



TESINA ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.



¿EXISTEN MOTIVOS PARA EXCLUIR LA PRUEBA PRODUCIDA POR INVESTIGADORES PRIVADOS?

Nombres Autores: Valentina Chávez Poza / Constanza Do Nascimento Aravena.

Profesor guía: Claudio Meneses Pacheco.

Fecha: 11/12/2013.

TABLA DE CONTENIDOS

1. Planteamiento del problema: la exclusividad de la investigación penal y el derecho a la prueba.....	04
2. En qué consiste la investigación, y cuáles son sus objetivos.....	05
3. Características y objetivos de la investigación en el proceso penal chileno.....	08
4. Sistema probatorio chileno en materia procesal penal.....	13
5. Incidencia del sistema probatorio en la investigación de los hechos.....	19
6. La investigación privada y la investigación pública en el proceso penal chileno...	21
7. Límites de la investigación privada.....	23
8. Exclusión de evidencia recabada en virtud de la investigación privada.....	29
9. Conclusiones.....	37

TABLA DE ABREVIATURAS

CA	: Corte de Apelaciones.
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CP	: Código Penal.
CPP	: Código Procesal Penal.
CPR	: Constitución Política de la República.
CS	: Corte Suprema.
JG	: Juzgado de Garantía.
LOCMP	: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.
MP	: Ministerio Público.
PIDCP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
TJOP	: Tribunal de Juicio oral en lo penal.

RESUMEN: En este artículo se analizará la cabida que tiene la investigación privada en el proceso penal chileno, cuyos límites se encuentran tanto en lo dispuesto en el artículo 83 CPR, como en los derechos fundamentales consagrados en la CPR y en los tratados internacionales vigentes. Estos límites una vez franqueados dan paso a las exclusiones de prueba ilícita, si se trata principalmente de prueba de cargo, ya que dichas exclusiones tienen como objeto principal la protección del imputado ante los excesos del *ius puniendi*.

PALABRAS CLAVES: investigación privada, fuentes de prueba, medios de prueba, prueba ilícita, exclusión.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA EXCLUSIVIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PENAL Y EL DERECHO A LA PRUEBA

El Derecho Penal es de *ultima ratio* y es el más gravoso para las personas de manera que la investigación de los hechos que revistan caracteres de delito debe entregar todas las garantías que son exigibles en un Estado de Derecho regido por el sistema acusatorio.

En el proceso penal, los intervinientes que pueden aportar pruebas son: el MP, el querellante, y la defensa; sin embargo, esto no quiere decir que todos tengan libertad para investigar. El MP tiene la exclusividad en la dirección de la investigación penal, como señala el artículo 83 CPR, el artículo 1 LOCMP, y el artículo 3 CPP. Por tanto, es posible afirmar que la pretensión del legislador es concentrar la función investigativa en un solo ente, que actuará como un investigador público.

Cabe recordar que el MP está sujeto a una serie de principios, como, por ejemplo, el principio de objetividad, y legalidad; además, se encuentra sometido a controles jurisdiccionales, como la exigencia de autorización judicial previa para la realización de diligencias que afecten derechos fundamentales. Estos mecanismos limitan, en cierta medida, sus actuaciones, y entregan mayores garantías a los ciudadanos.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la investigación es una fase de la producción de prueba¹, y “si toda persona tiene derecho a defensa jurídica y si el derecho a la prueba constituye una modalidad de tal derecho, la investigación que realice el abogado defensor, para determinar los hechos acaecidos y los medios con los que los mismos se pueden acreditar, no constituirá sino puesta en práctica, efectiva, de la promesa constitucional de reconocimiento del derecho de defensa”². En este sentido, podría afirmarse que la investigación privada sería una manifestación del derecho de defensa, el cual forma parte del derecho constitucional a un procedimiento racional y justo.

¹ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1988): *Teoría general de la prueba judicial*, Zavalía Editor, 6ta edición, Buenos Aires, t. I., p. 276.

² TAVOLARI, RAÚL (2005): “La prueba en el proceso penal”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 216-217.

En este esquema básico, nos preguntamos: ¿qué cabida tiene la investigación privada en nuestro sistema? Para responder esta pregunta, primero, será necesario definir lo que entenderemos como investigación pública e investigación privada. Posteriormente, se analizará la normativa aplicable a la investigación, para determinar si hay ámbitos que sean exclusivos del investigador público, y en qué ámbitos resulta admisible la labor del investigador privado. Finalmente, se analizará la afectación de derechos que podría conllevar esta actividad, y la consiguiente posibilidad de excluir la prueba obtenida por investigadores privados.

2. EN QUÉ CONSISTE LA INVESTIGACIÓN

En la lengua española, dentro de las acepciones de la palabra “investigar” encontramos las siguientes: (1) hacer diligencias para descubrir algo; (2) realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia; (3) aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente³.

Esta palabra proviene del latín *investig re*, que a su vez deriva de la palabra *vestig um*⁴, la cual, en su equivalente en lengua hispana, puede entenderse como “indicio por donde se infiere la verdad de algo o se sigue la averiguación de ello”⁵.

Ambas palabras, investigar y vestigio, guardan, en sus acepciones comunes, relación importante con su significado en materia jurídica, puesto que hacen alusión a una actividad destinada a la obtención de un determinado conocimiento o información.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=investigar>. Fecha de la última consulta: 8 de agosto de 2013.

⁴ BARCÍA, ROQUE (1879): *Primer diccionario general etimológico de la lengua española*, t. III, F. Seix Editor, Barcelona, p. 160.

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=vestigio>. Fecha de la última consulta: 8 de agosto de 2013.

Ahora, si bien la actividad investigativa podría encontrarse en múltiples áreas del Derecho, cobra mayor relevancia dentro del estudio del Derecho Procesal, puesto que el núcleo mismo del proceso viene dado por la prueba, la cual será recabada producto de la actividad investigativa de las partes.

Siguiendo a Devis Echandía, la actividad probatoria en el proceso tiene fases o aspectos. La primera fase es la de producción u obtención de prueba, en la cual colaboran el juez, las partes y los auxiliares, es decir, los sujetos de la prueba y los órganos de ésta⁶. “Esta fase de la actividad probatoria comprende todos los actos procesales e inclusive extra-procesales con finalidad procesal, que de una u otra manera conducen a poner la prueba a disposición del juez e incorporarla al proceso”⁷. A su vez, esta fase se subdivide en: averiguación o investigación, aseguramiento, proposición o presentación, admisión y ordenación, recepción y práctica⁸.

Como se ha señalado, la fase de averiguación de la verdad o investigación de la prueba, es una fase de la producción de prueba. En el proceso civil, regido por el principio de aportación de parte, la investigación corresponde casi exclusivamente a las partes (salvo por la facultad de el juez de decretar medidas para mejor resolver, y de decretar de oficio el informe de peritos), y se realiza por éstas fuera del proceso y generalmente antes de éste⁹. En el proceso penal, que podría entenderse regido por el principio de aportación de parte o investigación de oficio, la averiguación de los hechos, corresponde principalmente al MP, y es realizada por éste en una instancia administrativa, previa al proceso.

A propósito del proceso pueden darse dos tipos de investigaciones. En primer lugar, existe una investigación jurídica, relativa al derecho aplicable a los hechos. Esta es una actividad más bien intelectual y, salvo contadas excepciones, no es objeto de prueba en el proceso. En segundo lugar, está la investigación de los hechos, los cuales son el principal objeto de la prueba procesal, y que es la que interesa a este estudio.

⁶ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1988): *Teoría general de la prueba judicial*, Zavallá Editor, 6ta edición, Buenos Aires, t. I., p. 276.

⁷ *Ibíd.*, p. 277.

⁸ *Ibíd.*, p. 276.

⁹ *Ibíd.*, p. 278.

Tomando como base el significado de la palabra investigación en sus acepciones comunes y, además, el otorgado por Devis Echandía y Jeremy Bentham, podemos definir la “investigación de los hechos” como aquella actividad consistente en descubrir fuentes de prueba, con el objeto de obtener de ellas, posteriormente, una información o conocimiento de ciertos sucesos¹⁰.

Es pertinente, en este punto, hacer la distinción entre “fuentes de prueba” y “medios de prueba”. Puede entenderse que las fuentes de prueba son “el principio, fundamento o punto de origen de la información sobre hechos. Ellas, además, se sitúan fuera del juicio y con anterioridad a él; emergen y se forman extraprocesalmente; están compuestas por personas y cosas”¹¹. Por otro lado, los medios de prueba son “los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal; son las personas y cosas que poseen información útil sobre hechos, y que la ley considera idóneas para el desarrollo de la actividad de prueba y la producción del resultado probatorio en un juicio”¹².

Cabe considerar que el objetivo de la investigación es la obtención de fuentes de prueba, y no de medios de prueba, toda vez que la investigación no es una instancia judicial, es decir, se encuentra situada en una fase que no es propiamente procesal; y como ya se explicitó, los medios de prueba se encuentran en un contexto procesal. Es por esto que la obtención de medios de prueba es algo que excede las posibilidades de la actividad investigativa, por cuanto los medios de prueba deben cumplir una serie de requisitos para ser incorporados al proceso. Si las fuentes de prueba recabadas en virtud de la investigación, generarán medios de prueba idóneos y útiles, es algo que tendrá que verse con posterioridad.

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1988): *Teoría general de la prueba judicial*, Zavallia Editor, 6ta edición, Buenos Aires, t. I., p 278. Quien a su vez se basa en BENTHAM, JEREMY (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, Edit. Ejea, Buenos Aires, t. II, p. 232.

¹¹ MENESES PACHECO, CLAUDIO (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil” en *Ius et Praxis*, t.14, N° 2, pp. 57-58.

¹² *Ibíd.*, p. 61.

Tratándose del proceso civil, es claro que la investigación acaece en un contexto extra procesal. Sin embargo, en el proceso penal esto podría parecer más difuso, puesto que la mayor parte de la investigación, y en especial la investigación canalizada a través del MP, se llevará a cabo durante la “etapa de investigación”, la cual, si bien forma parte del procedimiento penal, no es una fase propiamente procesal.

Es necesario precisar que la etapa de investigación, fase del procedimiento penal, y la investigación que se da en el contexto del proceso penal o propósito del mismo, son cuestiones distintas. “La etapa de investigación es la fase administrativa, flexible, informal que dirige en forma objetiva el Ministerio Público, de carácter analítica y meramente preparatoria, destinada a la recopilación de los antecedentes que permitan la comprobación de un delito y sus partícipes dentro de un juicio oral o hacer efectivos los mecanismos de discrecionalidad reglada o salidas alternativas con el fin de no iniciar, suspender o poner término a la persecución penal en su caso (...)”¹³. Por otro lado, cuando hablamos de investigación propiamente tal, hablamos de una actividad que, si bien se da mayormente en la fase de investigación, puede llegar a trascender a la misma, y ser efectuada en forma separada a la investigación que dirige el MP.

En conclusión, la investigación en el contexto del Derecho Procesal, es aquella actividad situada fuera del proceso, aunque con fines procesales, consistente en descubrir fuentes de prueba, con el objeto de obtener de ellas una información o conocimiento de los hechos, que eventualmente será empleado en juicio.

3. CARACTERÍSTICAS Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL CHILENO

En concordancia con lo anteriormente expuesto, en este punto se expondrán las características de la investigación que es posible efectuar a propósito de la *notitia criminis*, más que de las características de la etapa de investigación. No obstante, ambas están

¹³ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, Y MONTERO LÓPEZ, RAÚL (2010): *Derecho Procesal Penal*, 1ra edición, Legal Publishing, Santiago, t. II., p. 526.

estrechamente vinculadas y, por lo tanto, algunos rasgos pueden tender a superponerse e incluso confundirse.

La investigación de los hechos que revistan caracteres de delito, los que determinen la participación punible, y los que acrediten la inocencia del imputado, será dirigida exclusivamente por el MP, órgano autónomo de rango constitucional, encargado de la función persecutoria penal, según prescribe el artículo 83 CPR, el artículo 77 CPP y el artículo 1 LOCMP. Este órgano investigará, conforme al mandato constitucional del artículo 83 y del artículo 19 n°3 inciso sexto, que entrega al legislador la labor establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos¹⁴. Esto último se traduce no sólo en la normativa procedimental que recoge el CPP, sino además, entre otras, en las normas de la LOCMP, cuyo artículo tercero establece el llamado “principio de objetividad”. Dicho principio impone la exigencia de que, en el ejercicio de sus funciones, los fiscales del MP adecuen sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, en su calidad de investigador objetivo, el MP deberá investigar con igual celo tanto los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, como aquellos que le eximan de ella, la extingan o atenúen¹⁵.

Esto no quiere decir que los demás intervinientes carezcan de la posibilidad de investigar. Los particulares podrán recopilar antecedentes para avalar su teoría del caso, esto es, efectuar una investigación privada, separada de la del MP, siempre que dicha investigación no contravenga lo establecido en el artículo 83 CPR. Por ende, tal investigación sería admisible mientras no contenga elementos propios de la investigación penal, según se explicará latamente en los siguientes acápite.

Ahora, el MP, único habilitado para llevar a cabo la investigación penal, se encuentra restringido por ciertas normas procedimentales, las cuales le imponen como exigencia el realizar las diligencias investigativas en la etapa expresamente prevista por

¹⁴ TAVOLARI, RAÚL (2005): “La prueba en el proceso penal”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 83.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 84.

nuestro CPP, esto es, la etapa de investigación, con todos los derechos y garantías que dicha etapa prevé. Por ende, “ha sido el propio Constituyente quien ha determinado la necesidad de la existencia de este periodo de investigación, pero ha radicado la persecución e investigación criminal en un órgano de naturaleza administrativa, que no puede desarrollar funciones de naturaleza jurisdiccional”¹⁶. Es por esto que no es posible aseverar que la investigación se desarrolle en una etapa de naturaleza procesal, ya que el contexto de la investigación que lleva el MP será el de un procedimiento administrativo, llevado por un órgano administrativo.

Esto último, representa una gran diferencia respecto de la investigación en el proceso civil, puesto que en dicho proceso no hay una exigencia de que la investigación se desarrolle en una determinada fase administrativa o en una instancia previa al proceso. En el proceso civil, para que el producto investigación sea útil, bastará con cumplir las condiciones de admisibilidad de la prueba y, una vez cumplidas ellas, resultará irrelevante la oportunidad en la que se obtuvieron las fuentes de prueba¹⁷.

La etapa de investigación conforma la primera fase del procedimiento ordinario del proceso penal, se encuentra regulada en el Título I del Libro II del CPP, y es una fase administrativa con control jurisdiccional¹⁸. “Su función principal es la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona por un delito determinado. (...) Esta etapa carece, salvo excepciones muy estrictas, de todo valor probatorio y las actuaciones de investigación son controladas por un órgano jurisdiccional, el juez de garantía, quien debe aprobar previamente cualquier diligencia o medida que afecte o pueda afectar derechos constitucionales del imputado o de terceros”¹⁹.

¹⁶ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, Y MONTERO LÓPEZ, RAÚL (2010): *Derecho Procesal Penal*, 1ra edición, Legal Publishing, Santiago, t. II., p.543.

¹⁷ MENESES PACHECO, CLAUDIO (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil” en *Ius et Praxis*, t.14, N° 2, p. 65-66.

¹⁸ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p. 446.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 444.

Al hallarse la función persecutoria y la investigación penal encargada a un órgano estatal, ser efectuada en virtud de un determinado procedimiento administrativo, con control jurisdiccional, encontraremos que, por regla general, la investigación en el proceso penal es de carácter público.

En el proceso civil la regla será la inversa. La investigación, por regla general, será de cargo de entes privados, sin un especial control jurisdiccional, y sin sujeción a normas procedimentales administrativas. Por tanto, en el proceso civil la tendencia es a que la investigación sea privada.

Siendo el derecho penal un arma de *ultima ratio*, y teniendo presente que toda la fuerza del proceso se encuentra en la prueba, es lógico que se cautele con especial celo la actividad destinada a la obtención de la misma. En el proceso penal la actividad investigativa es controlada por el JG, lo que vendrá a suponer el contrapeso al órgano persecutor e impedirá los abusos del mismo. “De este modo, el Juez de Garantía se constituye en el órgano que durante la investigación tiene como principal función la de evitar que se afecten, por parte de los órganos de persecución penal, los derechos y garantías del imputado o de terceros, o que esa afectación sea la mínima posible y, en todo caso, proporcionada a los fines del procedimiento”²⁰.

Esto se traducirá en una posibilidad limitada, incluso para el órgano estatal, de realizar diligencias investigativas. Se trata de limitaciones a la averiguación de la verdad que se traducirán, fundamentalmente, en la exigencia de autorización judicial previa para la realización de diligencias investigativas que priven, restrinjan o perturben, al imputado o a terceros, del ejercicio de los derechos que asegura nuestra Carta Fundamental (artículo 83 inciso tercero CPR, artículo 9 CPP). El CPP es bastante categórico con esto, tanto así, que ni aun en casos urgentes podría omitirse este requisito, pudiendo expedirse la autorización, en tales casos, por cualquier medio idóneo al efecto, cuando ella sea indispensable para el éxito de la diligencia²¹.

²⁰ *Ibíd.*, p. 447.

²¹ *Ibíd.*

Respecto a los objetivos de la actividad investigativa en el proceso penal, lo primero que es necesario señalar es que, en esencia, se investiga para lograr un determinado conocimiento acerca de hechos que revistan caracteres de delito. Para esto, la actividad esencial que habrá que llevar a cabo es la de obtención de fuentes de prueba que proporcionen dicho conocimiento. Este conocimiento, a su vez, servirá para cumplir ciertos fines procesales. En este sentido, la investigación en el proceso buscará, básicamente, formar la convicción acusadora del MP²²; preparar y asegurar la prueba que se rendirá en juicio; “impedir que pasen a la etapa de preparación del juicio oral los casos de sospechas infundadas de comisión de un delito”²³, aplicando mecanismos de selección de casos; promover la terminación anticipada del procedimiento, mediante salidas alternativas a la aplicación del proceso penal, si esto fuese procedente de acuerdo a la ley²⁴.

Nuevamente es posible advertir un contraste respecto a la situación en el proceso civil, ya que en este caso la función de la investigación será más acotada, sirviendo fundamentalmente para preparar la prueba que se rendirá en el juicio, y así formar la convicción del juez.

En razón de lo ya expuesto, cabe aseverar que en el proceso penal, por regla general, nos encontramos ante una investigación pública, dirigida por un órgano estatal, ejecutada en el contexto de un procedimiento administrativo, sujeta a control jurisdiccional, y que posee objetivos amplios, entre los cuales, los más importantes serían: formar la convicción acusadora, determinar si procede aplicar alguna salida alternativa, o si lo procedente es terminar en forma anticipada el procedimiento, y preparar la prueba que se rendirá en juicio.

²² TAVOLARI, RAÚL (2005): “La prueba en el proceso penal”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 85.

²³ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p. 471.

²⁴ *Ibíd.*

4. SISTEMA PROBATORIO CHILENO EN MATERIA PROCESAL PENAL

Para caracterizar el sistema probatorio chileno en materia procesal penal analizaremos principalmente tres perspectivas: la iniciativa probatoria, los medios probatorios admisibles, y los sistemas de valoración de la prueba.

En primer lugar, respecto a la “iniciativa probatoria”, en el proceso penal chileno, podría considerarse que uno de los principios que la reviste es el de “investigación oficial”. Tradicionalmente, se entiende que en virtud de este principio, recaería sobre el tribunal la carga de producción de la prueba, sin quedar vinculado a lo que señalan las partes²⁵. En el extremo opuesto, se encuentra el principio de “aportación de parte”, en el que tanto “la carga de la prueba como la iniciativa de los actos de producción de prueba recae en las partes, sin que se reconozca al tribunal la facultad para intervenir en ellas”²⁶.

Sin embargo, el principio de investigación oficial sólo sería aplicable a nuestro sistema procesal penal si lo entendemos “como un principio que impone derechos y cargas al Estado”²⁷; ya que el MP, en representación del Estado, es quien está a cargo de la investigación y quien deberá, durante el juicio oral, aportar la prueba que servirá de base a la condena. Ni el JG ni el TJOP tienen la posibilidad de decretar medios probatorios, puesto que la labor del JG es de control y del TJOP es de valoración²⁸.

Como habíamos señalado, en el actual sistema acusatorio las funciones de *investigar* y *acusar* están entregadas al MP (artículo 83 CPR, artículo 3 y 77 CPP; 1, 2, 3 y 4 LOCMP); siendo además un órgano con autonomía constitucional, jerarquizado (artículo 1 LOCMP y 83 CPR), que debe ceñirse a los principios de objetividad (artículo 3 LOCMP y 77 CPP), legalidad (artículo 3 LOCMP), probidad (artículo 8 LOCMP), eficiencia (artículo 6 LOCMP), responsabilidad (artículos 2, 5, 11, 45, 49, LOCMP y 79 ter CP). Quedando entregada la función de *decidir o juzgar* a un tribunal colegiado, el TJOP.

²⁵ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p. 41.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*, p. 42.

²⁸ SILVA, RODRIGO (2011): *Manual de procedimiento penal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, pp. 23 y ss.

La segunda perspectiva, dice relación con “los medios probatorios admisibles”. Para entender ésta perspectiva es fundamental referirnos a la regulación de la prueba y las teorías sobre la función de la prueba; esto, para determinar qué son los medios de prueba y la regulación que reciben.

En primer lugar, respecto a la regulación de la prueba hay dos concepciones u orientaciones: la concepción reglada o cerrada, y abierta o de libertad de prueba.

La “concepción cerrada” es definida como aquella que presenta una marcada tendencia a regular todo el fenómeno de la prueba y a excluir del mismo aquellos aspectos que se sitúen fuera (o más allá) de tal regulación²⁹. Es decir, en esta concepción sólo se admitirían los medios probatorios expresamente permitidos por el legislador. En cambio, las concepciones abiertas o de libertad de prueba se entienden como aquellas que reducen al máximo las regulaciones de la prueba, estableciendo exclusiones sólo cuando existan razones para ello³⁰.

La libertad de prueba es reconocida en nuestro proceso penal en los artículos 276, 295, 323 CPP. El artículo 295 CPP señala: “todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporados en conformidad a la ley”. Es decir, se admiten todos aquellos medios aptos para producir fe o acreditar los hechos.

Siendo tan amplio el sistema de libertad de prueba, existirán reglas jurídicas mínimas que introducirán principalmente limitaciones, en función de exigencias o valores del ordenamiento jurídico, que se considera que deben prevalecer por sobre el sistema de libertad de prueba³¹.

²⁹ GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2005): “*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, p. 50.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ TARUFFO, MICHELE (2005): *La prueba de los hechos*. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, (traducción Jordi Ferrer Beltrán, *La prova dei fatti giuridice*), p. 359.

El primer límite que recibe el principio de libertad de prueba, dice relación con las teorías de la función de la prueba. En doctrina se habla principalmente de dos concepciones o funciones de los medios de prueba: la concepción cognoscitivista y la argumentativa³².

Para Michele Taruffo la concepción cognoscitivista entiende a la prueba como un “instrumento de conocimiento” que da información respecto del contenido del enunciado, de manera que este enunciado puede ser considerado verdadero o falso, sobre la base de las pruebas que a él se refieran³³. En cambio, nos señala que la concepción argumentativa entiende a la prueba como un “instrumento de persuasión” la prueba serviría sólo para persuadir al juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico³⁴.

En consecuencia, la libertad de prueba recibe su primera limitación respecto del concepto mismo de “medio de prueba” si lo entendemos como “todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa”³⁵. Cumpliendo una función de instrumento de conocimiento y no así de persuasión.

Autores como Marina Gascón nos señalan que la prueba, dada la libertad de prueba, se nutriría de los modelos epistemológicos, por lo que, la concepción más adecuada sería la cognoscitiva³⁶. Taruffo, por su parte, nos dice que sólo los elementos que tienen sentido de acuerdo a criterios aceptables de conocimiento pueden ser usados como base para formar la convicción del juez. Todo lo demás, es *tamquam non esset* y debe quedar excluido de la

³² En este sentido encontramos a LUIGI FERRAJOLI (1998): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (traducción de P. Andrés Ibáñez), Trotta, 3ra edición, Madrid; JORDI FERRER (2005): *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, 2da edición, Madrid; MARINA GASCÓN (2005): “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; TARUFFO, MICHELE (2005): *La prueba de los hechos*. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, (traducción Jordi Ferrer Beltrán, La prova dei fatti giuridice).

³³ TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, Doxa, N° 3, (traducción Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer), p. 31.

³⁴ *Ibíd.*, p. 32.

³⁵ GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2004): *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 2da edición, Madrid, p. 84.

³⁶ GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2005): “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, p. 42.

decisión del juez sobre los hechos. Así, será factible lograr la mejor aproximación posible a la verdad empírica de los hechos³⁷.

El segundo límite está dado por el artículo 276 CPP, el cual nos señala los casos en que se excluirán por el JG los medios probatorios del auto de apertura que servirán de base para el juicio oral. Podrán excluirse medios probatorios “por relevancia”, esto es: cuando sean manifiestamente impertinentes, es decir, que no tengan relación con los hechos controvertidos; cuando intenten acreditar hechos públicos y notorios, o sea, aquellos generalmente conocidos, y acontecimientos históricos; o por ser sobreabundantes. También podrán darse exclusiones de prueba “por admisibilidad”, cuando la prueba provenga de actuaciones o diligencias que hubiesen sido declaradas nulas, y la obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

Esto último, guardando relación con los llamados “límites formales al establecimiento de la verdad”, que es una garantía de nuestro sistema procesal penal ante la persecución penal. Es decir, hay un resguardo en cuanto a la obtención y a la posterior incorporación de elementos probatorios. Si en la obtención de elementos probatorios se han vulnerado garantías fundamentales por parte del MP, estos no podrán ser incorporados para una posterior valoración en el juicio oral, siendo la exclusión de la prueba un mecanismo de resguardo de ello³⁸.

La tercera perspectiva se refiere a “los sistemas de valoración de la prueba”, en este caso, existen principalmente dos sistemas: sistema legal o tasado, y sistema de prueba judicial o valoración judicial de la prueba.

Michele Taruffo señala que el sistema de prueba legal “consiste en la producción de reglas que predeterminan de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada

³⁷ TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones, Doxa*, N° 3, (traducción Daniel González Lagier), pp. 86 y ss.

³⁸ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, p. 77.

tipo de prueba”³⁹. Cuando hablamos, en cambio, del sistema de valoración judicial de la prueba, nos señala que “presupone la ausencia de aquellas reglas e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación de los hechos sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no determinados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón”⁴⁰. Respecto de este último sistema, en doctrina se sub clasifica en: el sistema de libre convicción, de apreciación en conciencia, y la sana crítica.

Sin embargo, Eduardo Couture, entiende a la sana crítica, como una posición intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, señalando que serían “las reglas del correcto entendimiento humano”, ya que el juez no decide arbitrariamente, sino bajo las reglas de la sana crítica, que en un sentido formal vendría siendo una operación lógica⁴¹. Las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia, y los conocimientos científicamente afianzados, están reconocidas en el artículo 297 CPP.

Ahora, una vez valorada la prueba ¿cuándo se dictará sentencia condenatoria? Para responder esta pregunta debemos atender al artículo 340 CPP, el cual contiene el estándar probatorio. Según el artículo antes mencionado, para que exista una sentencia condenatoria, la prueba rendida en juicio y valorada conforme a las reglas de la sana crítica, debe generar en el tribunal una convicción “más allá de toda duda razonable” de que el imputado ha cometido el hecho objeto de la acusación, y de que le cabe una participación culpable y penada por la ley. Si cabe al menos una duda razonable acerca de la culpabilidad del imputado, este debe ser absuelto.

Una de las garantías importantes de mencionar en este punto es “el principio de inocencia”, establecido en el artículo 4 CPP “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuera condenada por una sentencia firme”. Este principio, si bien no lo menciona directamente nuestra CPR, tiene rango constitucional, ya que se encuentra presente en los tratados internacionales ratificados por Chile, entre ellos, la

³⁹ TARUFFO, MICHELE (2005): *La prueba de los hechos*. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, (traducción Jordi Ferrer Beltrán, La prova dei fatti giuridice): p. 387.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ COUTURE, EDUARDO (1958): *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ra edición, Editorial Roque Depalma, Buenos Aires, p. 278.

Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2, y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 14.2.

En base a éste principio, la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, y, por lo mismo, el estándar probatorio “más allá de toda duda razonable” debe ser cumplido en base la prueba rendida por ésta⁴². Por tanto, es la parte acusadora la que debe rendir prueba suficiente para que exista una sentencia condenatoria; si nadie rinde prueba, el imputado debe ser absuelto.

Entonces, la prueba rendida por la parte acusadora, el tribunal debe valorarla empleando las reglas de la sana crítica, adquirir una convicción más allá de toda duda razonable, y a partir de esas pruebas motivar la sentencia. Si no se cumple con tales reglas la sentencia es susceptible de nulidad, ya que se infringiría sustancialmente la garantía de la presunción de inocencia, asegurada en los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes (artículo 373 letra A CPP)⁴³.

En conclusión, nuestro sistema probatorio determina, en primer lugar, que la iniciativa probatoria corresponde al MP en representación del Estado, dado el principio de investigación oficial. En segundo lugar, en cuanto a los medios probatorios admisibles, se rigen por el principio de libertad de prueba, de manera que se admitirán todos aquellos medios que permitan conocer los hechos relevantes de la causa, pruebas empíricas, en concordancia con el sistema cognoscitivo de la función de la prueba; además, se excluirán aquellas pruebas que no resulten relevantes dado el principio de economía procesal, o afecten derechos o garantías reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. Y, finalmente, en cuanto a la valoración de la prueba, rige el sistema de valoración judicial de la prueba, específicamente, las reglas de la sana crítica. La prueba será valorada en base a estas reglas y, además, por exigencia del principio de inocencia, la parte acusadora deberá cumplir con el estándar probatorio del artículo 340 CPP.

⁴² HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, pp. 253- 255.

⁴³ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, pp. 78 al 86.

5. INCIDENCIA DEL SISTEMA PROBATORIO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS

Lo anteriormente expuesto determinará varios aspectos de la investigación. En un aspecto particularmente interesante, definir la investigación como una actividad cuyo fin último será la obtención de un determinado conocimiento, sólo tiene sentido si se asume el postulado de la concepción cognoscitivista de la prueba. De lo contrario, de asumirse la concepción persuasiva, tendría que afirmarse que la finalidad de la investigación es obtener antecedentes, ya no para reconstruir los hechos, ni proporcionar conocimiento acerca de los mismos, sino para convencer a otro⁴⁴.

Plantear la investigación como un mecanismo al servicio de la persuasión resulta no sólo contra intuitivo, sino que, además, desvirtúa el significado de la palabra. La investigación está orientada a descubrir el vestigio, la huella de algo, para aumentar el conocimiento que se tiene de una determinada materia. En este sentido, no puede resultar indiferente si el hecho investigado ha ocurrido o no, o si el conocimiento obtenido es falso.

Asumir que las fuentes de prueba obtenidas serán sólo un mecanismo de persuasión, implica tener una pre concepción acerca del conocimiento que debe obtenerse producto de la investigación. Esto atenta contra el principio de inocencia, ya que una de sus exigencias es que toda persona debe ser tratada como si fuese inocente, cualquiera sea el grado de verosimilitud de la acusación, mientras no haya una sentencia judicial firme que establezca su culpabilidad⁴⁵. Resulta imposible entender que se cumpla con dicho trato, si la investigación está preconcebida para fundar la culpabilidad. A mayor abundamiento, el MP es un investigador objetivo, lo cual es una clara manifestación de que su actividad investigativa está destinada a una reconstrucción de los hechos y, por ende, a la obtención de la verdad probable.

⁴⁴ TARUFFO, MICHELE (2003): “*Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*”, en *Discusiones, Doxa*, N° 3, (traducción Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer), p. 32.

⁴⁵ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p.79.

Como se ha señalado, las fuentes de prueba serán obtenidas gracias a la actividad investigativa de los intervinientes. Ya que nos encontremos ante un sistema regido por el principio de investigación oficial la investigación, la mayor parte de las veces, será accionada por un órgano estatal. Además, es el MP el que debe producir la prueba suficiente para satisfacer el estándar probatorio y dar lugar a una sentencia condenatoria. La carga de la prueba, entonces, corresponde al investigador público. Sin embargo, “el proceso penal, conforme al principio de la verdad material, constituye en sí mismo un sistema de reconstrucción de la verdad (...)”⁴⁶. En esta búsqueda de la verdad, se encuentra involucrado no sólo el rol preponderante del MP, sino también el derecho de defensa, y el interés de la sociedad de que los conflictos sean resueltos conforme a derecho. A la sociedad no le es indiferente si el hecho delictivo realmente se ha cometido en los términos señalados en la acusación, puesto que sólo una persecución penal efectiva y racional conseguirá neutralizar los hechos delictivos.

“La búsqueda de la verdad tiene sentido y que un decisor racional debe tender a maximizar la verdad de su conocimiento sobre los hechos que le interesan, si quiere maximizar la validez de sus decisiones y reducir el riesgo de errores que puedan traer graves consecuencias”⁴⁷. El gran medio para maximizar la verdad, aumentar el conocimiento que se tiene sobre los hechos, será la investigación. Es por esto que no debe despreciarse la colaboración de los intervinientes particulares en la investigación, toda vez que actúen en el legítimo ejercicio de sus derechos y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 80.

⁴⁷ TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, Doxa, N° 3, (traducción Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer), p. 37.

6. LA INVESTIGACIÓN PRIVADA Y LA INVESTIGACIÓN PÚBLICA EN EL PROCESO PENAL CHILENO

En el ámbito del derecho procesal penal, la actividad investigativa que se dará a propósito de la *notitia criminis*, será, por regla general, efectuada por el MP, en el contexto de un procedimiento administrativo, y sujeta a control jurisdiccional. Es decir, por regla general, en el procedimiento penal nos encontraremos ante una “investigación pública”. Se entenderá como “investigación pública”, aquella actividad encargada a un órgano estatal, consistente en obtener fuentes prueba, con el objeto de obtener de ellas una determinada información o conocimiento de los hechos, en conformidad a las formas y límites que la ley establezca.

Ahora, la distinción entre investigación privada e investigación pública atiende a tres criterios, y no sólo a la naturaleza del sujeto que realiza la actividad. Cualquier investigación para ser considerada pública debe cumplir con tres requisitos copulativos: (1) estar a cargo de un órgano estatal, (2) debe ser realizada en la forma que prescriba la ley, (3) y debe ser susceptible de control judicial. Si alguno de estos requisitos no se cumple, nos encontraremos indefectiblemente ante una investigación privada; por ende, el concepto de investigación privada será residual. La exigencia de estos requisitos puede extraerse de los artículos 6 y 7 CPR.

Respecto del artículo 7 CPR “en la actualidad prácticamente no hay discusión de que en dicha disposición se hallaría consagrado el principio de juridicidad y que derivaría del mismo, lo que se conoce como la regla de oro del Derecho Público chileno: en el Derecho Público sólo puede hacerse aquello que está expresamente autorizado”⁴⁸. Entonces no basta que la investigación sea realizada por el órgano estatal, sino que además debe cumplir con todas las garantías que establezca el ordenamiento jurídico respecto de la

⁴⁸ MORAGA KLENNER, CLAUDIO (2008): “Derecho Público chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juridicidad” en *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 278. Indica el mismo autor que esta es la postura sostenida por la doctrina nacional, y es sostenida, entre otros, por SOTO KLOSS, EDUARDO (1983): “El Estado en la Constitución de 1833”, en *Revista de Derecho Público*, N° 33-34, facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 59.

investigación estatal. En el mismo sentido, el artículo 6 CPR, estableciendo la supremacía constitucional, y vinculación directa de la Carta Fundamental, hace obligatorios los preceptos constitucionales y las normas dictadas conforme a ella.

En primer lugar, la actividad investigativa estará encargada a un órgano estatal, actuando válidamente según prescribe el artículo 7 CPR, esto, para encontrarnos en el ámbito de los actos del poder público. El que la investigación esté “encargada” a un órgano del Estado implica que esta actividad debe ser por lo menos dirigida por el poder público. En el procedimiento penal encontramos una exigencia de exclusividad en la dirección de la investigación por parte del MP, cuyos alcances serán definidos a lo largo de este ensayo.

En segundo lugar, dicha investigación debe ejecutarse “en la forma que prescriba la ley” según señala el mismo artículo 7 CPR. Esto último cobra especial importancia tratándose del procedimiento penal, puesto que la forma en que el MP debe llevar a cabo la investigación se encuentra especialmente regulada, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil. En el derecho procesal penal, la investigación se llevará a cabo durante la etapa de investigación, que puede definirse como aquella “fase administrativa, flexible, informal que dirige en forma objetiva el MP, de carácter analítica y meramente preparatoria, destinada a la recopilación de los antecedentes (...)”⁴⁹.

En tercer lugar, la investigación debe ser susceptible de control jurisdiccional, a fin de garantizar el sometimiento de la actividad del órgano a los preceptos constitucionales, según ordena el artículo 6 CPR. Asimismo, según señala el inciso final del artículo 7 CPR “todo acto en contravención a este artículo es nulo y generará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”. Esto debe entenderse en íntima relación con la justiciabilidad de los derechos, por cuanto privarlos de tutela jurisdiccional los vuelve ilusorios. En el proceso penal el control procesal “está constituido por aquellos mecanismos procesales previstos en el CPP para controlar la actividad persecutoria del MP, especialmente cuando

⁴⁹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, Y MONTERO LÓPEZ, RAÚL (2010): *Derecho Procesal Penal*, 1ra edición, Legal Publishing, Santiago, t. II., p. 526.

afecten derechos fundamentales. En otras palabras, consiste en un control de tipo horizontal ejercido por los diferentes intervinientes en las distintas etapas del procedimiento”⁵⁰.

En caso de faltar cualquiera de los requisitos enumerados anteriormente, nos encontraremos indefectiblemente ante una investigación privada. Esto implica, desde luego, que la investigación llevada por los particulares será una investigación privada, pero además implica que el órgano público también puede, bajo ciertas circunstancias, actuar como un investigador privado. Esto podrá suceder si, por ejemplo, el MP, obtiene prueba evadiendo el control jurisdiccional, o valiéndose de investigadores particulares, operando de facto una delegación de funciones que la Constitución prohíbe.

La gran importancia de esta relación con los ámbitos que pertenecen a una u otra investigación, lo que tendrá como correlato sus respectivas limitaciones, las cuales serán analizadas en el siguiente acápite.

7. LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN PRIVADA

El mandato constitucional del artículo 83 CPR establece que el MP “dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado”, disposición que se encuentra reiterada en otros cuerpos normativos.

Respecto a la “exclusividad” a la que alude el artículo 83 CPR, uno de sus objetivos “radica en que sea el MP, única y exclusivamente, el organismo que mantenga esta facultad [de investigar]”⁵¹. De este modo, al concentrarse las funciones investigativas en un solo ente estatal, será posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y

⁵⁰ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, Y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I, p. 135.

⁵¹ TAVOLARI, RAÚL (2005): “La prueba en el proceso penal”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 214.

fiscalizar⁵². Además, esta homogenización en los criterios empleados por el MP vendrá a asegurar la igualdad de las personas ante la persecución penal.

“La exclusividad de la investigación también guarda relación con la necesidad de aumentar la eficacia en la indagación de los delitos, entregando tal función a un órgano independiente, técnico y especializado”⁵³.

Ahora, el gran objetivo de esta idea de “exclusividad” consagrada en la CPR es evitar la delegación de funciones investigativas del MP, incluso por vía legal⁵⁴. Una correcta interpretación de esta exclusividad, en concordancia con los valores de nuestro sistema, comprenderá que no sólo excluye la investigación efectuada por otros órganos del Estado, sino también la de los privados.

El artículo 83 CPR, en concordancia con el artículo 6 y 7 CPR, dará como resultado la exigencia de que la investigación penal sea una investigación pública. Entonces, deberá tratarse de una investigación dirigida por el MP, efectuada durante la etapa de investigación, y sometida a control jurisdiccional.

El producto de la investigación pública, esto es, las fuentes de prueba obtenidas en virtud de la misma, ofrecerán una serie de garantías, entre ellas, una de las más importantes será la objetividad. Al respecto cabe decir que la exigencia de objetividad en la investigación dirigida por el MP (artículos 83 CPR, 77 CPP, 3 LOCMP) apunta a generar una investigación imparcial, que asegure al real esclarecimiento de los hechos.

Esto último resulta concordante con la concepción cognoscitivista de la prueba, toda vez que considera que la finalidad de la prueba procesal es el establecimiento de la verdad, con base en un conocimiento empírico, racionalmente justificable⁵⁵. Sería imposible aspirar

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones: Prueba y conocimiento*, Doxa, N° 3, (traducción Daniel González Lagier), p. 86.

a una persecución penal racional y justa fundada en criterios persuasivos, donde primará el relato más coherente o convincente.

La eficacia de las garantías penales está íntimamente ligada a la existencia de garantías procesales, que aseguren al máximo la imparcialidad, veracidad y el control⁵⁶. “Todo modelo de legitimación interna de los presupuestos de la pena remite a un correlativo modelo de legitimación de sus modos de determinación en el proceso penal”⁵⁷. En este sentido, la concepción cognoscitivista es la única que resulta coherente con los valores de nuestro sistema, sobre todo en lo que respecta la racionalidad y justicia que debe investir al proceso e investigación (artículo 19 N° 3 CPR), y el principio de inocencia (artículos 4 CPP, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La investigación privada no resulta idónea para satisfacer las pretensiones de objetividad, y veracidad de la persecución penal. Es por esto que el ámbito de acción de la investigación privada será necesariamente residual y muy reducido. Ahora, esto no quiere decir que la investigación privada se encuentre prohibida. El artículo 83 CPR establece el monopolio del MP en ámbitos específicos de la investigación: la de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Así, es necesario comprender que la CPR no ha entregado al MP la totalidad de la investigación que pueda darse a propósito de la *notitia criminis*. Por lo tanto, el campo de ejercicio del derecho de defensa, que incluirá el derecho de los demás intervinientes a producir prueba, sin canalizar sus gestiones probatorias a través del MP, corresponderá a lo que exceda la investigación penal propiamente tal. Esto quiere decir la investigación privada podrá enfocarse en obtener información acerca de cuestiones accesorias.

El principal rubro de la investigación privada será la obtención de antecedentes destinados a construir y acreditar la teoría del caso de la defensa y del querellante. Si durante aquella investigación se encontrasen antecedentes propios de la investigación

⁵⁶ FERRAJOLI, LUIGI (1998): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, 3ra edición, Madrid, pp. 537.

⁵⁷ *Ibíd.*, pp. 537-538.

penal, para cumplir con lo que señala nuestra CPR, será necesario informar al MP para que efectúe las diligencias pertinentes.

En razón de lo anteriormente expuesto, debe concluirse que la primera gran limitación constitucional de la investigación privada consistirá en la limitación que impone el artículo 83 CPR. Toda vez que se contravenga dicha disposición, excediendo la investigación privada los ámbitos en que resulta admisible, cabrá estimar que se vulnera el derecho a una investigación racional y justa, así como también, en algunos casos, el principio de inocencia.

El derecho a una investigación racional y justa “apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que (...) la pesquisa que realice el MP no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento”⁵⁸. Cabe recordar que lo asegurado por la CPR, en el artículo 19 N°3, es el derecho a una investigación racional y justa en conformidad a la ley. Siendo esto así, la objetividad en la investigación (que sólo asegura el investigador público) y el principio de inocencia, entendidos en los términos antes expresados, formarían parte del derecho a una investigación racional y justa. La inobservancia de estos derechos dará lugar a la causal de exclusión de prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales establecida en el artículo 276 inciso tercero CPP.

El segundo gran límite que tendrá la investigación privada será la realización de diligencias de investigación que puedan afectar derechos fundamentales. Todas aquellas diligencias que requieren autorización judicial previa, deberá solicitarse al MP que las realice, requiriendo el permiso jurisdiccional pertinente⁵⁹.

⁵⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): rol N° 815-2008, 19 de agosto del 2008, p. 31.

⁵⁹ ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL (2010): *Los Derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 96.

Esto lleva al tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que “hace referencia al efecto de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares, esto es, entre sujetos sin potestad estatal”⁶⁰. “Esta postura coincide con la versión tradicional [de la eficacia vertical], pero sostiene que políticamente es necesario que los derechos amplíen su eficacia y vinculen también a los particulares (...). Esta segunda línea es la que se ha desarrollado de manera más seria y consistente en el derecho comparado”⁶¹.

Tratándose de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, nuestro ordenamiento regula las consecuencias derivadas de dicha acción, la cual será la exclusión de la prueba ilícita. En este sentido, el investigador privado también se encuentra vinculado por estos límites constitucionales al establecimiento de la verdad. Lo contrario importaría sostener, por ejemplo, que “el Estado podría valerse de un particular para cometer la ilicitud en la búsqueda del elemento incriminatorio”⁶², situación que atenta abiertamente contra los valores de nuestro sistema.

A mayor abundamiento, los límites formales al establecimiento de la verdad no están establecidos sólo para disuadir la realización de actos ilícitos por parte del poder público. En concordancia con la concepción cognoscitivista de la prueba, el ejercicio del *ius puniendi* se legitima en tanto la decisión sea justa no sólo en el derecho, sino también en los hechos⁶³. Como se ha señalado anteriormente, es para garantizar esto que se impone la exigencia de objetividad a la investigación, ya que a la sociedad no le resulta indiferente si el hecho punible realmente se cometió en los términos que señala la acusación.

Por lo tanto, si en virtud de la investigación privada se realizasen diligencias que requieran autorización judicial previa, se incurrirá nuevamente en la hipótesis de prueba

⁶⁰ MARSHALL BARBERÁN, PABLO (2010): “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución” en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1 p. 44.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 45.

⁶² ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL (2010): *Los Derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 94.

⁶³ TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones*, Doxa, N° 3, (traducción Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer), p. 36.

ilícita por vulneración de derechos fundamentales. A diferencia de la causal de exclusión anterior, en este caso la determinación del derecho fundamental afectado deberá determinarse caso a caso.

Dos medios de prueba en los que tiene cabida la investigación privada es a propósito de la prueba testimonial y el informe de peritos⁶⁴. Se atisba esta posibilidad, por cuanto la obligación de llevar registro de los testigos afecta sólo al MP (art. 227 y 181 CPP). Sobre este punto hay jurisprudencia contradictoria y más bien casuística, en orden a si es necesario o no que los testigos hayan declarado ante el MP durante la fase de investigación para hacer valer sus declaraciones durante el juicio oral⁶⁵.

Con cierto grado de incertidumbre jurisprudencial, se puede decir que obligación de registro existe sólo para el MP, lo cual llevará a que, por regla general, la posibilidad del MP de hallar testigos que puedan declarar válidamente en juicio precluirá al cierre de la etapa de investigación, y en el resto de los casos al proponer prueba en el escrito de acusación (esto, excluidas las hipótesis de prueba nueva). Por otro lado, la oportunidad del querellante para proponer prueba es de quince días de antelación a la audiencia preparatoria; mientras que la defensa podrá proponer prueba incluso durante la audiencia antes mencionada. Esto, al menos, abre la posibilidad de que puedan obtenerse testigos con posterioridad al cierre de la etapa de investigación; posibilidad vedada al MP. Ahora, todo esto es viable ya que existe la posibilidad de obtener dichos medios de prueba sin que se vulnere la exigencia de legalidad y proporcionalidad en la afectación de derechos fundamentales que impera en el proceso penal.

⁶⁴ Se puede apreciar como un investigador privado desempeña este rol en: SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2012): rol N° 480-2012, 28 de Diciembre de 2012.

⁶⁵ A modo de ejemplo sobre la divergencia en este tema, tenemos las siguientes resoluciones: SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2011): rol N° 931-2011, 2 de Agosto de 2011; además, SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2004): rol N° 761-2004, 23 de noviembre de 2004, comentada en TAVOLARI, RAÚL (2005): “La declaración de testigos en la investigación, como condición para su testimonio en el juicio oral”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 81-112.

8. EXCLUSIÓN DE EVIDENCIA RECADADA EN VIRTUD DE LA INVESTIGACIÓN PRIVADA

Como se ha señalado anteriormente, cuando la investigación privada exceda los límites constitucionales antes señalados, se incurrirá en la hipótesis de prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales. Ahora, ¿a quién puede beneficiar esta declaración? Para responder a esta pregunta, será necesario develar quiénes se encuentran legitimados para invocar la infracción de la garantía del debido proceso legal, del derecho a la prueba y de los derechos fundamentales, a fin de justificar la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas exculporias⁶⁶. Así, se comenzará por analizar qué prueba puede ser afectada por las exclusiones de prueba ilícita, distinguiendo entre la prueba de cargo y de descargo; y la legitimación para solicitar esta exclusión, tema íntimamente relacionado con la titularidad del derecho al debido proceso.

La prueba ilícita está concebida como un límite al *ius puniendi*, como un requisito necesario en un Estado de Derecho que establece límites al comportamiento estatal en la persecución de los delitos. Cuando la actividad estatal está dirigida a la obtención de elementos probatorios es cuando se crea mayores riesgos para el respeto de los derechos fundamentales⁶⁷; esto genera un conflicto entre “garantismo y eficacia”⁶⁸; es decir, entre “la búsqueda de la verdad como mecanismo de defensa social, y la observancia, atención y cuidado de los derechos y garantías individuales”⁶⁹. Por lo tanto, no es que se elimine toda posibilidad de afectación de derechos fundamentales, sino que se establecen límites en los cuales puede haber afectación en diferentes casos y cuando sea realmente indispensable⁷⁰.

⁶⁶ Prólogo de CLAUDIO MENESES PACHECO, en el libro de BASSO CERDA, OSVALDO ANTONIO (2013): *Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile*, Editorial Librotecnia, Santiago, p. 11.

⁶⁷ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, p. 168.

⁶⁸ TAVOLARI, RAÚL (2005): “la prueba en el proceso penal”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 134.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ BOFILL GENZSCH, JORGE (1988): “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 12, p. 227

El carácter de “ilícito” de la prueba se le otorgará dependiendo del alcance que le dé cada Estado a los derechos fundamentales⁷¹, y la consecuencia jurídica de tal ilicitud en nuestro sistema es la exclusión de la prueba ilícita. Si la prueba ilícita obtenida en la investigación privada puede ser objeto de la regla exclusión dependerá de si en tal investigación se afectaron las garantías antes señaladas, así como también de si la prueba es cargo o de descargo.

En primer lugar, respecto de “la prueba ilícita de cargo” nos referimos principalmente a la prueba aportada por el querellante cuando haya afectado garantías fundamentales en su investigación. Tal prueba ilícita, según la mayoría de la doctrina nacional, puede ser excluida por las razones que se expondrán a continuación.

En primer lugar, existiría una doble vulneración de derechos fundamentales si el Estado utilizara como fundamento para un eventual condena el resultado de una vulneración de derechos fundamentales realizada por un particular⁷². Es decir, la primera vulneración es del particular y, la segunda, del Estado al amparar tal vulneración y tornar ilegítimo el sistema⁷³. De esta manera, no sólo estaría en juego la afectación de un derecho fundamental, sino también la legitimación misma del proceso penal.

En segundo lugar, en derecho extranjero, en el sistema estadounidense y el alemán, por regla general no excluyen la prueba ilícita de los particulares. Excepcionalmente aplican la regla de exclusión “cuando la conducta privada se conecta significativamente con una actuación estatal o en cooperación con agentes estatales”,⁷⁴ como también en caso de violaciones extremas a los derechos humanos⁷⁵. Es decir, excepcionalmente la aplicarían si el Estado se valiera de privados para infringir derechos fundamentales o la infracción fuera de tal magnitud que no pudiera ser tolerada.

⁷¹ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, p. 169.

⁷² ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL (2010): *Los Derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 90.

⁷³ HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2002): *la exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, N° 2 Editorial de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. P.66.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 20.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 39.

Además, en el sistema estadounidense y en el alemán no existe la figura del querellante particular legitimado para ejercer la acción penal pública, de manera que se justificaría en cierto modo que no se contemple la exclusión de prueba de los privados. Hernández Basualto, nos señala que esta diferencia es fundamental ya que “el ejercicio del *ius puniendi* pasa a “compartirse” con los particulares, no pudiendo sino extenderse a ellos la sanción de exclusión por sus actuaciones ilícitas”⁷⁶.

En tercer lugar, hay que tomar en consideración el principio según el cual los actos ilícitos no pueden aprovechar a su autor, menos en este caso al querellante, que actúa bajo un interés privado, plasmado de ánimo de retribución, carente de racionalidad⁷⁷.

Por último, atendiendo los principios que revisten y legitiman las actuaciones del MP, éste es el único que cuenta con los mecanismos formales para afectar derechos fundamentales. El querellante particular sólo puede canalizar diligencias que puedan afectar derechos fundamentales a través del MP, reforzando así tanto el monopolio de la investigación criminal⁷⁸, como el resguardo del principio de objetividad.

En consecuencia, el imputado podría solicitar la exclusión de prueba ilícita de las investigaciones privadas, aunque no afecten derechos fundamentales en que él sea el titular, sino un tercero, mientras se vea perjudicado por tal prueba al servir como fundamento para una sentencia condenatoria.

Ahora, en cuanto a “la prueba de descargo” la doctrina mayoritaria⁷⁹ nos señala que sólo se aplica a la parte que sostiene la acusación, sea el Estado o un particular, pero esta no alcanza a la defensa⁸⁰.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 67.

⁷⁷ ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL (2010): *Los Derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 89.

⁷⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2002): *la exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, N° 2 Editorial de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, p. 67.

⁷⁹ Véase a TAVOLARI (2005): “la prueba en el proceso penal”, en *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.158., HERNÁNDEZ BASUALTO (2002): *la exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, N° 2 Editorial de la Universidad Alberto

Según María Soledad Krause, en los diversos sistemas de derecho extranjero, este tratamiento diferente se justifica porque se atribuye como fundamento de la exclusión de prueba ilícita la legitimación de la intervención punitiva del Estado, es decir, “fijaría los límites dentro de los cuales el Estado puede ejercer el *ius puniendi* y nos indicaría cuál es la elección que el sistema social efectuaría en caso de colisión”⁸¹. En este sentido, Héctor Hernández Basualto señala que al no afectar la legitimidad del *ius puniendi* las consecuencias de la infracción deben ser diferentes si no se tratara de un órgano estatal⁸².

Según esta lógica el artículo 276 CPP se aplicaría al órgano o persona que sostiene la acusación, de manera de exigir a quien acusa un mínimo de evidencia válida para sustentar las imputaciones efectuadas. Esto, por cuanto “a quien se debe resguardar en sus garantías de presunción de inocencia, derecho de defensa y de debido proceso frente a las pretensiones inculpatórias es al imputado”⁸³.

Julián López indica que la investigación realizada por la defensa no cuenta con los enormes recursos del MP, ni es dirigida por el poder público, ni revestida de una aparente legitimidad frente a los ciudadanos. La defensa tiene que basarse en la colaboración voluntaria que le prestan las personas requeridas, por lo que no debe ser sancionada con las exclusiones probatorias, sino sólo con las sanciones penales o civiles establecidas en tales casos⁸⁴.

En los sistemas donde se reconoce el principio de inocencia, debe resguardarse sólo el valor de la prueba en la cual se sostiene la culpabilidad del imputado, ya que “es esa

Hurtado, Santiago de Chile, pp. 64-65, a LÓPEZ MASLE (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, p. 74

⁸⁰ KRAUSE, MARÍA SOLEDAD (2005): “Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal”, en *Revista procesal penal / LexisNexis*, Santiago, Chile, N° 30, p. 19

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2002): *la exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, N° 2 Editorial de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, p. 65.

⁸³ KRAUSE, MARÍA SOLEDAD (2005): “Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal”, en *Revista procesal penal / LexisNexis*, Santiago, Chile, N° 30, p. 19

⁸⁴ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, p.74.

prueba la que exige de máxima garantía, en tanto altera el estado de las cosas anterior a la imputación, y somete al sujeto a la intervención más grave que puede ejercitar legítimamente a su respecto el Estado”⁸⁵.

También se ha llegado a decir “que en algunos casos podría sostenerse que la violación de derechos fundamentales por el imputado se encontraría justificada en su necesidad de restar fundamento a las imputaciones que le han sido efectuadas”⁸⁶. Es decir, habría casos en que por una especie de “estado de necesidad” la defensa en su investigación podría infringir derechos fundamentales.

Además, se ha señalado que si la prueba favorece al imputado, de manera de demostrar su inocencia, se aceptaría a pesar de su carácter ilícito, para así evitar una nueva vulneración de derechos al imputado. De lo contrario se afectaría no sólo el derecho de defensa o la presunción de inocencia del imputado, sino que con una eventual condena se afectaría, entre otros derechos, la libertad personal, la honra, la integridad psíquica⁸⁷. En otras palabras, la prueba ilícita de descargo debe ser admitida si evita condenar a un inocente

Teresa Armenta Dreu indica que ni la doctrina es unánime al respecto, ni la cuestión puede resolverse sin mayores matices⁸⁸. En derecho extranjero, por ejemplo, no se excluye por regla general la prueba de particulares, salvo en casos de violaciones extremas de derechos fundamentales, como es el caso de Alemania. Sin embargo, hay países como España, Colombia, o Italia donde no sólo se sanciona al órgano público, sino también a los privados⁸⁹.

En el mismo sentido, Echeverría señala que a *prima facie* no debe excluirse la prueba ilícita aportada por la defensa. Ahora, si esta es prueba obtenida con infracción del

⁸⁵ KRAUSE, MARÍA SOLEDAD (2005): “Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal”, en *Revista procesal penal / LexisNexis*, Santiago, Chile, N° 30, p. 19

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 19-20.

⁸⁸ ARMENTA DREU, TERESA (2013): “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 2, p. 351.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 350.

artículo 195 del CPP, que proscribire ciertos métodos de investigación que involucren hipnosis, maltrato, psicofármacos, y otros similares, nos encontraríamos ante un “problema de valoración” de la prueba no así de admisibilidad⁹⁰. Incluso señala que el JG puede excluir la prueba ilícita de la defensa cuando exista una infracción inaceptable a las garantías fundamentales, ya sea de la víctima o de terceros, pero ya no aplicando el artículo 276 del CPP, sino el principio de proporcionalidad en la afectación de los derechos fundamentales⁹¹.

En conclusión, a la investigación privada realizada por la defensa, cuando haya excedido los límites ya señalados, no se le aplicara la regla de la exclusión de prueba, por regla general; recibiendo las sanciones que se establezcan para el efecto, pero siendo admitida en el juicio oral, considerando principalmente que puede evitar la condena de un inocente.

Respecto a quién puede reclamar la ilicitud de la prueba y solicitar la exclusión de la misma, en derecho extranjero, especialmente el estadounidense y alemán, sólo el titular del derecho fundamental vulnerado está legitimado para solicitar la exclusión de la prueba ilícita⁹². Sin embargo, en nuestro sistema, Héctor Hernández Basualto no sólo defiende su exclusión de oficio por el JG, sino que, además, a solicitud del imputado aun cuando no sea el titular del derecho vulnerado. El autor antes mencionado sostiene esta postura basándose en las siguientes razones: (1) en el fundamento ético de las exclusiones de prueba ilícita, ya que la prueba es igualmente ilícita tanto si se trata de los derechos del imputado como si se trata de los de un tercero; (2) que el imputado tendría un interés propio en la exclusión, ya que el uso de evidencia en su contra le puede acarrear un grave perjuicio; (3) esta sería la única forma de preservar el ejercicio legítimo del *ius puniendi* puesto que, sea o no el imputado titular del derecho, el Estado se estaría aprovechando de una vulneración de garantías para fundar un sentencia condenatoria⁹³.

⁹⁰ ECHEVERRÍA DONOSO, ISABEL (2010): *Los Derechos fundamentales y la prueba ilícita*, Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 118 y 119

⁹¹ *Ibíd.*, p. 107.

⁹² HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2002): *la exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, N° 2 Editorial de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, p. 69.

⁹³ *Ibíd.*, pp. 70 y 71.

Parte de la doctrina⁹⁴ sostiene la imposibilidad tanto del querellante como del MP de solicitar la exclusión de prueba ilícita de la defensa, ya que el MP no sería titular de derechos fundamentales. Esto aplica especialmente tratándose del derecho al debido proceso, el cual en su origen habría surgido para la tutela de los particulares frente al poder estatal. De lo contrario se permitiría al Estado aprovecharse de una infracción que generalmente el mismo ha producido⁹⁵. Lo anterior reafirmaría que no rige la regla de la exclusión para la prueba ilícita de la defensa, ya que el derecho al debido proceso opera como una limitación frente al Estado persecutor, por lo que no resultaría pertinente su invocación por parte del MP o del querellante.

La jurisprudencia al respecto ha sido vacilante, parecía haberse alineado en aceptar los recursos de nulidad por parte del MP por el artículo 373 letra a) del CPP en cuanto titular del debido proceso, encontrándose esta postura en sentencias del 2005 al 2010⁹⁶. Sin embargo, cambia bruscamente de criterio el año 2012, rechazándose los recursos de nulidad por parte del MP, siendo los principales argumentos: (1) el debido proceso establecido en el artículo 19 número 3 CPR tiene su origen en el derecho anglosajón, teniendo por objeto limitar el *ius puniendi*, siendo el sujeto activo el imputado a fin de que tuviera oportunidades mínimas de ejercer su defensa; (2) la CPR determina la organización del Estado y limita la actuación de sus órganos, estando regido el MP como representante del Estado por el artículo 6 CPR, tiene que someter su acción a ella y respetar las limitaciones que establece, entre las cuales estarían las garantías y derechos que emanan de las personas que son objeto de la investigación que lleva adelante el MP; (3) que del artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCP se desprende con meridiana claridad que ha sido establecido a favor del imputado y no del Estado en cuanto ejerce la potestad punitiva; (4) que el objeto del debido proceso no es instaurar la igualdad entre las partes sino asegurar el

⁹⁴ Véase CAROCCA (2003): *El nuevo sistema procesal penal*, editorial jurídica La Ley, Santiago, p. 265, LÓPEZ MASLE(2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. II, DUCE y RIEGO (2007): *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 523 y ss.

⁹⁵ DEL RÍO FERRETTI, CARLOS (2012): “Estudios sobre el derecho al recurso en el proceso penal” en *estudios constitucionales*, año 10, N° 1, p. 265.

⁹⁶ Véase SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA, rol N° 3984-2005, 15 de noviembre del 2005; rol N°1300-2007, 22 de mayo 2007; rol N° 4805-2009, 29 de septiembre del 2009; rol N° 3003-2010, 12 de julio del 2010.

respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada; (5) que existe diversos artículos del CPP que establecen sólo a favor del imputado una serie de derechos y garantías, así, por ejemplo, el artículo 9 y 10 del tal cuerpo legal; (6) que sería una contradicción pensar que aquel órgano que cuenta con todo el aparato estatal intente equiparse con aquel que es objeto de la persecución penal⁹⁷.

En cuanto a si el querellante puede solicitar la exclusión, en la sentencia de la CS rol N° 5654-2012 del 10 de octubre del 2012⁹⁸ se señala que lo que busca el debido proceso es garantizar el respeto de los derechos del imputado, que éste tenga garantías mínimas de juzgamiento, no pudiendo recurrir por esta causal del 373 letra a) CPP ni el MP ni el querellante, ya que el querellante también pertenece a la parte acusadora, aunque no tenga la exclusividad en la investigación penal, siendo contradictorio aceptar tal posibilidad, si es una garantía del imputado contra el persecutor penal⁹⁹.

En consecuencia, la prueba ilícita de la defensa no debe ser excluida a *prima facie*, de manera que no se puede solicitar su exclusión por el MP o por el querellante, siendo sancionada sólo a través de las vías civiles o penales al efecto, pero no a través de su exclusión. Incluso este tema puede ser llevado a un problema de valoración de la prueba si el método de obtención afectara su credibilidad, y sólo en casos extremos de violación de derechos fundamentales debe permitirse tal exclusión de oficio por el tribunal con base al principio de proporcionalidad. Por lo tanto, las exclusiones de prueba ilícita obtenidas producto de las investigación privada se encuentran establecidas a favor del imputado, siendo una de las herramientas de resguardo del principio de objetividad, el derecho de defensa y el principio de inocencia que consagra nuestro proceso penal.

⁹⁷ Véase las SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA, rol N° 5654-2012, 10 de octubre 2012; y rol N° 6831-2012, 27 de diciembre del 2012.

⁹⁸ Véase la SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2012), rol N° 5654-2012, 10 de octubre 2012, en el considerando decimo.

⁹⁹ *Ibíd.*, en el considerando quincuagésimo segundo.

9. CONCLUSIONES

1° La investigación es una actividad extra procesal, aunque con finalidades procesales, consistente en la obtención de fuentes de prueba a fin de adquirir un determinado conocimiento acerca de los hechos, el cual eventualmente podrá ser empleado en juicio.

2° La investigación penal, por regla general, será una investigación pública, esto es, efectuada conforme a un determinado procedimiento, sujeta a control jurisdiccional, y dirigida por un órgano estatal. Mientras que la investigación privada, por su parte, será residual, y aunque tenga un rol menor, no deja de ser importante en el sistema de procesal orientado a la búsqueda de la verdad probable de los hechos.

3° La investigación privada tiene dos grandes limitaciones. La primera de ellas deriva principalmente del artículo 83 CPR, que establece la exclusividad del MP en la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. La infracción de esta disposición llevará a la hipótesis de prueba ilícita por vulneración de garantías fundamentales, en particular, del derecho a una investigación racional y justa, lo que incluye la objetividad de la misma, y también la presunción de inocencia. La segunda limitación, vendrá dada por aquellas diligencias que requieren autorización judicial previa, las cuales sólo podrán ser efectuadas por el investigador público. En este último caso también se incurrirá en la hipótesis de prueba ilícita antes señalada, pero aquí habrá que determinar el derecho vulnerado caso a caso.

4° Las exclusiones de prueba afectarán a la investigación privada sólo en cuanto ésta produzca prueba de cargo, salvándose la prueba de descargo de la exclusión, sin perjuicio de la existencia de otras vías para reclamar las infracciones cometidas. Y dado que las exclusiones de prueba y el debido proceso están concebidos como limitaciones al poder punitivo, por regla general, el MP y el querellante no estarán legitimados para

solicitar la exclusión de la prueba de la defensa, salvo en casos de afectaciones extremas de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARMENTA DREU, TERESA (2013): “la verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 2. P.345-377.
2. BARCÍA, ROQUE (1879): *Primer diccionario general etimológico de la lengua española*, t. III, F. Seix Editor, Barcelona.
3. BASSO CERDA, OSVALDO ANTONIO (2013): *Procedencia de la exclusión de prueba ilícita de descargo en Chile*, Editorial Librotecnia, Santiago.
4. BENTHAM, JEREMY (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, Edit. Ejea, Buenos Aires, t. II.
5. BOFILL GENZSCH, JORGE (1994): “La prueba en el proceso penal” en *RDJ*, t. 91, N° 1, pp. 17-42.
6. BOFILL GENZSCH, JORGE (1988): “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 12, pp. 225-243.
7. COUTURE, EDUARDO (1958): *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ra edición, Editorial Roque depalma, Buenos Aires.
8. DEL RÍO FERRETTI, CARLOS (2012): “estudios sobre el derecho al recurso en el proceso penal” en *estudios constitucionales*, año 10, N° 1, pp. 245-288.
9. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO (1988), *Teoría general de la prueba judicial*, Zavalía Editor, 6ta edición, Buenos Aires, t. I.
10. DUCE J., MAURICIO, y RIEGO, CRISTIÁN (2007): *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
11. FERRAJOLI, LUIGI (1998): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, 3ra edición, Madrid.
12. FERRER BELTRÁN, JORDI (2005): *Prueba y verdad en el Derecho*, Marcial Pons, 2da edición, Madrid.

13. GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2004): *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 2da edición, Madrid.
14. GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2005): “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, pp. 74-85.
15. HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR (2002): “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.
16. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002): *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, t. I; t. II.
17. KRAUSE, MARÍA SOLEDAD (2005): “Algunas consideraciones sobre la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento penal”, en *Revista procesal penal*, LexisNexis, Santiago, Chile, N° 30, p. 13-22.
18. MARSHALL BARBERÁN, PABLO (2010): “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución” en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 1, pp. 43-78
19. MATURANA MIQUEL, CRISTIAN, Y MONTERO LÓPEZ, RAÚL (2010): *Derecho Procesal Penal*, 1ra edición, Legal Publishing, Santiago, t. I y II.
20. MENESES PACHECO, CLAUDIO (2008): “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil” en *Ius et Praxis*, t.14, N° 2, pp. 43-86.
21. MORAGA KLENNER, CLAUDIO (2008): “Derecho Público Chileno, y los Principios de Legalidad Administrativa y de Juridicidad” en *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
22. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22° edición. Disponible en: <http://www.rae.es>. Fecha de la última consulta: 8 de agosto de 2013.
23. SILVA, RODRIGO (2011): *Manual de procedimiento penal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

24. TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad” en, *Discusiones*, Doxa, N° 3, (traducción Maurizio Betti y Rodrigo Coloma. Revisión de Jordi Ferrer)
25. TARUFFO, MICHELE (2003): “Algunos comentarios sobre la valoración del a prueba”, en *Discusiones*, Doxa, N° 3, (traducción Daniel González Lagier).
26. TARUFFO, MICHELE (2005): *La prueba de los hechos*. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid (Traducción Jordi Ferrer Beltrán, La prova dei fatti giuridice).
27. TAVOLARI, RAÚL (2005): *Instituciones del nuevo proceso penal cuestiones y casos*, 1ra edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2012): rol N° 480-2012, 28 de Diciembre de 2012.
2. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2011): rol N° 931-2011, 2 de Agosto de 2011.
3. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO (2004): rol N° 761-2004, 23 de noviembre de 2004.
4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2005): rol N° 3984-2005, 15 de noviembre del 2005.
5. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2007): rol N° 1300-2007, 22 de mayo 2007.
6. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2009): rol N° 4805-2009, 29 de septiembre del 2009.
7. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2010): rol N° 3003-2010, 12 de julio del 2010.
8. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2012): rol N° 5654-2012, 10 de octubre 2012.
9. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA (2012): rol N° 6831-2012, 27 de diciembre del 2012.

10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): rol N° 815-200819 de agosto del 2008.