garantías fundamentales sea admitida al proceso por el juez de la admisión, y sea valorada por los jueces del fondo.

La doctrina nacional, en vez de rechazar toda vulneración de garantías fundamentales en la obtención de una evidencia -provenga de quien provenga- admitiendo sólo fundadas e igualitarias excepciones para todos los intervinientes y con amparo



constitucional, o de mantener, al menos, la lógica seguida cuando se enfrenta al análisis de la prueba ilícita de descargo aceptando su admisión por no existir interés público alguno en la exclusión bajo pretexto de disuasión o prevención (*deterrence*), se complica y "extrapola" el ejercicio del *ius puniendi* al querellante o víctima infractores señalándonos que, en verdad, "es el Estado mismo el que vulnera la garantía fundamental y torna ilegítimo el proceso"¹⁰³.

Para nosotros, siendo el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita único e igual para todos los intervinientes y estando sustentado en la supremacía constitucional, según tuvimos oportunidad de advertirlo en *supra* 1.3, la prueba de cargo proveniente de particulares, como víctima o querellante, está sujeta a las mismas reglas de inadmisibilidad probatoria fijadas para todos los intervinientes.

En consecuencia, la prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares, incriminatoria o agravatoria, se excluirá del proceso por el juez de la admisión cuando, tras el debate de rigor: a) resultó ser falsa; b) si bien resultó fidedigna, su exclusión es proporcional en relación con la afectación de la garantía vulnerada en su obtención; c) resultó ser lícita, pero falsa, y su exclusión es proporcional en relación con la alteración de la verdad cometida por el acusador farsante.

Por su parte, la prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares, incriminatoria o agravatoria, permanecerá en el proceso por decisión del juez de la admisión, superando el filtro de relevancia probatoria, cuando, tras el debate de rigor: a) resultó ser lícita y fidedigna; b) resultó ser lícita y falsa, pero su exclusión es desproporcionada en relación con la mínima entidad de la alteración de la verdad cometida

¹⁰³ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 66.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



por el acusador farsante (cosa distinta es la valoración que le darán los jueces del fondo); c) resultó fidedigna, pero su exclusión es desproporcionada en relación con la mínima entidad de la afectación de la garantía vulnerada en su obtención.

Asimismo, si el juez de la admisión, tratándose de prueba ilícita de cargo agravatoria fidedigna proveniente de la actividad de particulares, no considera suficiente acudir al principio de proporcionalidad para zanjar la colisión, puede también apoyarse en el criterio auxiliar de la inexigibilidad de otra conducta.



2.- SOPORTE LEGAL Y CONSTITUCIONAL DE LA PROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA DE DESCARGO EN CHILE.

Admitida la procedencia teórico-dogmática de la exclusión de prueba ilícita de descargo exculpatoria o atenuatoria, cuando, tras el debate de rigor, el juez de la admisión la estime falsa; o bien, fidedigna, pero considere proporcional su exclusión en relación con la afectación de la garantía vulnerada en su obtención; o la juzgue lícita, pero falsa, y su exclusión la halle proporcional en relación con la alteración de la verdad cometida por el farsante, nos corresponde verificar si existe -en Chile- sustento legal y constitucional al que pueda acudir el juez de garantía para plasmar, en una resolución judicial, su decisión de exclusión. Veamos:

2.1.- Soporte legal de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.

Nuestra legislación procesal penal contempla una serie de normas concatenadas y sistemáticas que dan cabida y procedencia a la exclusión de prueba ilícita de descargo, mismas que igualmente permiten la exclusión de las de cargo. El punto de partida o *quid* de la exclusión se plasma en el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal chileno (en adelante CPP), que establece, por primera vez en Chile¹⁰⁴, la regla de exclusión probatoria por ilicitud, al consignar: *"Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales"*.

¹⁰⁴ Aunque la doctrina nacional ya se preocupaba del tema bajo vigencia del sistema inquisitivo. Al respecto véase BOFILL GENZSCH, JORGE, "Las Prohibiciones de Prueba en el Proceso Penal", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, XII, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1988, p. 225.



No es objeto de este trabajo analizar los aspectos teóricos o positivos de la exclusión de pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas¹⁰⁵, de los que prescindiremos, pues, la prueba ilícita, como lo delimitamos en la primera parte de este trabajo, comprende sólo a aquella obtenida con vulneración de garantías fundamentales, tal como lo expresa la segunda parte o hipótesis del inciso 3° del artículo 276 del CPP transcrito.

Parece pertinente, en consecuencia, avocarse en lo sucesivo a la normativa legal contenida en el mencionado código, precisamente por el *plus* que a este respecto otorga el inciso 1° del artículo 22 del Código Civil chileno (en adelante CC) cuando dispone "*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*". Y para ello veremos quién puede impetrar la exclusión de prueba ilícita, en qué momento puede hacerlo y de qué manera se materializa la decisión judicial de exclusión.

2.1.1.- Legitimado activo para impetrar exclusión de prueba ilícita de descargo.

El artículo 12 del CPP señala que, para los efectos regulados en este código, se considerarán **intervinientes** al fiscal del Ministerio Público, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante. La norma delimita el concepto de interviniente y reviste claros caracteres de taxatividad, por lo que el actor civil, el juez, el testigo, el perito, el tercerista u otros no mencionados, no son intervinientes a la luz de nuestra ley procesal penal.

La delimitación anterior no es menor, pues nuestro código de enjuiciamiento penal contiene numerosas disposiciones en donde alude expresamente al vocablo "interviniente".

¹⁰⁵ Sobre este supuesto o primera hipótesis de exclusión, véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IV, V y VI.



Así, por ejemplo, el artículo 159 del código mencionado, al referirse sobre la procedencia de las nulidades procesales, consigna que sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Más adelante, en el artículo 162, el mismo cuerpo normativo dispone que sólo podrá solicitar la declaración de nulidad el interviniente en el procedimiento perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo¹⁰⁶.

En materia de recursos, el artículo 352 del código en comento, faculta para recurrir al Ministerio Público y a los demás intervinientes agraviados. Incluso la ley, cuando quiere proscribir a un determinado interviniente, lo dice expresamente, como lo hace en el artículo 466 del mismo código cuando excluye de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad al querellante y a la víctima¹⁰⁷.

Así las cosas, amén del imputado, víctima, querellante y defensor, el fiscal del Ministerio Público es un interviniente más dentro del proceso penal que puede impetrar nulidades procesales, recabar plazos, recurrir e intervenir ante los tribunales superiores de justicia, efectuar solicitudes por escrito de variada índole al juez, formular peticiones en alguna audiencia en particular, pedir sobreseimientos, presentar pruebas, acusar y sostener la acusación en el tribunal de juicio oral en lo penal; en otras palabras, el fiscal, en tanto puede litigar¹⁰⁸, es un actor procesal que se encuentra en un plano de igualdad jurídica en

¹⁰⁶ La excepción se encuentra en la institución de la nulidad de oficio. El artículo 163 del Código Procesal Penal en su parte final expresa “...a menos de que se tratase de una nulidad de las previstas en el artículo 160, caso en el cual podrá declararla de oficio”. Excepción, toda vez que el juez no es interviniente.

¹⁰⁷ En varias de sus disposiciones, el Código Procesal Penal involucra como actores procesales privilegiados a los intervinientes mencionados en su artículo 12, entre otros, véanse los artículos 14, 18, 32, 40, 44, 120, 144, 152, 232, 254, 267, 275, 309, 310, 314, 341, 357, 369, 411, 413, 464 y 465.

¹⁰⁸ Según diccionario de la RAE cit., primera acepción, litigar significa: “Pleitear, disputar en juicio sobre algo”.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



relación con los demás intervinientes litigantes. De no haberlo estimado así nuestro legislador nacional, no le hubiera otorgado la calidad de interviniente o lo hubiera proscrito del ejercicio de las facultades propias de tal, como lo hizo con la víctima y el querellante en el artículo 466 del CPP más arriba aludido.

En consecuencia, el fiscal del Ministerio Público, y también el querellante en representación de la víctima, por la sola circunstancia de considerarse legalmente intervinientes, pueden recabar del juez de garantía la exclusión de prueba ilícita de descargo, aún en ausencia de disposición expresa que los faculte. No obstante, en nuestra legislación procesal, existe aquella norma expresa que lo permite: el artículo 276 del código del ramo. Conforme con este artículo, el juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia de preparación de juicio oral, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral cierto y determinado material probatorio. En lo que nos compete, el juez de garantía puede excluir las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

El tenor del artículo 272 del CPP aclara aún más el asunto, al prescribir: *"Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. Durante la audiencia de preparación de juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276"*. Así, no cabe sino concluir, tras interpretar armónicamente los artículos 276 y 272 ambos del código referido, que el fiscal del Ministerio Público puede solicitar la exclusión de prueba ilícita de descargo. Y no solo el fiscal, sino también -conforme con los mismos fundamentos legales- cualquier otro interviniente como el querellante en representación de la víctima. Incluso idéntica petición podría hacer la defensa de un imputado respecto de la prueba ilícita de descargo del co-



imputado que le perjudique. Ambas disposiciones no distinguen, como lo hace, según señalamos, el artículo 466 del CPP.

Afirmar que el fiscal del Ministerio Público, la víctima, el querellante, o incluso un co-imputado incompatible, están facultados legalmente para solicitar la exclusión de prueba ilícita de descargo, no es algo de poca importancia, pues, si estos intervinientes piden aquello, el juez de garantía debe, como contrapartida, pronunciarse sobre tal petición abriendo debate al respecto. Y si decide desechar la referida solicitud, negándose a excluir prueba ilícita de descargo por el sólo hecho de ser de descargo, soslayando el debate de rigor, actuaría *contra legem* al quebrantar el artículo 272 del CPP (a su vez relacionado con el inciso 1° del artículo 276 del mismo cuerpo legal); además de contravenir la Constitución al amparar, no sólo una desigualdad ante la justicia, sino también la vulneración de una garantía cometida en la obtención de la evidencia cuya exclusión desestimó, sin imponerse de circunstancias que la hubieren rodearon tales como falsedad o proporcionalidad. Por el contrario, si el juez de garantía accede a la solicitud del fiscal, o de otro interviniente, en orden a pronunciarse sobre la exclusión de prueba de descargo recogida con inobservancia de garantías fundamentales, abriendo debate al respecto y sin perjuicio de decretar o no la exclusión luego de conocer las circunstancias que rodearon su obtención, obraría legítimamente con amparo en la ley, y como veremos luego, con apoyo constitucional.

2.1.1.1.- Exclusión de oficio de prueba ilícita de descargo.

Autores nacionales, como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE¹⁰⁹, señalan que el artículo 276 CPP, al imponer en términos imperativos al juez de garantía la aplicación de la regla de exclusión, lo faculta para excluir prueba ilícita de oficio. Agregan que el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT), le encomienda la función de

¹⁰⁹ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 212 y 213.



asegurar los derechos del imputado y de los demás intervinientes en el proceso penal, por lo que *"Siendo la función de control de la prueba ilícita el arma más poderosa en manos del juez de garantía para asegurar que los actos de investigación no afecten garantías fundamentales durante la etapa de investigación, resultaría un contra sentido entender que esta función básica del juez pudiera quedar condicionada a la iniciativa de las partes"*¹¹⁰. Por lo mismo, manifiestan su preocupación cuando, analizando la prueba de descargo como excepción a la ineficacia de la prueba ilícita, fuese el propio juez de garantía quien quisiera excluirla haciendo uso de sus facultades de oficio, lo que en definitiva niegan porque, a juicio de estos autores, *"no cabe la exclusión de prueba de descargo sobre la base de ilicitudes cometidas en la obtención de la prueba, porque en tal caso no existen razones de interés público que justifiquen la declaración de ilicitud"*¹¹¹.

Del mismo parecer es HERNÁNDEZ BASUALTO¹¹² quien consigna que la exclusión de la prueba ilícita está establecida como un deber del juez que debe cumplir de oficio, de modo que no está supeditado a las peticiones de las partes. Pero señala que el tenor imperativo del artículo 276 del CPP no es suficiente argumento para sostener tal aserto, aunque sí la función general que cumple este precepto. Al respecto, señala: *"Debe observarse que la tarea del juez de garantía en la audiencia de preparación de juicio oral no consiste sólo en resolver las disputas que se susciten entre acusación y defensa, sino que también debe, y con especial cuidado, velar por la viabilidad y corrección del juicio, interés propio de la administración de justicia y de la organización judicial. Es por ello que muchas de las facultades que debe ejercer el tribunal en este contexto se pueden y deben ejercer con independencia de la voluntad de las partes"*. Es lo que ocurre, a juicio de

¹¹⁰ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 213.

¹¹¹ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 223 y 224.

¹¹² Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 72 y 73.



este autor, con la corrección de vicios formales (artículo 270 CPP) o con la unión o separación de acusaciones (artículo 274 CPP).

Para nosotros, la exclusión –de oficio- de prueba ilícita de descargo, es improcedente. Por una razón de texto: el inciso 1º del artículo 10 del COT, que dispone: “*Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.* En consecuencia, no estando facultado por ley el juez de garantía para excluir prueba ilícita de oficio, sólo puede ejercer su ministerio a petición de parte. La excepción viene dada cuando es la propia ley la que lo faculta para proceder de oficio, como lo hace nuestro código de enjuiciamiento penal en varios de sus artículos, a saber: artículos 10, 76, 106, 120, 144, 145, 152, 163, 170, 234, 240, 241, 247, 269, 379, 402 y 458. Dicho de otro modo, si el legislador nacional hubiese querido otorgar al juez de garantía la facultad de excluir prueba ilícita de oficio, lo hubiera dicho expresamente y consignado en una norma facultativa de rigor, tal como lo hizo en cada uno de los artículos que acabamos de señalar y que no hacen otra cosa más que develar el espíritu general que inunda nuestra legislación procesal penal en materia de actuación de oficio por el tribunal.

2.1.2.- Oportunidad para impetrar la exclusión de prueba ilícita de descargo. Debate y examen previos.

La oportunidad legal para impetrar la exclusión de prueba ilícita de descargo, en el procedimiento penal ordinario chileno, es durante la audiencia de preparación de juicio oral. Es en esta audiencia donde ocurre el debate sobre las pruebas ofrecidas por los intervinientes, aquí opera el filtro de relevancia probatoria, y es aquí en donde el juez de garantía (juez de la admisión) pondera los intereses en juego. El artículo 260 CPP regula el momento en que tendrá lugar dentro del proceso, señalando: “*Citación a la audiencia. Presentada la acusación, el juez de garantía ordenará su notificación a todos los*



intervinientes y citará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días. Al acusado se le entregará la copia de la acusación, en la que se dejará constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación”.

Es en esta audiencia, según prescribe el artículo 272 del CPP, donde cada parte puede formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, con el objeto de recabar del juez de garantía su exclusión por haberse obtenido con vulneración de garantías fundamentales. En definitiva, es en esta audiencia donde se produce el debate previo de ilicitud. Acá el juez de garantía, aplicando el criterio de la proporcionalidad y el auxiliar de inexigibilidad de otra conducta, en su caso, ponderará si la restricción al derecho a la prueba del infractor es idónea para fomentar el debido proceso; evaluará si la restricción al derecho a la prueba del infractor es necesaria para mantener un procedimiento racional y justo sin que exista otra restricción que lo fomente a menor costo que la exclusión; y determinará si la restricción al derecho a la prueba del infractor es equivalente o proporcional al grado de afectación de la garantía vulnerada. En otras palabras, es en esta audiencia de preparación donde el juez de garantía examina¹¹³ las pruebas ofrecidas y escucha a los intervinientes que hubieren comparecido a ella, según dispone el inciso 1º del artículo 276 del CPP.

2.1.2.1.- Exclusión de prueba ilícita de descargo en la audiencia de juicio oral.

Al hablar de la exclusión de prueba ilícita de descargo en la audiencia de juicio oral nos referimos al caso de la prueba nueva exculpatória o atenuatoria, regulado en el artículo 336 del CPP, el que señala: *“Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de*

¹¹³ Según diccionario de la RAE cit., la palabra “examinar” significa, en su primera acepción: *“Inquirir, investigar, escudriñar con diligencia y cuidado algo”*; y, en su segunda acepción: *“Reconocer la calidad de algo, viendo si contiene algún defecto o error”*.



las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad". Es decir, nos referimos a una evidencia ilícita que no tuvo la oportunidad de pasar por el filtro de relevancia probatoria, ni ser conocida por el juez de garantía para su exclusión, lo que implica que deba ser el tribunal de juicio oral en lo penal quien deba abrir debate sobre su admisión o exclusión y efectuar las ponderaciones del caso, sin prejuiciarse, lo que resulta imposible.

Por lo anterior, estimamos que al tribunal de juicio oral en lo penal, por no tener facultades legales para pronunciarse sobre la admisión o exclusión de un elemento probatorio que adolece de ilicitud, toda vez que éstas (contenidas en el artículo 276 del CPP en relación con el artículo 272 del mismo código) se confieren en exclusiva al juez de garantía¹¹⁴, sólo le resta valorarlo o no en su sentencia. De ahí que la ley sea

¹¹⁴ En efecto, del análisis armónico y concatenado de los artículos 69, 266, 272 y 276 del CPP no queda más que concluir tal aserto. Pues, el artículo 69 del CPP, al delimitar las denominaciones de los tribunales, señala que cada vez que el CPP se refiera a "juez", se entenderá que alude al juez de garantía; si la referencia fuere a "tribunal de juicio oral en lo penal" se refiere al tribunal colegiado encargado de conocer del juicio mencionado. Por su parte, la mención de "los jueces" se entenderá hecha a los jueces de garantía, al tribunal de juicio oral en lo penal, o a todos ellos, según resulte del contexto de la disposición en que se utilice. De igual manera la alusión a "tribunal", puede corresponder, según su contexto, al juez de garantía, tribunal de juicio oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema. El artículo 266 del CPP, por su parte, señala que la audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, y el artículo 272, que alude al debate acerca de las pruebas generado dentro de dicha audiencia, presupone que lo será bajo la dirección del juez de garantía. Remata el artículo 276 del CPP al encargarle expresamente, al juez de garantía, el examen de las pruebas ofrecidas por los intervinientes. No existe norma legal, dentro de nuestro código de enjuiciamiento penal, que imponga al tribunal de juicio oral en lo penal la



particularmente estricta y restringida con la incorporación al juicio de este tipo de evidencia nueva, estableciendo importantes limitaciones: el interviniente que la ofrezca no debe haber sabido de su existencia sino hasta ese momento (clara demostración legal del criterio de inexigibilidad de otra conducta); o bien, no haber previsto la necesidad de controvertir una prueba detectada, sino hasta ese instante, como falsa o poco íntegra, lo que justifica su ofrecimiento inoportuno mediante el soslayo del filtro de relevancia probatoria. De esta forma, los jueces del fondo sólo pueden valorar o dejar de valorar una prueba nueva de descargo obtenida con vulneración de garantías fundamentales, mas no pronunciarse sobre su admisibilidad.

Así, una prueba nueva de descargo ilícita, si bien será admitida por los sentenciadores por carecer de facultades legales para excluirla, y para eludir posibles e indeseables prejuicios, será valorada sólo en la medida que resulte fidedigna, mas no cuando sea falsa o poco íntegra, de la misma forma como lo hubiesen hecho con la prueba que, habiendo superado el filtro de relevancia probatoria, y tras el incidente de rigor, no hubiere resultado auténtica, veraz o íntegra.

2.1.2.2.- Exclusión de prueba ilícita de descargo en la audiencia del artículo 343 del CPP.

El artículo 343 del CPP establece que: *"En el caso de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad prevista en el inciso primero. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, y los demás factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena, el tribunal abrirá debate sobre tales circunstancias y factores,*

obligación de abrir debate sobre solicitudes, planteamiento y observaciones a propósito de la exclusión de una prueba ilícita, y que lo obligue a examinar las pruebas ofrecidas con fines de exclusión.



inmediatamente después de pronunciada la decisión a que se refiere el inciso primero y n la misma audiencia. Para dichos fines, el tribunal recibirá los antecedentes que hagan valer los intervinientes para fundamentar sus peticiones, dejando su resolución para la audiencia de lectura de sentencia". Norma no contenida en el proyecto original del código referido, incorporada por la Ley N° 20.074 de 14 de noviembre de 2005.

Desde luego que, bajo los supuestos de este artículo, la prueba ilícita de descargo no será precisamente de carácter exculpatoria, pues el imputado ya resultó condenado, sino de carácter simplemente atenuatoria en sentido amplio, ajena al hecho punible y atingente a la determinación y cumplimiento de la pena. Mas, al igual que en el caso anterior de la prueba nueva, tampoco existe filtro de relevancia probatoria y al tribunal de juicio oral en lo penal, careciendo de facultades legales de exclusión por ilicitud de la evidencia (puesto que los artículos 272 y 276 del CPP están dirigidos en exclusiva al juez de garantía), sólo le restará valorar o desestimar los antecedentes presentados por los intervinientes.

2.1.3.- La resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud.

Por cierto que el producto final, tras debate de exclusión de rigor de los artículos 272 y 276 del CPP, se contiene en el auto de apertura del juicio oral. En él queda plasmado el medio de prueba que logró superar el filtro de relevancia probatoria. En efecto, el artículo 277 del código referido consigna que, al término de la audiencia de preparación de juicio oral, el juez de garantía debe dictar el pertinente auto de apertura, resolución judicial que debe contener, entre otras menciones, las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo al resultado obtenido luego del examen de las mismas y de haberse escuchado las solicitudes, observaciones y planteamientos de los intervinientes por el juez de la admisión.



Sin embargo, no nos referiremos, en este acápite, al auto de apertura del juicio oral, sobre el cual mucho se ha escrito por la doctrina nacional al tratarse de la resolución que delimita el objeto del juicio oral, fijando sus hechos y circunstancias, y los medios de prueba ofrecidos para acreditarlos. Sí aludiremos a otra resolución judicial que pasa inadvertida frente a la importancia de aquél, pero no menos relevante, que lo precede, y que en parte lo sustenta: la que contiene la decisión de exclusión o admisibilidad del elemento de prueba que se pretende ilícito, emanada de la boca juez de garantía luego del examen de las pruebas ofrecidas por los intervinientes. De esta resolución judicial de carácter verbal¹¹⁵, sólo queda constancia en el auto de apertura escrito cuando el juez de la admisión opta por mantener la prueba en el proceso, y no cuando decide excluirla por ilicitud. De ahí que resulta paradójico que, como luego veremos, se pueda impugnar el auto de apertura por la exclusión de una prueba ilícita decretada por el juez de manera oral, en circunstancias que lo impugnado debiese ser, precisamente, la resolución verbal de inadmisión.

2.1.3.1.- Fundamentación de la resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud.

El artículo 36 del CPP impone, a los jueces, lo siguiente: "*Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.*

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación". En consecuencia, al emitir verbalmente el juez de garantía su decisión de exclusión o admisibilidad probatoria, debe expresar, con precisión, los fundamentos de

¹¹⁵ El artículo 266 del CPP establece: "*Oralidad e inmediación. La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciará en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos".*



hecho y de derecho en los que se basó, de manera que los intervinientes puedan reconstruir su razonamiento sobre la base de los motivos señalados.

A lo anterior es a lo que se refiere el inciso 3° del artículo 276 del CPP cuando consigna: "*Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*", puesto que al decir "*Del mismo modo*", alude derechamente a la forma en que el juez de garantía debe disponer la exclusión del proceso de una prueba ilícita. En efecto, el inciso 1° del artículo 276 aludido establece que: "*El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará **fundadamente** que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios*". En otros términos, la expresión "*Del mismo modo*", quiere decir "*fundadamente*", de lo que se colige que el juez de la admisión excluirá las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, por resolución fundada; y no que posee facultades de oficio para excluirlas¹¹⁶.

El juez de garantía, en consecuencia, frente a la solicitud de exclusión de prueba de descargo por ilicitud planteada por el fiscal, el querellante en representación de la víctima, o incluso por un co-imputado incompatible, debe abrir debate al respecto, escuchar a los intervinientes exponer sus observaciones y planteamientos relevantes y, luego de examinar el elemento probatorio que se pretende excluir por inobservancia de garantías fundamentales, pronunciar fundadamente su decisión al respecto. Es este examen que hace

¹¹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. p. 73; y cft. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 213.



el juez el que le sirve de sustento posterior en su fundamentación, pues acá es cuando pondera y advierte si la exclusión de una prueba por ilicitud resulta o no proporcionada en relación con la vulneración de la garantía fundamental cometida en la obtención de la evidencia. Así, por ejemplo, no basta con fundamentar la mantención en el proceso de la prueba ilícita de descargo en la sola circunstancia de ser de descargo, pues, el juez, pese a estimar ilícita o falsa la evidencia según los datos aportados por los intervinientes en la audiencia y que examinó, debe convencerse de que existe desproporción en la exclusión ponderando la entidad del daño causado con la vulneración cometida al obtener la prueba, versus el tamaño de la afectación del derecho fundamental a la prueba exculpatoria del imputado y, luego de ello, optar consecuentemente por la no exclusión del medio de probatorio, lo que además debe fundar.

2.1.3.2.- Impugnación de la resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud.

El inciso 2° del artículo 277 del CPP, señala: *"El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será conferido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales"*.

Los autores nacionales que niegan la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo observan, en esta norma, el argumento de texto necesario para inferir que la prueba de descargo no queda expuesta a exclusión. Así, HERNÁNDEZ BASUALTO¹¹⁷ nos dice que el inciso en comento, *"al establecer el único caso en que es apelable el auto*

¹¹⁷ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 64 y 65.



de apertura del juicio oral, cual es precisamente el de la exclusión de prueba ilícita, faculta sólo al Ministerio Público a interponer el recurso, lo que permite colegir-a menos que se admita una discriminación carente de antecedentes en la historia fidedigna de la ley y de casi imposible fundamentación- que a juicio del legislador sólo la persecución penal podía verse afectada por dicha exclusión". Los autores HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE¹¹⁸ comparten la opinión de HERNÁNDEZ BASUALTO y, luego de exponer las razones de su rechazo a la exclusión de prueba de descargo, según ya expusimos¹¹⁹, y refiriéndose al mismo inciso del artículo 277 CPP comentado, expresan: *"El CPP chileno lo ha entendido así, indudablemente, al tenor de lo dispuesto por el art. 277 CPP, que declara pròcedente el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de apertura del juicio oral cuando lo interpusiera el ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. La idea de que la exclusión de pruebas sólo puede constituir un agravio para el ministerio público evidencia aquí que, legalmente, no está previsto que pueda éste solicitarla".* Otro tanto GONZÁLEZ GONZÁLEZ¹²⁰, quien señala que el inciso transcrito más arriba, *"sólo confiere al Ministerio Público y no a la defensa recurso de apelación en contra del auto de apertura por exclusión de prueba ilícita, de lo que cabe inferir que la prueba de descargo no queda sujeta a exclusión".*

A nosotros, la disposición transcrita nos provoca varias digresiones. La primera, que la ley procesal penal chilena no contempla la posibilidad de impugnar la resolución judicial verbal en virtud de la cual se excluyó o admitió prueba ilícita. Paradójicamente, lo que contempla es la posibilidad de impugnar el auto de apertura del juicio oral por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del

¹¹⁸ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., p. 216.

¹¹⁹ Véase supra 1.2.1.4.

¹²⁰ Véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, ob. cit. pp. 353 y ss., acápite IX.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



artículo 276 del CPP, o sea, por provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o por haber sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, pese a que dicho auto de apertura sólo contiene o menciona los medios de prueba que superaron el filtro de relevancia probatoria y serán, por lo mismo, rendidos en el juicio oral. La segunda, que resulta extraño que el legislador nacional otorgara legitimación activa para deducir recurso, en este caso de apelación, sólo al Ministerio Público y no al resto de los intervinientes, en circunstancias que todos se encuentran en una misma posición jurídico-procesal frente a una exclusión probatoria y experimentan evidente agravio al perder evidencia que pretendían hacer valer en juicio en resguardo de sus intereses. La tercera, como contrapartida del recurso de apelación otorgada al órgano persecutor, se concede –a modo de consuelo- un recurso de nulidad al resto de los intervinientes, pero que podría producir efectos incluso posteriores a un largo, complicado y agotador juicio oral en donde los jueces del fondo ya conocieron, valoraron y fallaron un asunto penal conforme con las evidencias que se pretenden excluir por la vía del recurso de nulidad. La cuarta, que confirma la regla general en el sentido de que el legislador, cuando quiere excluir intervinientes, lo hace de manera directa; en caso contrario, los incluye a todos con la mención genérica de “intervinientes”. La quinta, es ver en esta disposición una ventaja o prerrogativa procesal que el legislador concedió por razones político-criminales al ente persecutor en razón del interés del Estado en la aplicación de la pena y búsqueda de la verdad como mecanismo de defensa social, tan válida como las que otorgó exclusivamente al imputado en el artículo 4° (presunción de inocencia); 93 letra g) (derecho a guardar silencio); 98 (derecho a declarar sin juramento previo); 338 (última palabra); 379 (invalidación de oficio por el tribunal *ad quem* en el recurso de nulidad); 385 (sentencia de reemplazo); entre otros artículo todos del CPP.

Lo cierto, es que para el legislador nacional sólo el Ministerio Público puede recurrir de apelación, en contra del auto de apertura del juicio oral, cuando el juez de



garantía le hubiere excluido, por ilicitud, prueba de cargo. Las razones de aquello no aparecen tan claras, aunque nos inclinamos porque su concesión obedece al interés del Estado en la aplicación de la pena y búsqueda de la verdad como mecanismo de defensa social. Lo que sí se aprecia claramente es una ostensible desigualdad entre los intervinientes para con los órganos jurisdiccionales¹²¹, tanto, que basta entregar este recurso de apelación al resto de los intervinientes, por la vía de la modificación legal o por la vía de la inconstitucionalidad debidamente declarada, para que el argumento de texto, utilizado por la doctrina nacional como base legal para sostener en Chile la improcedencia de la exclusión de prueba de descargo, se derrumbe. A nuestro juicio, no existe norma legal en nuestro país que impida a un juez de garantía excluir prueba ilícita de descargo.

2.2.- Soporte constitucional de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.

El inciso primero del artículo 1° de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante CPR), reconoce que las personas naces libres e iguales en dignidad y derechos. Es decir, nuestra Carta Fundamental, comienza estableciendo y reconociendo tres valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico: la dignidad de la persona humana, la libertad, y la igualdad. La dignidad implica respeto por toda persona en cuanto ser consciente, racional, perfectible, dotado de voluntad y afectividad, por su calidad de tal, lo que impide su coacción física o mental, o que fuere discriminada. La libertad, que se puede manifestar de varias maneras, reconoce en la persona un ser ónticamente libre. La igualdad implica que ninguna persona es inferior o superior a otra en dignidad y derechos, por lo que no pueden existir diferencias arbitrarias que impliquen discriminación. El Estado, incluso, debe asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la

¹²¹ Así de claro lo ve también el Tribunal Constitucional chileno, según tendremos oportunidad de comentar en la tercera parte de este trabajo.



vida nacional, según reza el inciso final del artículo 1° comentado¹²². Se advierte desde ya que, a toda persona, en cuanto digna, se debe respeto en sus derechos esenciales que emanan de su propia esencia; y que, en cuanto goza de igualdad en los mismos, no puede ser discriminada.

Considerando lo expuesto por inciso primero del artículo 1° de la CPR, podemos llegar a dos importantes asertos respecto de la constitucionalidad de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile: primero, el artículo 272 del CPP, que consagra el debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes ante el juez de garantía dentro del marco de la audiencia de preparación del juicio oral, al otorgar la igualitaria posibilidad de formular solicitudes (donde por cierto cabe la de exclusión probatoria por ilicitud), observaciones y planteamientos a todo interviniente, sin excepción alguna, respecto de las pruebas ofrecidas por los demás, se ajusta a los parámetros constitucionales de “igualdad en dignidad y derechos”. Segundo, el artículo 276 del CPP, que contiene la regla de exclusión probatoria para el juicio oral, al consagrar que el examen del juez de garantía debe comprender toda la prueba ofrecida por los intervinientes comparecientes, sin proscripción de evidencia alguna antes del mencionado examen, también se ajusta a la Constitución¹²³. En consecuencia, los artículos 272 y 276 del CPP que dan sustento legal a la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile, tienen soporte constitucional en una norma pétrea. Amén de ajustarse a otras que ya veremos, como el artículo 19 números 2 y 3 de la CPR.

¹²² Véase VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; Y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO en “Derecho Constitucional”. Tomos I, Ed. Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 2002, p. 110.

¹²³ Por el contrario, el artículo 277 del CPP, en cuando concede facultad recursiva sólo a uno de los intervinientes en circunstancias que todos se encuentran en una misma posición jurídico-procesal frente a una exclusión probatoria y experimentan evidente agravio al perder evidencia que pretendían hacer valer en juicio en resguardo de sus intereses, resulta, a nuestro modo de ver, inconstitucional. Así también lo considera el Tribunal Constitucional chileno, según veremos en la tercera parte de este trabajo.



Avanzando en el articulado constitucional, el inciso final del artículo 5° de la CPR, imponiendo deberes de respeto y promoción al Estado, a propósito de la soberanía y los límites a su ejercicio, establece: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*. Siendo los tribunales de justicia órganos del Estado, están obligados a respetar y promover los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y tratados internacionales ratificados y vigentes¹²⁴. *Ergo*, al fundar un fallo en una evidencia ilícita que presupone una vulneración de garantía previa, y que traspasó el filtro de relevancia probatoria sin debate entre los intervinientes ni examen de ponderación previo de parte del juez de la admisión (es decir, sin que hubiese operado la legitimación por la constitución tras la aplicación del principio de proporcionalidad)¹²⁵, estarían amparando transgresiones de derechos fundamentales, y promoviéndolas bajo premio de valoración.

Por su parte la Constitución, en su artículo 6°, consagra el principio de la supremacía constitucional, su plenitud normativa, su inmediata aplicación y el carácter imperativo de su contenido, al dispone en el inciso primero: *"Los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar*

¹²⁴ Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como "Pacto de San José de Costa Rica"), suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, son aplicables en Chile por mandato expreso del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República. Si bien ambos instrumentos, en sus artículos 14 y 8 respectivamente, consagran derechos y garantías fundamentales a favor del perseguido penalmente, no excluyen de su amparo a los restantes intervinientes desde el instante mismo en que son incorporados al derecho interno en el que sí cuentan con debida protección.

¹²⁵ Véase *supra* 1.3.1.1.1.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“LEGUM MAGISTER”)



el orden institucional de la República”. Asimismo, en el mismo artículo, pero en su inciso 2º, consagra el principio de vinculación directa de la constitución, sujetando a toda persona, grupo, organismo, autoridad o poder público a sus preceptos, señalando: “*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”. Desde luego que no sólo los órganos del Estado están obligados a respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, también lo está toda persona, institución o grupo. Por cierto que es más grave que un agente del Estado vulnere garantías de privados a que lo hiciera un particular¹²⁶, pero esto no exime a este último del deber de respetarlas, puesto que los preceptos de la Constitución también lo vinculan. Siendo presupuesto de toda exclusión de prueba ilícita una vulneración de garantía, no puede favorecerse al particular infractor permitiéndosele incorporar la evidencia espuria al proceso bajo las mismas circunstancias que al órgano estatal persecutor se le impide, sin previo examen de proporcionalidad; examen que, por lo demás, debe recaer sobre todo el material probatorio de los intervinientes, y no sólo en el de cargo.

Los artículos 272 y 276 del CPP cuentan, además, con sustento constitucional del artículo 19 N° 2 de la CPR el cual, refiriéndose a la igualdad ante la ley, señala: “*En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. Y también con el del artículo 19 N° 3 que consagra la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Por su parte, el inciso 5º del artículo 19 N° 3 de la CPR prescribe: “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente*

¹²⁶ Por lo pronto, una vulneración de garantía cometida por un agente estatal, por lo general, coincidirá con la comisión de un delito especial de penalidad no despreciable; o con la comisión de uno simple, pero agravado por el artículo 12 N° 8 del Código Penal.



tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Alma máter del debido proceso y, por lo mismo, soporte constitucional del principio de proporcionalidad que analizamos en supra 1.3.1.1.1. Así, resulta racional y justo excluir del proceso una prueba de descargo obtenida con vulneración de garantías, cuando la magnitud del daño causado en la comisión de tal vulneración supera la afectación al derecho fundamental a la prueba del infractor, pues en este evento la exclusión resulta proporcionada en relación con la afectación de este último derecho. Así como también resulta racional y justo no excluir prueba de descargo por ilicitud, cuando la afectación al derecho a la prueba del infractor es superior al daño causado con la vulneración de garantía cometida en su obtención, pues la exclusión resultaría, en este caso, desproporcionada en relación con la afectación al mencionado derecho a la prueba.

En cuanto al fundamento de la exclusión de prueba ilícita que vimos en *supra* 1.3 de esta tesis, mismo y único para toda exclusión probatoria, sustentado en la supremacía constitucional, fuerza vinculante de la Constitución y el debido proceso en cuanto garantiza la igual protección de los derechos ante la justicia, encuentra su soporte constitucional en una trilogía de preceptos constitucionales, a saber: artículo 5°, 6° y 19 N° 3, sólidas columnas que lo nutren de legitimidad.

Siendo legal y constitucionalmente procedente la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile, veamos en qué supuesto su improcedencia resulta contraria a la ley y a la Constitución. Es contrario a los artículos 272 y 276 del CPP, y a los artículos 1°, 5°, 6°, y 19 N° 2 y N° 3 de la CPR mantener en el proceso prueba de descargo obtenida con vulneración de garantías fundamentales por la sola razón de ser de descargo, sin que se hubiese abierto debate previo entre los intervinientes, o sin que el juez hubiere hecho el examen de ponderación de rigor ante intereses, valores o principios constitucionales en



colisión. No obstante, si tras dicho debate y examen de proporcionalidad el juez de la admisión mantiene la evidencia por considerar desproporcionada su exclusión, los jueces del fondo podrán fallar conforme a ella sin contaminar su sentencia, pues su ilicitud fue legitimada por la Constitución al resultar, su mantención en el proceso, más acorde con un racional y justo procedimiento que en el evento de haberla excluido.

Cabe agregar, que el sustento constitucional de la exclusión de la prueba falsa se encuentra en la primera parte del artículo 19 N° 7 letra e) de la CPR, que dispone: "*La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla*". La ley que establece estos requisitos y modalidades es el CPP, en cuyo artículo 140, consigna: "*Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiese obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o **falsificación** de elementos de prueba*". El éxito de la investigación se eleva, en consecuencia, a rango constitucional. *Ergo*, la libertad de un imputado cede, legal y constitucionalmente hablando, privilegiándose el éxito de la investigación y repudiándose su obstaculización, cuando existe fundada sospecha de falsificación de evidencia.



3.- JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA PROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA DE DESCARGO EN CHILE

Hace pocos años, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia dio un “golpe de malleté” y declaró que las garantías del debido proceso también son aplicables al Ministerio Público y que el fiscal, conjuntamente con el resto de los intervinientes, están en un plano de igualdad en la audiencia de preparación del juicio oral, y en el juicio oral mismo, por lo que el ente persecutor no es el único que puede solicitar exclusiones probatorias del juez de garantía, sino también el resto de los intervinientes; y no sólo a este organismo público podría excluirse prueba ilícita, también al resto de las partes. El Tribunal Constitucional, por su parte, el año 2010 declaró inconstitucional, por desigual, la expresión “*cuando lo interpusiere el ministerio público*”, comprendida en el inciso 2° del artículo 277 del CPP, asimilando que la defensa del imputado (y por lógica deducción, cualquier otro interviniente) también posee facultad recursiva si se le excluyere prueba por ilicitud. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un fallo que comentaremos, acogiendo literalmente los postulados de HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE vistos en la primera parte de este trabajo, es de parecer que no procede la exclusión de prueba ilícita de descargo. Luego de la exposición y comentarios de rigor de la jurisprudencia pertinente, nos detendremos en algunos aspectos prácticos de la exclusión probatoria de descargo, particularmente en los mecanismos procesales que posee la defensa para agotar instancias previas y posteriores al debate de exclusión a la luz del principio de objetividad que inunda el actuar investigativo del fiscal, o de la buena fe procesal que irradia su accionar en cuanto interviniente litigante. Analizaremos, además, el particular caso de la prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible.



3.1.- Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia. Garantías del debido proceso también son aplicables, por razones de igualdad, al Ministerio Público.

La Excelentísima Corte Suprema de Justicia, en dos fallos relativamente recientes, ha puesto a los intervinientes en un pie de igualdad o equivalencia. Pero sólo en la audiencia intermedia de preparación de juicio oral y en el juicio oral mismo; mas no, como es obvio, en la etapa de investigación¹²⁷. El máximo tribunal del país ha estimado que el quebrantamiento de esta igualdad importa una ilegal forma de tramitación del proceso que no podría servir de base para la dictación de una sentencia por contravenir la garantía del debido proceso contemplada en el artículo 19 N° 3 de la CPR el cual, como sabemos, asegura que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En definitiva, la Corte reconoce al Ministerio Público su derecho al debido proceso. Veamos.

En fallo de fecha 21 de abril de 2005, recaído en recurso de nulidad ingreso N° 5869-2004, la Corte Suprema resolvió, en el considerando segundo, lo siguiente: *"Que ninguna duda cabe que la ley procesal privilegia la preeminencia de la labor del Ministerio Público en la etapa de investigación en el nuevo proceso penal y así lo declara expresamente el Código del ramo en el artículo 3° cuando le entrega la exclusividad de la investigación penal, siguiendo en ello el mandato superior contenido en el artículo 80 A de la Constitución Política de la República, amén de las facultades que el artículo 77 le confiere para ejercer y sustentar la acción penal pública en la forma prevista por la ley; pero ello cambia fundamentalmente cuando se trata de las actuaciones que le compete en*

¹²⁷ Existen, sin embargo, dos fallos mayoritariamente contrarios, pero anteriores, a los comentados en este trabajo: recurso de nulidad, Corte Suprema, Ingreso N° 4969-02, por el delito de homicidio. Sentencia de fecha 31 de marzo de 2003; y recurso de nulidad, Corte Suprema, Ingreso N° 2600-04 por el delito de violación. Sentencia de fecha 11 de agosto de 2004. Al respecto, véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, "Estatus de..." cit. pp. 135 a 138.



las etapas de preparación del juicio oral, como en el desarrollo del juicio oral". Más adelante, en el mismo considerando, se expresa: "De lo dicho, se desprende que el fiscal del Ministerio Público está en igualdad procesal frente a la persona del defensor, particularmente, en todo cuanto concierne al desarrollo de ambas etapas procesales, comprendiendo en ello, lógicamente, la rendición de las pruebas correspondientes".

En el fundamento 4° del referido fallo de fecha 21 de abril de 2005, la Corte concluyó: *"Que lo relacionado en los dos fundamentos anteriores sirve de sustento legal para concluir en esta sentencia que el Ministerio Público está perfectamente legitimado por la ley (cuestión objetada por la defensa en sus alegatos en la audiencia en razón de este recurso) para discutir y defender, en un plano de igualdad con la defensa, todo cuanto concierna, en lo particular, a sus pretensiones probatorias dentro del juicio oral, como también a que es la audiencia de preparación del juicio la oportunidad que tienen las partes para discutir y excluir las pruebas que hubiesen propuesto";* y en el considerando 7° remató: *"Desde un plano meramente teórico por de pronto, las anotadas irregularidades podrían importar una ilegal forma de tramitación del presente proceso por violación de los principios de igualdad de las partes y de las armas de los intervinientes, de modo que la sentencia no habría podido fundarse en él, por entrar en flagrante(sic) violación a la garantía constitucional del debido proceso contenida en el artículo 19 N° 3° inciso 5° de la Constitución Política de la República, invocada por el recurso, en cuanto asegura que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado".*

En fallo de fecha 28 de junio de 2005, recaído en recurso de nulidad ingreso N° 437-2005, la Corte Suprema resolvió, en el considerando quinto, lo siguiente: *"Que, si bien es cierto que en su origen y evolución esta garantía ha tenido como objeto el proteger al perseguido frente al poder de persecución del Estado, es preciso distinguir entre la*



garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente en la norma constitucional mencionada, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.” Anteriormente, en el considerando 4º, la Corte señaló que el *régimen adversarial* que se consagró con el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, generó un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso criminal, por lo que los fiscales del Ministerio Público se encuentran en un plano de igualdad procesal frente a la persona del defensor.

El mismo fallo de fecha 28 de junio de 2005, concluyó en su considerando 6º: *“Que consecuentemente con lo relacionado en los basamentos precedentes, el Ministerio Público está perfectamente legitimado por la ley para invocar la garantía del debido proceso en su favor”*.

De acuerdo con estos fallos, en consecuencia, queda clara la igualdad que existe entre los intervinientes dentro de una audiencia de preparación de juicio oral en lo penal, o en el juicio oral mismo; y que el debido proceso también toca al Ministerio Público.

3.2.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. Expresión “cuando lo interpusiere el ministerio público”, comprendida en el inciso 2º del artículo 277 del CPP es inconstitucional, por desigual.

En octubre del año 2009, la defensa de un imputado por crimen de parricidio presentó, ante el Tribunal Constitucional, un requerimiento de inaplicabilidad¹²⁸ de la

¹²⁸ Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ROL de ingreso N° 1502-09 INA, Tribunal Constitucional de Chile.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



oración “*cuando lo interpusiere el ministerio público*”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del CPP por estimar, el actor, que el otorgar un recurso a una sola de las partes de un litigio penal, en circunstancias que cualquiera de ellas puede verse afectada del mismo modo por una resolución judicial, constituye una discriminación arbitraria prohibida por el artículo 19 N° 2 de la CPR, agregando que el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, asegura a toda persona la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, por lo que el precepto resulta violado si se otorgan medios especiales de protección a una de las partes en un proceso penal y no así a las demás. Por otra parte, sostiene el recurrente, la norma que se objeta vulnera el derecho a un racional y justo procedimiento, comprendido en el inciso quinto de la misma disposición constitucional.

Los hechos que originaron la presentación fueron los siguientes: en agosto de 2009, tuvo lugar la audiencia de preparación del juicio oral ante el Juzgado de Garantía de Viña del Mar. En ella se procedió a la discusión sobre la exclusión de prueba, ofreciendo la defensa documentos que daban cuenta de que el domicilio de la víctima no era el del imputado, con lo que pretendía demostrar ausencia de convivencia, y con ello que se está en presencia de un crimen de homicidio, y no de un parricidio, con la consiguiente disminución en la penalidad. Entre esos antecedentes se encontraban: un certificado de contribuciones de la propiedad en que vivía la víctima, obtenido de la página *Web* del Servicio de Impuestos Internos; y una cartola tributaria de la víctima contribuyente, con mención de la declaración jurada de su domicilio, obtenida de la misma forma. El Juzgado de Garantía de Viña del Mar excluyó tales pruebas por estimar que fueron obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, esto es, con infracción al derecho de propiedad de sus datos y al derecho a la privacidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 276, inciso tercero del CPP, pues, habiendo expirado el mandato que constituyó la víctima en favor del acusado, estaba vedado a éste último utilizar las claves de acceso al sitio en cuestión para conseguir los instrumentos de que ahora pretende valerse su defensa.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“LEGUM MAGISTER”)



El Tribunal Constitucional, mediante fallo de fecha 09 de septiembre de 2010, acogió el requerimiento de inconstitucionalidad y declaró inconstitucional la oración “*cuando lo interpusiere el ministerio público*”, contenida en el inciso segundo del artículo 277 del CPP. Veamos su razonamiento y conclusión, contenidos en los siguientes considerandos que a continuación transcribimos:

“SEPTIMO: Que, atendidas las razones que se expresan a continuación, esta Magistratura concluirá que la aplicación de esa expresión, contenida en el referido artículo 277, inciso segundo, produce un resultado inconstitucional, habida cuenta que dentro de la causa sub lite, frente a idéntica situación de agravio, consistente en una resolución que priva de un medio de prueba, se otorga el derecho a apelar a un interviniente activo y al otro no;

OCTAVO: Que, efectivamente, aludiendo a quienes poseen la calidad de intervinientes según el artículo 12 del Código Procesal Penal, y a propósito del mismo precepto ahora cuestionado, este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que “el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3º del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26º, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar” (ROL N° 1535, considerando vigésimo octavo);

NOVENO: Que, para declararlo así, se tuvo especialmente en cuenta que es deber del Estado promover el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, conforme ordenan sus artículos 5º, inciso segundo, y 6º, incisos primero y



segundo, entre los cuales se encuentra el derecho a una tutela judicial eficaz que le asiste a las partes, incluido el imputado, así como el acceso a la jurisdicción en todos los momentos de su realización, con el propósito de excluir, justamente, cualquier forma de indefensión;

DÉCIMO: Que, por lo mismo, no condice con los parámetros de racionalidad y justicia que la Constitución exige al proceso penal, la circunstancia de que el imputado se vea privado de la posibilidad de apelar contra la resolución que determina lo que será, en la práctica, todo el juicio oral, incidiendo en la prueba y, por consiguiente, en el esclarecimiento del hecho punible y las circunstancias que lo rodean;

DÉCIMOPRIMERO: Que, además, esta Magistratura ha tenido ocasión de pronunciarse en cuanto atañe al artículo 19 N° 2° de la Constitución, en el sentido de que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas (roles N° 53, considerando septuagésimosegundo; N° 755, considerando vigésimoséptimo; N° 790, considerando vigésimoprimer; N° 797, considerando decimonoveno, y N° 1535, considerando trigésimotercero, entre varias).

Se ha señalado asimismo que si bien cabe al legislador formular diferencias o estatutos especiales, tales distinciones son constitucionalmente admisibles sólo cuando obedecen a presupuestos objetivos, pertinentes y razonables; cuando resultan proporcionadas e indispensables, amén de perseguir una finalidad necesaria y tolerable (roles N° 790, considerando vigésimo segundo; N° 1138, considerando trigésimo séptimo, y N° 1140, considerando trigésimo primero, entre otras).



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



DECIMOSEGUNDO: Que, en estas condiciones, no se divisa razón ni proporción en otorgar el recurso de apelación en forma privativa a uno de los intervinientes, como es el ministerio público, mas no al imputado, lo que hiere injustificadamente su derecho a participar con igualdad de oportunidad ante los órganos jurisdiccionales.

En efecto, siendo lógico que al amparo del artículo 277, inciso segundo, examinado, el ministerio público pueda apelar, en función de superar la presunción de inocencia que beneficia al imputado, no lo es que a éste se le impida levantar -con iguales posibilidades procesales- una teoría alternativa o colateral al caso, en defensa activa de sus derechos;

DECIMOTERCERO: Que, en consecuencia, existiendo dos sujetos activos en un mismo proceso penal, toma cuerpo una discriminación arbitraria cuando se entiende que solamente uno puede apelar por exclusión de la prueba, y el otro no;

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 19, N°s 2° y 3°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA:

Que se acoge el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto en autos, sólo en cuanto se declara inaplicable, en la gestión sub lite, la expresión "cuando lo interpusiere el ministerio público", comprendida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal. Déjase sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos, oficiándose al efecto al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar".



Bajo este razonamiento del Tribunal Constitucional, cabría la posibilidad de deducir requerimiento de inaplicabilidad no sólo por la defensa del imputado, sino también por la víctima, querellante y co-imputado incompatible. Así, con este fallo se derrumba el sustento legal que la doctrina nacional pretendía ver en el artículo 277 CPP para no excluir prueba ilícita de descargo en Chile, toda vez que el resto de los intervinientes, que no detenta *ius puniendi* alguno, también podría recurrir de apelación ante la exclusión probatoria por ilicitud que le afectare, previa declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

3.3.- Jurisprudencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso. Improcedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo.

Pero el caso anterior no termina ahí. La defensa del imputado, luego de obtener fallo favorable del Tribunal Constitucional, recurrió de apelación en contra de la resolución dictada en la audiencia de preparación de juicio oral, llevada a efecto en agosto de 2009 ante el Juzgado de Garantía de la ciudad de Viña del Mar, mediante la cual se excluyó prueba documental ofrecida por el recurrente, consistente en un certificado de pago de contribuciones del inmueble de propiedad de la víctima y en una cartola tributaria de la misma, ambos instrumentos obtenidos a través de la página *Web* del Servicio de Impuestos Internos, y que daban cuenta –como ya vimos– que el domicilio de la víctima no era el del imputado, con lo que se pretendía demostrar ausencia de convivencia, y con ello homicidio en vez de parricidio, con la posibilidad de optar a menor penalidad. Es una clara prueba de descargo de carácter atenuatoria o aminorante, y no exculpatoria.



La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo del recurso ROL IC N° 913-2010, con fecha 08 de octubre de 2010, lo acogió y ordenó incorporar al auto de apertura el material probatorio excluido por el juez *a quo*¹²⁹. Veamos su razonamiento.

“SEGUNDO: Que los fundamentos que sustentan la exclusión documental, por parte de la aludida juez, consisten en que los referidos elementos de convicción habrían sido obtenidos con vulneración de garantías fundamentales, desde que, habiendo expirado el mandato que constituyó la víctima en favor del acusado, estaba vedado a éste último utilizar las claves de acceso al sitio en cuestión para conseguir los instrumentos de que ahora pretende valerse su defensa, razón por la cual, y de conformidad con lo prescrito por el inciso 3° del artículo 276 del Código Procesal Penal, correspondería excluir la aludida prueba;

TERCERO: Que, y siguiendo en este punto a los autores María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, “...la temática de la prueba ilícita y de la inobservancia de las garantías fundamentales está indisolublemente a los excesos cometidos por el Estado en el ejercicio del ius puniendi y, fundamentalmente, en la actividad de investigación propia de la persecución penal, de tal suerte que si la defensa ofrece prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, más allá de las responsabilidades civiles o penales en que puedan incurrir los autores de ella, no se observan razones de interés público que justifiquen la exclusión de la prueba...” (“Derecho Procesal Penal Chileno; Tomo II”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago-Chile; año 2004; pp. 215-216). Esta línea de pensamiento encuentra su sustento en que el Estado debe sacrificar la búsqueda de la verdad cuando entra en conflicto el interés de dicho órgano en la aplicación de la pena con

¹²⁹ Claro que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar desestimó el certificado de contribuciones y la cartola tributaria de la víctima, condenando al imputado a 12 años de presidio mayor en su grado medio, como autor del delito de parricidio; y la Iltrma. Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



el interés público que existe en el respeto a las garantías fundamentales, pues aquél debe, necesariamente, ceder ante éste último. Pero cuando se trata de la prueba de descargo, y tal como lo afirman estos mismos autores, el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho de defensa y con un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes, con lo cual queda claro que la exclusión de prueba exculpatoria no cumple ninguna función de interés público, porque no previene la mala conducta de los agentes estatales en la investigación de los delitos ni preserva la integridad judicial, y no tiene, por tanto, ningún sustento constitucional aceptable (ob.cit.; p. 216);

CUARTO: Que, habiendo decidido la resolución en alzada la exclusión de la prueba de descargo presentada por la defensa, y conforme se ha venido razonando, no procede dar aplicación a su respecto a lo establecido en el inciso 3° del ya mencionado artículo 276 del Código Adjetivo, pues tal mandato legal opera si se trata de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, cuando es el órgano persecutor quien pretende incorporarla al juicio.

Por estas consideraciones, disposición legal citada y visto, además, lo dispuesto por los artículos 364 y siguientes del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

Que se revoca la resolución dictada en audiencia de preparación de juicio oral, de fecha 18 de agosto de 2009, mediante la cual el Juzgado de Garantía de la ciudad de Viña del Mar excluyó prueba documental presentada por la defensa del acusado Nelson Pino San Martín, consistente en un certificado de pago de contribuciones del inmueble de propiedad de la víctima y una cartola tributaria de la misma, ambos instrumentos obtenidos, a través de la página Web del Servicio de Impuestos Internos, con fecha 20 y 28 de junio de 2008, declarándose en su lugar que tales instrumentos deben ser incorporados



en el auto de apertura respectivo, dentro de los elementos de convicción de que se valdrá su defensa".

La Corte, desde luego, comparte el criterio de los autores HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE visto en la primera parte de este trabajo¹³⁰, y es de parecer, en consecuencia, que no procede la exclusión de prueba ilícita de descargo.

Al respecto, algunos comentarios: el debate del artículo 272 del CPP, no debe reconducirse a si procede o no exclusión de prueba ilícita de descargo por el sólo hecho de ser de descargo. Debe propender al suministro de herramientas suficientes al juez de garantía, o al tribunal de alzada en su caso, para que éstos, en su examen ponderatorio de la evidencia que se pretende ilícita, propio del artículo 276 del mismo código, logren resolver la colisión de intereses, valores o principios constitucionales en juego, decidiendo mantener en el proceso aquella cuya exclusión resulte desproporcionada en relación con el menor daño causado con la vulneración de garantías cometida en su obtención, y de extraer del mismo a aquella cuya exclusión resulta proporcional en relación a la mayor afectación derecho fundamental transgredido en su recogimiento.

Así, la resolución judicial de exclusión de prueba ilícita de descargo atenuatoria, como la documental obtenida al ingresar a la página *Web* de un servicio público, con mandato de la víctima expirado, para recoger información sobre la dirección que ésta mantenía justo en la fecha cuando dice haber convivido con el intruso que alega lo contrario, debe fundarse –previo debate y examen de rigor- en la aplicación racional y justa del principio de proporcionalidad. El juez debe ponderar si la entidad de la vulneración al derecho fundamental a la intimidad es proporcional o no a la afectación al derecho a la prueba del infractor. Si estima que hay proporción entre la entidad de la afectación del

¹³⁰ Véase *supra* 1.2.1.4.



derecho a la privacidad y la afectación al derecho a la prueba del infractor, considerando racional y justa la exclusión, deberá extraer del proceso la evidencia ilícita; por el contrario, si estima que la afectación al derecho a la intimidad es de menor entidad en relación con el daño que causaría al derecho a la prueba del infractor, habiendo desproporción en la exclusión de la prueba ilícita, la mantendrá en el proceso por resultar más racional y justo; lo que implica, además, legitimar por la Constitución la evidencia espuria que superó el filtro de relevancia probatoria, de manera que el tribunal de juicio oral en lo penal pueda fallar, considerándola, sin el riesgo de amparar o fomentar vulneraciones injustificadas de garantías fundamentales.

Ahora bien, a nuestro juicio y en este caso, se podría recurrir al apoyo del criterio interpretativo morigerador de la inexigibilidad de otra conducta, que serviría de dirimente en el evento de no haber claridad en la proporción (derecho fundamental a la privacidad versus derecho a la prueba de atenuantes o aminorantes). En efecto, si la defensa pudiendo haber solicitado al fiscal la obtención de los documentos a través del correspondiente oficio dirigido al organismo público, prefirió apartarse de la juridicidad vigente y vulnerar garantías fundamentales en su obtención, bien puede el juez dirimir la colisión aplicando, en apoyo del criterio de proporcionalidad, el criterio de inexigibilidad de otra conducta, excluyendo la evidencia por resultar más acorde con un racional y justo procedimiento, que es lo que creemos debió haber imperado en el razonamiento del fallo de la Corte comentado, debiendo haberse confirmado, en consecuencia, la resolución impugnada.

No excluir por ilicitud una evidencia de descargo atenuatoria por la mera circunstancia de ser de descargo, sin debate ni examen de proporcionalidad previos implica, por todo lo que hemos señalado a lo largo de este trabajo, infringir los artículos 272 y 276 del CPP, y los artículos 1°, 5°, 6°, y 19 N° 2 y N° 3 de la CPR.



3.4.- Aspectos prácticos de la procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile.

En la práctica, la situación procesal del verdadero inocente imputado que obtuvo prueba de descargo exculpatoria con infracción de garantías fundamentales, pero fidedigna, infracción cuya entidad resulta inferior, proporcionalmente hablando, a la de la eventual afectación a su derecho fundamental a la prueba¹³¹, se resuelve aplicando el principio de objetividad que inunda el actuar investigativo del fiscal en instancias previas a la judicialización y a la presentación de la acusación; también se resuelve, si bien no por principio de objetividad pero sí por el de buena fe procesal, en instancias posteriores a la presentación de la acusación, específicamente, en la propia audiencia intermedia de preparación del juicio oral; e incluso, en la audiencia de juicio oral. Veamos.

3.4.1.- En etapas previas a la judicialización. Principio de objetividad.

El fiscal del Ministerio Público, según lo dispone el artículo 3º de la Ley Orgánica Constitucional de dicha institución, está obligado a investigar no solo las circunstancias fácticas que incriminen o agraven la responsabilidad penal de un imputado, sino también todo aquello que pudiera eximirlo de dicha responsabilidad, o se la extinga o atenúe. Puede, en consecuencia, ante el peso exculpatorio de la evidencia ilícita, pero fidedigna, que le hubiese hecho llegar la defensa diligente del imputado, y siempre que la infracción a la garantía fuere inferior a la de la eventual afectación a su derecho fundamental a la

¹³¹ Descartamos la situación del imputado que ofrece prueba de descargo ilícita atenuatoria, sea falsa o fidedigna, por no apuntar, con éstas, a generar duda razonable en los juzgadores, si no más bien una disminución de la penalidad aplicable, ya asumida su responsabilidad penal. También se descarta la situación del imputado que presenta prueba de descargo exculpatoria, lícita o ilícita, pero falsa, pues se está en presencia de un falso inocente. Por último, también se descarta la situación del imputado que ofrece prueba de descargo ilícita exculpatoria fidedigna, pero en cuya obtención se causó un daño superior al que se provocaría -con la exclusión de la evidencia- en el derecho a la prueba del infractor.



prueba¹³²: a) archivar provisionalmente los antecedentes en virtud de lo prescrito en el artículo 167 del CPP en espera de nuevos antecedentes; b) aplicar principio de oportunidad si se dan, en la especie, los requisitos contemplados por el artículo 170 del mismo cuerpo legal; c) hacer uso de la facultad para no iniciar investigación, según prescribe el artículo 168 del código aludido.

3.4.2.- Ante el juez de garantía.

Del mismo modo, si el caso estuviese judicializado, y en el mismo supuesto de prueba de descargo anterior, el fiscal tiene dos opciones de suyo válidas: la primera, comunicar decisión de no perseverar en la investigación de acuerdo con el artículo 248 letra c), por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación, clara muestra de objetividad; y la segunda, a nuestro juicio la más sólida por su efecto de cosa juzgada y por su posibilidad de ser decretado por el juez de garantía en cualquier etapa del proceso, es el sobreseimiento definitivo de la causa en virtud de lo dispuesto por el artículo 250 letra b) del CPP, esto es, cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado, clara muestra de objetividad o de buena fe procesal según haya o no acusación presentada.

Ahora, si bien el sobreseimiento definitivo puede perfectamente decretarse por el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral a solicitud de parte, nos preguntamos si aquél, imponiéndose en el debate de exclusión por ilicitud probatoria de prueba de descargo exculpatoria que ésta es efectivamente ilícita pero fidedigna, y vislumbrando que su exclusión no resulta proporcional en relación con la menor entidad del daño causado a la garantía en su obtención, que el fiscal persiste en su exclusión y la

¹³² Nótese que es el fiscal, acá, quien efectúa el examen proporcional, lo que no es extraño, pues la investigación, también deber ser racional y justa, según dispone el inciso 5° del artículo 19 N° 3 de la CPR.



defensa en su mantención, no pudiendo el juez excluirla de oficio al no estar legalmente facultado para ello¹³³, pero estimando innecesario y dilatorio un juicio oral ante el peso de la evidencia que debería mantener, ¿puede sobreseer, de todas formas, definitivamente el caso por estimar que la inocencia del imputado queda claramente establecida? A nuestro entender, sí. Puede acudir a la institución de la cautela de garantías consagrada en el artículo 10 del CPP, disposición que sí le confiere facultades para proceder de oficio. En efecto, si estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, puede adoptar – de oficio- las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. Piénsese en el caso del verdadero inocente, imputado por supuesta violación, que recibió en la cárcel –después de cerrada la investigación- un *pendrive* hurtado desde la cartera de la mujer acusadora, y que contiene el video que lo exculpa, y el fiscal persiste en su desproporcionada exclusión por ilicitud y en el desarrollo de un juicio oral, pese a lo fidedigno y categórico de la evidencia exculpatoria ¿se espera el juicio oral o se sobresee definitivamente en la audiencia de preparación por cautela de garantías? Resulta más justo y racional, amén de proporcional, lo último. No obstante, a otra conclusión se llegaría, si en la obtención del *pendrive* medio la muerte, secuestro o tortura de la mujer acusadora.

3.4.3.- Ante el tribunal de juicio oral en lo penal.

Si la evidencia ilícita de descargo exculpatoria fidedigna se incorpora al juicio oral en virtud del artículo 336 CPP, que regula los casos conocidos doctrinariamente como prueba nueva y prueba contra prueba¹³⁴, al tribunal de juicio oral en lo penal solo corresponderá o no valorarla. Pero si resulta de aquellas que, de haber existido examen de ponderación a su respecto, hubiese tenido que excluirse del proceso por desproporción

¹³³ Véase *supra* 2.1.1.1.

¹³⁴ Véase *supra* 2.1.2.1.



¿obliga a seguir adelante con el juicio ya iniciado? Según nuestra opinión sí, pues el tribunal de juicio oral en lo penal carece de facultades legales para decretar el sobreseimiento definitivo¹³⁵ siquiera por cautela de garantías, pues ambas instituciones procesales van expresamente dirigidas al juez de garantía, sin perjuicio que el fiscal, dando muestras de buena fe procesal, decida prescindir de incorporar más evidencia al juicio, con el propósito de pasar de inmediato a la fase de alegatos finales en donde no tendría otra opción más que, ante la perentoria nueva evidencia, pedir la absolución. En este caso, si bien el fallo absolutorio se fundaría en evidencia espuria, el proceso intelectual de valoración que habrán de efectuar los jueces del tribunal oral para no desestimarla, que involucra por cierto una ponderación entre las garantías en juego (idéntica a la efectuada por el juez de garantía en su examen de proporcionalidad) en el sentido de que la no valoración de la evidencia ilícita causaría más daño al derecho fundamental a la prueba del infractor que el provocado con la menor vulneración de la garantía fundamental cometida en su obtención, legitima tal evidencia por aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, al considerarse más racional y justo la procedencia de la valoración.

3.5.- La prueba ilícita de descargo mixta del co-imputado incompatible.

El vertiginoso avance de modalidades delictivas, como técnicas de "alunizaje" para sustraer cajeros automáticos, asaltos en pandilla a residencias habitadas, golpizas inhumanas de entre varios contra uno, estafas telefónicas llevadas a escena con varios "personajes", corrupción de funcionarios públicos que se reparten entre ellos considerables sumas de dinero mal habidas, círculos de narcotraficantes donde varios se acogen a la delación compensada, asociaciones ilícitas creadas para la colocación de artefactos

¹³⁵ La excepción se consagra en el inciso final del artículo 277 del CPP que dispone: "Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el que la decretará en audiencia convocada al efecto". La expresión "resolución firme", que se refiere indudablemente al auto de apertura, induce a pensar que el "juez competente" es el tribunal de juicio oral en lo penal.



explosivos o la proliferación de bandas organizadas para hurtar especies en tiendas comerciales, ha producido un considerable aumento de las defensas incompatibles¹³⁶, en donde es común observar cómo se culpan entre sí los co-imputados de un mismo proceso. Por ello, es frecuente que ofrezcan prueba para autoexculparse incriminando a otro. Así, la evidencia ofrecida *intra processum* por un co-imputado con defensa incompatible destinada a buscar su exculpación a través de la introducción de dudas razonables que incriminan a otro co-imputado, pero obtenida ilícitamente, la llamamos **"prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible"**, pues posee una doble faz o *status* al ser, a la vez, de cargo y de descargo. De cargo, porque incrimina o agrava la responsabilidad de otro; y de descargo porque apunta a la exculpación de quien la ofrece.

Nos preguntamos, en consecuencia, ¿puede el juez de garantía excluir prueba ilícita mixta del co-imputado incompatible? Si seguimos a los autores que propugnan que la exclusión de prueba ilícita se fundamenta en un criterio de prevención o disuasión (*deterrence*), dirigido sólo a los agentes de la persecución penal pública y a particulares que obtengan prueba de cargo con vulneración de garantías, por ser el Estado mismo quien las vulnera al valerse de medios ilícitos para acusar a una persona, como HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE¹³⁷, o a los autores que opinan que la exclusión posee un fundamento ético, cual es la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal, como HERNÁNDEZ BASUALTO¹³⁸, en virtud del cual el juez sólo puede excluir una fuente de prueba obtenida ilícitamente por los órganos estatales que detentan y ejercen el poder punitivo del estado o

¹³⁶ El artículo 105 del CPP regula el tema y señala en su inciso 1º, lo siguiente: "*Defensa de varios imputados en un mismo proceso. La defensa de varios imputados podrá ser asumida por un defensor común, a condición de que las diversas posiciones que cada uno sustentare no fueren incompatibles entre sí*". Lo anterior deriva en la designación de varios defensores a fin de evitar la incompatibilidad de que se tratare.

¹³⁷ Véase HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN, ob. cit., pp. 180 a 187 y pp. 226 a 228.

¹³⁸ Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, ob. cit. pp. 64 y 65.



por el privado que, de igual modo, obtuvo prueba de cargo pero –en su caso– por detentar un *ius puniendi* “compartido”, debemos necesariamente concluir que el juez de garantía efectivamente puede extraer del proceso tal tipo de prueba por provenir, precisamente, de la actividad de un privado o particular que la obtuvo con transgresión de garantías fundamentales, sea porque es el Estado mismo quien las vulnera al valerse de medios ilícitos para acusar a una persona o porque el ejercicio del *ius puniendi* estatal se le “comparte” al co-imputado infractor al igual como sucede con el querellante que obtuvo la prueba de cargo en idéntica situación. Pero, como a la vez es una prueba ilícita de descargo, la que según estos mismos autores jamás debe excluirse¹³⁹ por no calzar en los mismos fundamentos que sirven para excluirla, no cabe sino consignar que nos enfrentamos a un contrasentido ilógico y absurdo derivado de la inconsistencia y falta de aplicabilidad práctica del criterio de prevención o disuasión (*deterrence*) o del fundamento ético de legitimidad del ejercicio del poder punitivo estatal.

Por el contrario, si nos basamos en un mismo fundamento, único e igualitario para todas las situaciones similares de exclusión por ilicitud, soportado en la supremacía de la Constitución y su vinculación directa, y en el respeto de las garantías fundamentales propias de un debido proceso, como el que propugnamos en *supra* 1.3 de este trabajo, el juez de garantía extraerá del proceso o mantendrá la prueba ilícita mixta comentada según resulte o no proporcionada la exclusión de la misma tras ponderar, racionalmente y con justicia, todos los intereses en juego. Vale decir, si hubiere proporcionalidad en la exclusión extraerá la prueba mixta del proceso; en caso contrario, la mantendrá. También podrá apoyarse en el criterio auxiliar de interpretación de la inexigibilidad de otra conducta.

¹³⁹ Véase *supra* 1.2.1.4.



CONCLUSIONES

1. Es deber del estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (Art. 5° CPR). Los Tribunales de Justicia, en tanto son organismos del Estado, están obligados -por la fuerza vinculante de la constitución- a respetar y promover tales derechos, al igual que toda persona, institución o grupo (Art. 6° CPR).
2. Ningún interviniente puede hacerse de un elemento de prueba vulnerando garantías fundamentales de terceros. De hacerlo, opera el efecto jurídico-procesal o sanción de la exclusión. Así, por la exclusión se priva a un interviniente de un elemento de prueba por resolución judicial, imposibilitando al órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre el fondo de un asunto de conocer y valorar dicho elemento que no superó el *filtro de relevancia* probatoria por haberse infringido, en su obtención, garantías fundamentales consagradas en la Constitución, tratados internacionales o simples leyes ordinarias.
3. La doctrina nacional, de manera unánime y categórica, rechaza la exclusión de la prueba ilícita de descargo por no calzar en un fundamento preventivo o disuasivo (*deterrence*), amén de no afectar el ejercicio del *ius puniendi* estatal. Empero, aceptar lo anterior implica, indefectiblemente, admitir vulneraciones de garantías fundamentales, las que deben rechazarse siempre en un Estado Constitucional de Derecho, provengan de quien provengan.
4. Los órganos jurisdiccionales no pueden fundar sus fallos sobre la base de evidencia ilícitamente obtenida, pues además de fomentar la transgresión de garantías fundamentales, impedirían recibir sentencia basada en un racional y justo procedimiento al interviniente de un proceso penal.



5. La exclusión de prueba ilícita, respecto de todo interviniente, debe tener por fundamento uno mismo e igualitario para todas las situaciones similares de exclusión por ilicitud, basado en la supremacía de la Constitución y su vinculación directa, amén del respeto de las garantías fundamentales propias de un debido proceso. El fundamento de la disuasión o prevención (*deterrence*) explica insatisfactoriamente la exclusión probatoria por ilicitud de la evidencia del querellante y no aborda con éxito el problema de la exclusión de prueba ilícita mixta proveniente del co-imputado incompatible.
6. No se puede, sin debate ni examen ponderacional judicial previo, excluir la prueba ilícita de cargo por el solo hecho de ser de cargo, ni admitir en el proceso la de descargo por la exclusiva razón de ser de descargo.
7. La colisión entre derechos o garantías fundamentales, al no haber absolutos, no es algo aislado. Optar por lo preponderante es tarea judicial, siendo el principio de proporcionalidad, y su auxiliar de inexigibilidad de otra conducta, criterios morigeradores de interpretación legítimos para zanjar la controversia, considerando que, con la exclusión, se afecta el derecho fundamental a la prueba del interviniente infractor.
8. La procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo cuenta, en Chile, con suficiente soporte legal y constitucional al que puede acudir el juez de la admisión para plasmar en una resolución judicial fundada, cual es la resolución judicial verbal de exclusión probatoria por ilicitud, su decisión de exclusión.
9. El fiscal del Ministerio Público, el querellante, la víctima e incluso un co-imputado incompatible, en cuanto son considerados intervinientes por el artículo 12 del CPP, están facultados para recabar del juez de garantía la exclusión de prueba ilícita de descargo
10. El juez de garantía, según lo prescribe el artículo 10 del COT, no tiene facultad legal para excluir –de oficio– prueba ilícita de descargo por no existir en el CPP



norma expresa que lo autorice, como sí la hay en varios de sus artículos reguladores de diversas materias.

11. Ante la solicitud de exclusión formulada, según lo disponen los artículo 272 y 276 del CPP, el juez de garantía debe abrir debate al respecto, escuchar a los intervinientes exponer sus observaciones y planteamientos relevantes y, luego de examinar el elemento probatorio que se pretende excluir por inobservancia de garantías fundamentales, pronunciar fundadamente su decisión. Es en este examen cuando el juez pondera y advierte si la exclusión de una prueba por ilicitud resulta o no proporcionada en relación con la vulneración de la garantía fundamental cometida en la obtención de la evidencia.
12. Aplicando el principio de proporcionalidad, la prueba ilícita de descargo exculpatoria o atenuatoria, y la prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares incriminatoria o agravatoria, se excluirá del proceso por el juez de garantía cuando, tras el debate de rigor: a) resulte ser falsa; b) si bien resultó fidedigna, su exclusión es proporcional en relación con la afectación de la garantía vulnerada en su obtención; c) resulte ser lícita, pero falsa, y su exclusión es proporcional en relación con la alteración de la verdad cometida por el farsante.
13. Aplicando el principio de proporcionalidad, la prueba ilícita de descargo exculpatoria o atenuatoria, y la prueba ilícita de cargo proveniente de la actuación de particulares incriminatoria o agravatoria, permanecerá en el proceso por decisión del juez de garantía, superando el filtro de relevancia probatoria, cuando, luego del debate previo: a) resulte ser lícita y fidedigna; b) resultó ser lícita y falsa, pero su exclusión es desproporcionada en relación con la mínima entidad de la alteración de la verdad cometida por el farsante (independiente de la valoración que le otorgue el tribunal de juicio oral en lo penal); c) resultó fidedigna, pero su exclusión es desproporcionada en relación con la mínima entidad de la afectación de la garantía vulnerada en su obtención.



14. Si el juez de garantía, tratándose de prueba ilícita de descargo atenuante fidedigna, o de prueba ilícita de cargo agravatoria fidedigna proveniente de la actividad de particulares, no considera suficiente acudir al principio de proporcionalidad para zanjar la colisión, puede apoyarse en el criterio auxiliar de interpretación de la inexigibilidad de otra conducta.
15. El juez de garantía extraerá del proceso o mantendrá la prueba ilícita mixta del coimputado incompatible según resulte o no proporcionada la exclusión de la misma tras ponderar, racionalmente y con justicia, todos los intereses en juego. Vale decir, si hubiere proporcionalidad en la exclusión extraerá la prueba mixta del proceso; en caso contrario, la mantendrá. También podrá apoyarse en el criterio auxiliar de interpretación de la inexigibilidad de otra conducta.
16. El tribunal de juicio oral en lo penal carece de facultades legales de exclusión por ilicitud probatoria, por lo que sólo puede valorar prueba nueva desconocida o imprevista según el artículo 336 del CPP, y la recibida a propósito de la audiencia del artículo 343 del mismo código.
17. No hay norma legal en Chile que impida a un juez de garantía excluir prueba ilícita de descargo. Máxime si la facultad recursiva otorgada en exclusiva al Ministerio Público por el artículo 277 CPP fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional chileno. Sí existen las que lo autorizan: artículos 276 y 272 del CPP, los que, a su vez, se ajustan a los artículos 1º, 5º, 6º y 19 N° 2 y N° 3 de la CPR.



BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS DOCTRINARIOS:

- ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA, “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. XIX, diciembre 2006, pp. 9-26;
- _____, “Convicción, justificación y verdad en la valoración de la prueba”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, N°26, 2006, pp. 39-50;
- _____, “Los peligros del cajón de sastre. Sentencia de nulidad por falta de fundamentación de las conclusiones probatorias en el caso Tocornal (Corte Suprema)”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. XX, N°1, julio 2007, pp. 273-287;
- _____, “La aceptabilidad de los enunciados empíricos en el proceso penal”, en AA.VV., *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del Derecho penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 393-399.
- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO, “La Fuerza Normativa de la Constitución y el Sistema de Fuentes del Derecho”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, Valparaíso, 2009.
- BASSO CERDA, OSVALDO, “El Conocimiento de Embarque Electrónico” Memoria de Prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2003.
- BASSO CERDA, OSVALDO Y BARROILHET ACEVEDO, CLAUDIO, “El Conocimiento de Embarque Electrónico” Ed. Librotecnia, Santiago, 2005.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



- BOFILL GENZSCH, JORGE, "Las Prohibiciones de Prueba en el Proceso Penal", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, XII, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1988.
- _____, "La prueba en el proceso penal", en *RDJ*, t. 91, N°1, 1994.
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO. "Valoración de la Prueba. Sana Crítica". Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2008.
- COLOMA CORREA, RODRIGO, "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno", en AA. VV., *La prueba en el nuevo proceso penal*, edit. R. Coloma Correa, Lexis Nexis, Santiago, 2003.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, "Derecho Penal Parte General". Tomos I y II. Segunda edición actualizada, editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.
- DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO, Y MARTÍN MORALES, RICARDO, "La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida", Civitas, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, LUIGI, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, 3ª edic., Madrid, 1998.
- FERRER BELTRÁN, JORDI, "La valoración racional de la prueba", Marcial Pons, Madrid, 2007.
- _____, "Prueba y verdad en el Derecho", Marcial Pons, 2ª edic., Madrid, 2005.
- FOUCAULT, MICHEL, "La verdad y las formas jurídicas", trad. E. Lynch, Gedisa, 2ª edic., Barcelona, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, "Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba", Marcial Pons, 2ª edic., Madrid, 2004;
- _____, "La racionalidad en la prueba", en AA. VV., *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, N°45, Edeval, Valparaíso, 2000, pp. 605-630;



- _____, "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, N°52, marzo 2005, pp. 74-85.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, LIONEL, "La Regla de Exclusión por Ilicitud Probatoria en Chile", *Revista Brasileira de Ciencias Criminales*, San Pablo, Brasil, Ed. Revista Dos Tribunais, N° 85, año 18, julio-agosto de 2010, pp. 353 a 392.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR, "La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N°2, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, Santiago, 2005;
- _____, "Prueba ilícita y recurso de nulidad (o ¿para qué está la Corte Suprema?)", en *Gaceta Jurídica*, 2008, N°332, pp. 60-68.
- HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO. "Reflexiones en Torno a la producción y Valoración de la Prueba en los juicios Orales". Ed. La Aurora, Santiago de Chile.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, "Estatus de la Víctima en el Proceso Penal. Comentarios a dos Fallos de la Corte Suprema", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3, Universidad de Chile, 2003.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN. "Derecho Procesal Penal", Tomos I y II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, JUAN, "Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal", Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- JACOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Derecho Penal de Enemigo", Madrid, Editorial Thompson Civitas, 2003.
- LAUDAN, LARRY, "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Alicante, N°28, 2005, pp. 95-113.
- MENESES PACHECO, CLAUDIO, "Racionalidad en el juicio penal y presunciones legales", en AA.VV., *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del*



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



Derecho penal, coord. J.A. Fernández Cruz, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 53-85;

- _____, "Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil", en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008, año 14, N°2, pp. 43-86.
- MITTERMAIER, KARL, J., A., "Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra", trad. P. González del Alba, Reus, Madrid, 1916.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "De las Prohibiciones Probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo", Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2008.
- PELLEGRINI GRINOVER, ADA; "Provas Ilícitas", en *As Nulidades no Processo Penal*, Editora Revista Dos Tribunais, 6° edición, San Pablo, Brasil, 1996.
- RUIZ JARAMILLO, LUIS BERNARDO, "El Derecho a la Prueba Como un Derecho Fundamental", en *El Derecho Constitucional a la Prueba, Análisis de la Jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 2007, pp. 182 a 206.
- SÁNCHEZ GIL, RUBÉN, "El Principio de Proporcionalidad", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra. edición, México D. F., 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales". 2da. Edición, 2001, Passim.
- _____, "Tiempos de Derecho Penal", Editorial Bdef, Buenos Aires, 2009.
- _____, "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo", Editorial Bdef, Buenos Aires, 2010.
- SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, "¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



- TARUFFO, MICHELE, "La prueba de los hechos", trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002;
- _____, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2005, año XXXVIII, N°114, pp. 1285-1312;
- TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. "Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos". Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- _____, "La Garantía del Debido Proceso como Causal de Nulidad a Invocar por el Ministerio Público", en la recopilación *Ministerio Público Informes en Derecho*, Santiago de Chile, 2005.
- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; Y NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. "Derecho Constitucional". Tomos I y II, Ed. Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, 2002.
- WALTER, GERHARD, Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial, trad. T. Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985.
- WRÓBLEWSKI, JERZY, "Structure et fonctions des présomptions juridiques", en AA. VV., *Les présomptions et les fictions en Droit*, coord. Ch. Perelman y F. Foriers, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1974.
- _____, "Ideología de la aplicación judicial del Derecho", en "*Sentido*" y "*Hecho*" en el Derecho, trad. J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA, "La Prueba Ilícita", Ed. Legal Publishing, 4ta. edición, Santiago, 2009.

FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIA:



- Constitución Política de la República de Chile (CPR); Código Civil Chileno (CC); Código de Procedimiento Penal Chileno (antiguo); Código Orgánico de Tribunales (COT); Código Procesal Penal Chileno (CPP).
- Sentencia de fecha 21 de abril de 2005, recaído en recurso de nulidad ROL de ingreso N° 5869-2004, de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de fecha 28 de junio de 2005, recaído en recurso de nulidad ROL de ingreso N° 437-2005, de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.
- Fallo de fecha 09 de septiembre de 2010, recaído en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ROL de ingreso N° 1502-09 INA, del Tribunal Constitucional Chileno.
- Sentencia de fecha 08 de octubre de 2010, recaído en recurso de apelación ROL ingreso N° 913-2010.

DOCUMENTOS OFICIALES Y OTROS:

- OFICIO Ordinario N° 167 de fecha 16.04.02 emitido por el entonces Fiscal Nacional Sr. Guillermo Piedrabuena en donde orientaba a los Fiscales en el tema de la exclusión de la prueba ilícita.
- OFICIO Ordinario N° 295 de fecha 12.06.03 emitido por el entonces Fiscal Nacional Sr. Guillermo Piedrabuena en donde comunica Informe en Derecho del Profesor Raúl Tavolari en relación a la procedencia de la invocación de la causal del art. 373 letra a) del Código Procesal Penal, por el Ministerio Público.
- OFICIO Ordinario N° 285 de fecha 13.05.05 emitido por el entonces Fiscal Nacional Sr. Guillermo Piedrabuena en donde Informa sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada en recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en causa sobre Robo con Violencia.
- OFICIO Ordinario N° 411 de fecha 13.07.05 emitido por el entonces Fiscal Nacional Sr. Guillermo Piedrabuena en donde Informa sentencia de la Excma. Corte



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



Suprema, dictada en recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en causa sobre hurto simple.

- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (RAE), vigésima segunda edición, en formato electrónico vía www.rae.es



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
("LEGUM MAGISTER")



*Al Todopoderoso creador del
Universo y, en su infinita gloria, a mi familia.
O.B.C.*

MAG CB 00160571

B321p RU 90620

(2012)

AUTOR Basso Cerda, Osvaldo

TÍTULO Procedencia de la exclusión
de Prueba ilícita de descargo en Chile

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.
-------------------	--------------

Basso Cerda, Osvaldo
Procedencia de la exclusión de prueba
ilícita de descargo en Chile

CB 00160571

Universidad de Valparaíso
Chile



00160571