

**LA PRUEBA ILÍCITA EN PROCEDIMIENTOS PENALES Y SU  
TRATAMIENTO POR LA CORTE SUPREMA CHILENA**

CAROLINA HAGEMANN LOIS  
CYNTHIA RAMÍREZ CATALÁN  
FELIPE VALDEBENITO SÁNCHEZ  
JOSÉ GUGLIEMMETTI SERRANO  
JOSEFA DEL REAL BREQUE  
MARÍA TORRES WAHL  
SANTIAGO BRETON JARA

Director y Coordinador:  
MANUEL RODRÍGUEZ VEGA

## PRESENTACIÓN

El presente texto se elabora en base a siete trabajos realizados por los alumnos de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica en el Seminario de Investigación “Jurisprudencia de la Corte Suprema chilena sobre la prueba ilícita” cursado el segundo semestre del año 2019, del cual quien suscribe estuvo a cargo.

Durante dicho curso los alumnos investigaron sobre el tema asignado individualmente, relacionado con la institución de la prueba ilícita, para finalmente redactar un artículo ciñéndose a las normas editoriales de la Revista Chilena de Derecho.

Dado que cada uno de dichos trabajos fue elaborado de manera independiente de los demás, tocan materias que se reiteran en varios de ellos, principalmente en su introducción y marco teórico, motivo por el cual este texto toma las secciones más novedosas de dichos trabajos, para conformar un texto armónico que, en lo posible, evite reiteraciones innecesarias. Por el mismo motivo, se presenta un listado unificado de la bibliografía y fallos consultados que reúne todas las citas efectuadas en los capítulos y secciones elaborados por los alumnos.

La intervención de Director y Coordinador reside, principalmente, en fusionar estos distintos trabajos de manera de presentar un solo texto armónico, tratando de conservar, salvo lo anterior, el modo en que fueron escritos los capítulos y secciones. Igualmente se llevan a cabo las correcciones formales indispensables, tanto ortográficas como de sintaxis, y se incluyen notas que pueden aclarar o complementar algunos puntos tratados por los alumnos. Se ha evitado mayor intervención, a fin de conservar las palabras y frases originales y, con ello, las ideas tal como han buscado transmitirlas sus autores.

Los alumnos que participan en esta obra y los títulos de los temas que ellos indagaron, son los siguientes: Carolina Hagemann Lois (“ilicitud de la prueba invocada por un tercero no afectado directamente por la infracción”), Cynthia Ramírez Catalán (“legitimación activa del Ministerio Público para solicitar la exclusión de prueba ilícita de descargo en el proceso penal chileno”), Felipe Valdebenito Sánchez (“jurisprudencia de la Corte Suprema chilena: la exclusión de la prueba ilícita ante el tribunal de juicio oral en lo penal”), José Guglielmetti Serrano (“exclusión de la prueba ilícita recolectada por particulares y su tratamiento por la Corte Suprema”), Josefa del Real Breque (“la buena fe en el agente policial en la perspectiva de la Corte Suprema de Chile”), María Torres Wahl (“exclusión de la prueba por ilicitud en el Código Procesal Penal”) y Santiago Breton Jara (“exclusión de prueba ilícita en el proceso penal chileno: la excepción del descubrimiento inevitable en la jurisprudencia de la Corte Suprema”).

En cada capítulo, subcapítulo o sección, se indica su respectivo autor o autores, y las notas complementarias del Director, se identifican como “Nota:”.

Manuel Rodríguez Vega  
Director y Coordinador

## INDICE

### PRESENTACIÓN

### INTRODUCCIÓN

#### **CAPÍTULO I: PRUEBA ILÍCITA**

1. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PRUEBA ILÍCITA
2. FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA
  - 2.1. ESTADOS UNIDOS
  - 2.2. ALEMANIA
  - 2.3. CHILE
3. LA EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS DERIVADAS DE PRUEBA ILÍCITA Y SUS EXCEPCIONES
  - 3.1. FUENTE INDEPENDIENTE
  - 3.2. VÍNCULO ATENUADO
  - 3.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE
  - 3.4. BUENA FE

#### **CAPÍTULO II: TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO**

1. CAUSALES DE ILICITUD ESTABLECIDAS EN EL CPP
  - 1.1. PRUEBAS OBTENIDAS CON INOBSERVANCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES O ILICITUD MATERIAL
  - 1.2. PRUEBA PROVENIENTE DE DILIGENCIAS O ACTUACIONES DECLARADAS NULAS
2. CONSECUENCIA JURÍDICA O EFECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

#### **CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE**

1. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CONTRERAS. CASO PARADIGMÁTICO CHILENO. SU SIMILITUD CON EL CASO NIX V. WILLIAMS
2. HURTOS EN GRANDES TIENDAS Y SUPERMERCADOS. FACULTADES AUTÓNOMAS DE LAS POLICÍAS
3. “INEVITABILIDAD” DEL DESCUBRIMIENTO
  - 3.1. *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FORMANTEL* (2014)
  - 3.2. *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CARDEMIL* (2018)
4. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA Y LA EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE
5. LA INSUFICIENCIA ANALÍTICA DE LA CORTE SUPREMA

#### **CAPÍTULO IV: JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE**

1. LA CONFIANZA RAZONABLE COMO CRITERIO DE ADMISIÓN DE LA BUENA FE
2. ADMISIÓN DE LA BUENA FE EN ATENCIÓN A LA EXISTENCIA DE INDICIOS PREVIOS

3. INEXISTENCIA DE ERROR EN EL AGENTE POLICIAL TRATADO COMO BUENA FE
4. BÚSQUEDA DE OTROS CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA BUENA FE
5. LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE BAJO LA ÓPTICA DEL FUNDAMENTO DE LA INTEGRIDAD JUDICIAL
6. COMENTARIOS FINALES

## **CAPÍTULO V: LEGITIMIDAD Y REQUISITOS PARA INVOCAR LA ILICITUD DE LA PRUEBA EN SU FAVOR**

### **1. ILICITUD DE LA PRUEBA INVOCADA POR UN TERCERO NO AFECTADO DIRECTAMENTE POR LA INFRACCIÓN**

- 1.1. DERECHO COMPARADO
- 1.2. DERECHO NACIONAL
- 1.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA
  - 1.3.1. *Ministerio Público contra Vásquez (2016)*
  - 1.3.2. *Ministerio Público contra Melinao (2016)*
  - 1.3.3. *Ministerio Público contra Núñez (2017)*
  - 1.3.4. *Ministerio Público contra Ipial (2017)*
  - 1.3.5. *Ministerio Público contra Martínez (2018)*
  - 1.3.6. *Ministerio Público contra Barahona (2018)*

### **1.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FALLOS**

- 1.4.1. *Deslegitimación del ejercicio del ius puniendi del Estado*
- 1.4.2. *Desprotección a las personas ajenas al proceso penal*
- 1.4.3. *Incentivo al Ministerio Público y a las policías a no cumplir con la Ley*
- 1.4.4. *Vulneración el derecho al debido proceso del imputado*

### **2. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA SOLICITAR LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA DE DESCARGO EN EL PROCESO PENAL CHILENO**

- 2.1. DERECHO COMPARADO
- 2.2. DOCTRINA NACIONAL
- 2.3. LEGITIMIDAD ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INVOCAR LA CAUSAL DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 373 LETRA A) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
- 2.4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INVOCAR LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO
  - 2.4.1. *Sentencias que reconocen legitimidad al Ministerio Público*
    - a) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILLABLANCA (2005)*
    - b) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA HINOSTROZA (2005)*
    - c) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FERNÁNDEZ (2010)*
  - 2.4.2. *Sentencias que rechazan legitimidad del Ministerio Público*
    - a) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MARICURA (2002)*
    - b) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CRESPO (2005)*
    - c) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOLAR (2012)*
    - d) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA OLIVIERI (2012)*

### **2.5. COMENTARIOS FINALES**

### **3. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA DE CARGO RECOLECTADA POR PARTICULARES Y SU TRATAMIENTO POR LA CORTE SUPREMA**

#### **3.1. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA**

## **CAPÍTULO VI: DECLARACIÓN DE ILICITUD DE LA PRUEBA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL**

### **1. DOCTRINA NACIONAL**

### **2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE ESTA MATERIA**

#### **2.1. DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL**

#### **2.2. EXCLUSIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL**

#### **2.3. VALORACIÓN NEGATIVA DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL**

### **3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA JURISPRUDENCIA EXPUESTA**

### **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

### **JURISPRUDENCIA CITADA**

## INTRODUCCIÓN

SANTIAGO BRETON JARA

En la actualidad, coexisten en Chile dos modelos procesales penales<sup>1</sup>: un sistema inquisitivo, propio del Código de Procedimiento Penal de 1906, y uno acusatorio, resultante de la reforma procesal penal que culminó con la paulatina entrada en vigencia del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) a lo largo del país.

Desde 1906 existe en Chile un procedimiento penal de carácter inquisitivo, todavía aplicable a aquellas causas en que los hechos juzgados son anteriores a la entrada en vigencia del nuevo sistema. Este tipo de modelo procesal se caracteriza principalmente por acumular las funciones de investigar, acusar y decidir en un solo sujeto: el juez<sup>2</sup>. Si bien en Chile la función de acusar originalmente no correspondía al juez, la supresión de los promotores fiscales en 1927 profundizó los componentes inquisitorios de la estructura del procedimiento al concentrar en una sola persona no sólo las funciones de investigar y juzgar, sino también, precisamente, la de acusar<sup>3</sup>. Este sistema procesal penal, en particular desde la reforma señalada, es “uno de los sistemas inquisitivos más puros del mundo contemporáneo”<sup>4</sup>.

En 1995, casi noventa años después de la promulgación del Código de Procedimiento Penal, se presentó al Congreso Nacional el proyecto de CPP<sup>5</sup>, que fue finalmente publicado en el Diario Oficial el día 12 de octubre del año 2000. Sin perjuicio de lo anterior, se optó por establecer un período de *vacatio legis* diferenciado por regiones; la reforma se planificó de modo tal que el nuevo proceso penal comenzara a regir escalonadamente por grupos de regiones. La implementación se inició en diciembre del año 2000, con las regiones IV y IX, y culminó el año 2005, con la Región Metropolitana<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> CASTRO (2006) p. 49.

<sup>2</sup> CASTRO (2006) p. 41. Otras características indicadas por CASTRO (2006) pp. 40-42, son su vinculación política con regímenes absolutistas, el carácter de objeto que tiene el sospechoso, la primacía de la prueba legal tasada, ausencia de participación de jueces legos e investigación escrita y secreta.

<sup>3</sup> DUCE Y RIEGO (2012) p. 53.

<sup>4</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 45.

<sup>5</sup> DUCE Y RIEGO (2012) p. 57. Se trata, en todo caso, de parte de un paquete de reformas que incluía también una modificación constitucional, la Ley Orgánica Constitucional de Ministerio Público, una reforma al Código Orgánico de Tribunales, la ley que creó la Defensoría Penal Pública y una serie de modificaciones misceláneas a través de las denominadas “Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal”. Véase DUCE Y RIEGO (2012) p. 73.

<sup>6</sup> Para un detallado análisis del proceso de implementación de la Reforma Procesal Penal, véase DUCE Y RIEGO (2012) p. 72 y ss.

El nuevo sistema procesal penal trajo consigo el abandono del fin primordial del antiguo procedimiento inquisitivo: la reconstrucción de la verdad histórica o real<sup>7</sup>. Como bien señalan Horvitz y López, el modelo acusatorio adoptado en la reforma procesal penal se presenta como alternativa al modelo sustancialista. En éste, la búsqueda de la verdad material resulta esencial y se obtiene a partir de una “investigación inquisitiva sin constreñimientos garantistas”<sup>8</sup>. Muy por el contrario, el modelo acusatorio instaurado por la reforma persigue una verdad formal o procesal<sup>9</sup>, cuya obtención está sujeta al irrestricto respeto de los derechos fundamentales.

La opción legislativa de la reforma fue el corolario de reconocer que “en un Estado de Derecho no resulta legítima la obtención de la verdad ‘a cualquier precio’”<sup>10</sup>. Como señala Hernández, “la reforma procesal penal [...] representa un esfuerzo integral y profundo por configurar en Chile un proceso penal digno de un Estado de Derecho democrático y respetuoso de los derechos fundamentales”<sup>11</sup>. En idéntico sentido, Horvitz y López consideran que uno de los objetivos centrales del nuevo sistema fue adecuar el ordenamiento chileno a las exigencias de un Estado democrático y, especialmente, alinear nuestra legislación con las garantías individuales protegidas por tratados internacionales ratificados por Chile<sup>12</sup>.

Si el modelo que adoptó el Estado chileno no persigue una verdad material sino una formal o procesal -que, por lo demás, no puede obtenerse a cualquier costo-, conviene analizar la regulación probatoria, pues por medio de las pruebas se verifican los hechos objeto de juicio<sup>13</sup>. Además de las obvias consecuencias de adoptar un sistema acusatorio (como la separación de las funciones de investigar y acusar, por un lado, y la de juzgar, por otro) se introdujo una “norma que siendo mucho más discreta en su presentación constituye un verdadero hito histórico y uno de los grandes saltos cualitativos del derecho procesal chileno”<sup>14</sup>: el inciso tercero del artículo 276 del CPP, que ordena al juez de garantía excluir las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hayan sido declaradas nulas y aquellas que se hayan obtenido con inobservancia de garantías fundamentales<sup>15</sup>.

Esta norma de exclusión de prueba ha sido calificada como uno de los “mecanismos correctivos más poderosos para la protección de garantías”<sup>16</sup>, y puede considerarse parte integrante de lo que Tavolari denomina “estatuto ético regulador del ejercicio estatal”<sup>17</sup>. Se trata, en definitiva, de que un Estado democrático de Derecho, que reconoce la dignidad de la persona humana y los derechos esenciales que de ella emanan,

<sup>7</sup> DUCE Y RIEGO (2012) p. 41.

<sup>8</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 26.

<sup>9</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 27.

<sup>10</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 27. En el mismo sentido, CHAHUÁN (2009) p. 260.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 7.

<sup>12</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 31.

<sup>13</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 65., quienes definen la prueba como un “medio de *verificación*”. Énfasis en el original. También CAROCCA (1998) p. 301, quien señala que “[l]a doctrina procesal moderna, pone de relieve la importancia de la prueba, en la medida que la actividad probatoria es la que permite fijar los hechos a los que el juez en su sentencia aplicará el Derecho”.

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ (2005) p.7.

<sup>15</sup> LEY N° 19.696 de 2000.

<sup>16</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 103.

<sup>17</sup> TAVOLARI (2005) p. 134.

se autolimita<sup>18</sup>; no está dispuesto a imponer penas cueste lo que cueste y legitima el ejercicio del *ius puniendi* estatal en el empleo de métodos moralmente adecuados y respetuosos de los derechos fundamentales.

Sin embargo, ni el citado artículo 276 ni otras disposiciones del CPP resuelven con claridad las diversas cuestiones interpretativas que se suscitan en el tratamiento de las distintas materias relacionadas a esta institución, haciéndose necesario para dicho fin, acudir a la orientación que pueda brindar la doctrina nacional y comparada y, principalmente a la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, esfuerzo al que se dedica esta obra.

---

<sup>18</sup> TAVOLARI (2005) p. 134.

## CAPÍTULO I PRUEBA ILÍCITA

CAROLINA HAGEMANN LOIS  
CYNTHIA RAMÍREZ CATALÁN  
JOSEFA DEL REAL BREQUE  
SANTIAGO BRETON JARA

### 1. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PRUEBA ILÍCITA<sup>19</sup>

Si bien existen una serie de definiciones, es posible conceptualizar la prueba ilícita como “aquel medio de prueba aportado por las partes o los funcionarios competentes al proceso, que en su obtención ha vulnerado derechos o garantías constitucionales”<sup>20</sup> y aquellas amparadas en instrumentos internacionales ratificados por Chile. Nuestra legislación la conceptualiza como aquella que fue obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales y que produce como efecto la ineficacia probatoria. Se encuentra consagrada en el artículo 276, inciso 3, de nuestro CPP.

La existencia de la prueba ilícita se establece como un límite a la búsqueda de la verdad dentro del proceso, entendiéndose que la validez de ésta y de la forma en que se obtuvo, puede incidir y condicionar de forma importante la veracidad que puede aportar. En palabras de Horvitz, “[a]l derecho procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen y se incorporan los elementos de prueba, porque en un Estado democrático es precisamente esta actividad la que crea mayor riesgo de violación a los derechos fundamentales de las personas.”<sup>21</sup> Así, al considerar la relevancia que tiene la actividad investigativa y probatoria para poder encaminarse a la verdad en el proceso, se hace aún más necesario establecer ciertos mecanismos para evitar que, incluso cuando se aporten hechos y elementos veraces pero que se han obtenido de forma ilícita, estos no puedan ser considerados.

Ahora bien, el tratamiento legal que se le da a la prueba ilícita por inobservancia de las garantías fundamentales es bastante amplio, dejando a la labor interpretativa del juez determinar su alcance y extensión. En este sentido, surge la necesidad de precisar en forma breve a qué se refiere la ley por “inobservancia de las garantías fundamentales”, planteándose si ¿cualquier tipo de infracción a la norma legal es una vulneración a estas garantías? ¿puede haber afectación encontrándose en pleno cumplimiento de la ley?.

---

<sup>19</sup> Sección correspondiente al trabajo de Josefa del Real Breque.

<sup>20</sup> SALINAS (2003) p. 50

<sup>21</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 77

Efectivamente, la doctrina realiza una diferenciación entre la prueba calificada como irregular y aquella considerada ilícita. La primera de ellas se refiere a la obtenida a raíz de “meras inobservancias procesales o las violaciones formales de una norma jurídica”,<sup>22</sup> es decir, que se obtiene a partir de la infracción o inobservancia de lo dispuesto por la ley ordinaria. En cambio, en el caso de la prueba ilícita “no puede bastar con la infracción de ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma.”<sup>23</sup> Tal como se señaló al definir el concepto de prueba ilícita, esta garantía incluye tanto aquellas amparadas en la Constitución Política de la República, como en los Tratados y Convenciones internacionales suscritos y ratificados por Chile.

Distinguir entre ambas es relevante al momento de determinar los efectos y consecuencias que cada una conlleva. Esto porque la obtención de una prueba irregular “quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación,”<sup>24</sup> a diferencia de lo que ocurre con la prueba ilícita. Respecto de ésta, nuestro ordenamiento jurídico contempla una sanción específica y exclusiva, en atención a la gravedad de la actuación, consistente en la exclusión o inadmisibilidad de aquella prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. De esta forma, “al excluirse una prueba conforme lo dispone el artículo 276 del CPP, dicha diligencia probatoria debe reputarse inexistente para el Juez de Garantía, excluyéndola del Juicio Oral y prohibiendo cualquier referencia a ella en dicha instancia (...) dada la imposibilidad de darle significado alguno”.<sup>25</sup>

## 2. FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN PROBATORIA<sup>26</sup>

Conviene hacer una breve revisión de los fundamentos de la exclusión probatoria<sup>27</sup>, pues a partir de ellos puede alcanzarse –en mayor o menor medida- una interpretación coherente y sistemática en la aplicación de este instituto. En este punto, por su relevancia, analizaremos las fundamentaciones que se dan para la exclusión de la prueba ilícita tanto en Chile como en Alemania y Estados Unidos<sup>28</sup>. Antes, debe prevenirse que a diferencia de lo que ha ocurrido en estos últimos países, en los que existe un amplio y fructífero desarrollo jurisprudencial de la materia, en Chile ha debido ser la

<sup>22</sup> GUTIÉRREZ Y AGUILAR (2002) p. 82

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 51-52

<sup>24</sup> ESTRAMPES (2010) p. 133

<sup>25</sup> GALLI (2002) p. 31

<sup>26</sup> Esta sección corresponde al trabajo de Santiago Breton Jara.

<sup>27</sup> En algunos países, como Estados Unidos, suele hablarse de “regla de exclusión” (*exclusionary rule*), mientras que en otros, como Alemania, de “prohibiciones de prueba” que, a su vez, pueden ser de producción o de valoración. HERNÁNDEZ (2005) pp. 10 y 27-29.

<sup>28</sup> Si bien ZWEIGERT Y KÖTZ (2002) p. 37 y ss., los padres del derecho comparado moderno, se refieren sustancialmente al derecho privado en sus estudios, es útil tener presente que, metódicamente, al elegir los ordenamientos jurídicos que se analizan en un estudio de derecho comparado es posible escoger cabezas de familias jurídicas. Así, Estados Unidos podría representar al mundo anglosajón (aunque su referencia sea de todos modos obligada, por el notable desarrollo de la materia aquí tratada en ese país) y Alemania al derecho continental. Se insiste en que esto no aplica plenamente en un trabajo como el aquí propuesto, pero sí enriquece el tenerlo en mente *cum grano salis*. Algo de estas consideraciones parece estar en HERNÁNDEZ (2005) pp. 9-10.

ley la que introdujera la institución, por medio de las hipótesis contenidas en el inciso tercero del artículo 276 CPP<sup>29</sup>. Esto es una cuestión interesante, porque revela la reticencia de nuestros tribunales superiores de justicia a elaborar criterios uniformes sustentados en la Constitución, principios generales del Derecho e interpretaciones armónicas del ordenamiento jurídico, entre otras posibilidades, lo que podría explicar en parte el hecho de que, incluso tras la introducción legislativa de la prueba ilícita, no exista abundante doctrina jurisprudencial en esta materia.

## 2.1. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos de Norteamérica, los fundamentos de las allí llamadas reglas de exclusión son básicamente dos: “por una parte, la disuasión de los funcionarios públicos para que no vulneren la protección constitucional (la llamada *deterrence*), y, por otra, la preservación de la integridad judicial, pues los tribunales no deben, al admitir prueba ilícita en juicio, hacerse cómplices de los atentados contra la Constitución”. A estos suele añadirse un tercer fundamento: “la preservación de la confianza en el ejecutivo”, que se vería afectada si la Administración se aprovechara de actos contrarios a la Constitución<sup>30</sup>. De estos tres fundamentos, el primero (*deterrence*) parece tener un especial peso en la jurisprudencia estadounidense<sup>31</sup>. Las razones de porqué en Estados Unidos se han adoptado estos fundamentos -y no otros- pueden responder al pragmatismo propio de la cultura o tradición jurídica en que se inserta este país, el *common law*. No puede descartarse, en todo caso, que se persiga contar con herramientas para limitar la exclusión de prueba, objetivo para el cual resulta más funcional esta fundamentación utilitarista<sup>32</sup>. Esto último coincide con el hecho de que las posturas a favor o en contra de estas reglas de exclusión suelen identificarse con criterios de política criminal. En general, puede afirmarse que los sectores más conservadores prefieren un modelo administrativo y gerencial para luchar contra la delincuencia (“*Crime Control model*”), mientras que los liberales optan por uno contradictorio y judicial ligado a un estricto respeto de las garantías del debido proceso (“*Due Process model*”)<sup>33</sup>.

## 2.2. ALEMANIA

En Alemania, por su parte, “la argumentación utilitarista tan propia del derecho norteamericano prácticamente no tiene cabida”<sup>34</sup>, ya que las allí denominadas prohibiciones de prueba<sup>35</sup> tienen un fundamento “marcadamente ético, en el sentido de basarse en la supremacía de ciertos valores ideales por sobre las necesidades prácticas de

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 43.

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 14. De modo idéntico, HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 173. Ambos autores se basan directamente en la literatura de Chiesa, quien, a su vez, extrajo los fundamentos del caso *MAPP V. OHIO* (1961). En resumidas cuentas, el caso trata sobre la incautación ilegal de material supuestamente pornográfico, ya que se ingresó a una propiedad privada sin orden judicial y de modo violento. Un resumen puede encontrarse en ZAPATA (2004) pp. 119-123.

<sup>31</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 174. También lo señala HERNÁNDEZ (2005) p. 15.

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 14.

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp.13-14.

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 28.

<sup>35</sup> Institución cuya terminología fue acuñada por BELING, el mismo que desarrolló el concepto de tipicidad en el Derecho penal. Así lo reconocen HERNÁNDEZ (2005) p. 27 y CHAHUÁN (2009) p. 260.

la persecución penal<sup>36</sup>. Si bien en Alemania el proceso penal tiene por objeto la reconstrucción de la verdad material, en dicho país el interés por la verdad y el castigo se pondera con otros tanto o más importantes, como lo son la dignidad humana y los derechos fundamentales<sup>37</sup>. Al respecto, es útil hacer una distinción: en Alemania existen dos tipos de prohibición de prueba, las de producción y las de valoración o aprovechamiento. Las primeras se refieren a qué y cómo pueden probar los intervinientes en el proceso penal, incluyéndose los temas, medios y métodos prohibidos. Las segundas, por su parte, impiden que ciertas pruebas sean fundamento de una resolución judicial. Pueden ser, a su vez, prohibiciones de valoración dependientes, cuando la imposibilidad de valorarlas deriva precisamente de que estaba prohibido producir esa prueba, o independientes, en aquellos casos en que no hay una infracción previa a las normas probatorias, pero su apreciación afecta algún principio general o derecho fundamental, usualmente consagrado en la Constitución<sup>38</sup>.

De particular interés para este estudio resultan las prohibiciones de valoración. En lo que respecta a las dependientes, la doctrina mayoritaria exige un fundamento adicional para la exclusión de la prueba; es decir, no basta con que se haya vulnerado una prohibición de producción de prueba, sino que se requiere “algo más”. Por eso, los germanos han desarrollado la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto, aplicando el principio de proporcionalidad<sup>39</sup>. Ella exige ponderar en cada caso concreto una serie de factores, entre los cuales es posible identificar la infracción al procedimiento y su entidad, la incidencia que tuvo en los derechos del afectado, la consideración de que la verdad no debe investigarse a cualquier precio y los intereses de una efectiva persecución penal<sup>40</sup>. Aunque suene paradójico, el tratamiento que se da en Alemania a la cuestión parece ser aún más casuístico que el que se le da en Estados Unidos, consecuencia directa de la teoría de la ponderación, que exige analizar caso a caso si procede la exclusión de la prueba<sup>41</sup>. Por otra parte, las prohibiciones de valoración independientes suponen reconocer que no es necesaria la previa infracción de normas de procedimientos, sino que se aplica directamente la Constitución para excluir aquellas pruebas que violen los principios generales que de ella emanan o los derechos fundamentales del imputado. Campos especialmente fructíferos en esta materia son las vulneraciones a la esfera de intimidad del imputado, los casos en que se afecta su derecho a defensa o bien aquellos en que las actuaciones investigativas carecen de base legal<sup>42</sup>.

### 2.3. CHILE<sup>43</sup>

Horvitz<sup>44</sup> considera que las corrientes principales para explicar la exclusión probatoria serían: el criterio de la confiabilidad de la evidencia, el criterio de la integridad

<sup>36</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 28.

<sup>37</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 27.

<sup>38</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 28-29.

<sup>39</sup> LÓPEZ Y HORVITZ (2004) Tomo II, pp. 175-176.

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 32.

<sup>41</sup> Para un estudio detallado de las constelaciones de casos tratadas en Alemania, véase HERNÁNDEZ (2005) pp. 34-36.

<sup>42</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 37-38.

<sup>43</sup> Los párrafos 1° a 5°, y 14° corresponden al trabajo de la alumna Cinthya Ramírez Catalán, los párrafos 6 al 12 al alumno Santiago Breton Jara y el 13 a la alumna Carolina Hagemann Lois.

<sup>44</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2002) Tomo II, p.187.

judicial y el criterio de la prevención. El primero se refiere a la necesidad de evitar que las decisiones en materia penal se adopten sobre la base de prueba de calidad deficiente, que no cumple condiciones mínimas de credibilidad, sin embargo, este criterio se encuentra superado por la doctrina toda vez que “excluye de cualquier consideración valorativa el respeto de los derechos fundamentales y se muestra tolerante a sus vulneraciones”.<sup>45</sup>

El segundo fundamento, dice relación con la convicción de que en la persecución penal no pueden admitirse métodos que “ofenden el sentido comunitario de juego limpio y decencia”. Por lo demás, inspira este criterio la idea de que “hay ciertos mínimos infranqueables, incluso para el Estado, que constituye, si se quiere, un *mínimum ético*. Huelga decir que si bien el derecho penal y más precisamente el castigo son finalidades deseables para alcanzar un orden social aceptable, no pueden buscarse traspasando ese *mínimum ético* y asumiendo el precio que fuere para ello”.<sup>46</sup>

Por último, el tercer criterio dice relación con el “interés de disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas”.<sup>47</sup>

Estos últimos dos criterios operan con independencia de consideraciones de verdad material y “propugnan el sacrificio de esa verdad en pos de valores que se sitúan en un rango superior. Se trata de criterios que en ningún modo son excluyentes, sino que pueden perfectamente entenderse conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita”.<sup>48</sup>

Para autores como Rodrigo Cerda<sup>49</sup>, los fundamentos para la exclusión probatoria pueden resumirse en los siguientes: El deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales y, en consecuencia, abstenerse de vulnerarlos; Se busca desincentivar los abusos de la policía; Razones de integridad judicial; El criterio de confiabilidad de la evidencia; y, El respeto del Estado o presunción de inocencia del imputado.

Según Hernández, en Chile el fundamento de la exclusión de prueba es primordialmente ético y se vincula estrechamente con la legitimidad de la acción estatal. En este sentido, el ejercicio democrático del *ius puniendi* estatal en un Estado de Derecho exige que se respeten los derechos fundamentales que emanan de la dignidad humana<sup>50</sup>; por eso, “no es justo el castigo a cualquier precio”<sup>51</sup>. Este fundamento no solo es plenamente compatible con la reforma procesal penal y sus objetivos, sino que totalmente afín a ésta. Sin perjuicio de lo anterior, el fundamento ético de la exclusión de prueba no se opone a consideraciones utilitaristas que atiendan a la efectividad del proceso penal o a la llamada *deterrence* estadounidense. Lo que ocurre es que dichas consideraciones pueden ser adicionales, pero nunca debe pasarse por alto el hecho de que la legitimidad del actuar estatal requiere un Estado respetuoso de los derechos de sus ciudadanos. Para

<sup>45</sup> CORREA (2016) p.113.

<sup>46</sup> CORREA (2016) p.113.

<sup>47</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2002) Tomo II, p.187.

<sup>48</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2002) Tomo II, p.187.

<sup>49</sup> CERDA (2010) p. 464.

<sup>50</sup> A una conclusión similar arriba ZAPATA (2004) pp. 46-55. Para la autora, son dos grandes razones las que fundamentan la exclusión de la prueba ilícita, a saber, el principio de vinculación directa de la Constitución y el derecho fundamental del debido proceso. Concluye que “ambas construcciones argumentales se sostienen o están en sintonía con el carácter democrático de la República de Chile, consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política”, lo que permite respetar los valores de la dignidad humana, la libertad y la igualdad.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 62.

soportar la obvia tensión que existe entre la legitimidad del obrar estatal y la efectividad del proceso penal, debe reconocerse que las garantías procesales pueden ser moduladas y que, en definitiva, “el mandato de exclusión de la prueba ilícita constituye *un principio y no una regla*, esto es, siguiendo a *Alexy*, que se trata de un *mandato de optimización*”<sup>52</sup>. La exclusión de prueba ilícita debe realizarse en la mayor medida de lo posible, atendiendo también a otros factores involucrados, aunque no puede perderse de vista que la ley chilena no ha sido neutral en esta materia y ha optado claramente por la preservación general de las garantías antes que por la eficiencia de la persecución<sup>53</sup>.

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha señalado que, en Chile, los fundamentos de la exclusión de prueba ilícita son la integridad judicial y la legitimidad del proceso penal, que deben mantenerse incólumes.

En esta línea, la Corte ha dicho que “la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo”, añadiendo que “el Estado está obligado de modo especial a velar por el irrestricto respeto de las garantías fundamentales y a evitar sin más los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, (...) de no verificarse la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de tales garantías fundamentales el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional”<sup>54</sup>. Estas citas, de las que se sirve la Corte Suprema, corresponden a Carocca<sup>55</sup> y Hernández<sup>56</sup>, respectivamente. En ocasiones, junto con lo ya señalado, la Corte derechamente manifiesta que “el Estado está obligado a velar por el respeto de las garantías fundamentales y a evitar los efectos ilegítimos de los atentados de que son objeto, a fin de resguardar la legitimidad del sistema penal y la integridad judicial”<sup>57</sup>.

La Corte razona sobre la base de una concepción del proceso penal como un instrumento de resolución de conflictos inserto en el ordenamiento jurídico que, a su vez, se enmarca en la estructura del Estado. Este último debe respetar los derechos fundamentales y evitar que conductas vulneratorias de los mismos tengan valor dentro del proceso, pues aquello deslegitimaría no sólo el sistema penal, sino al Poder Judicial y, en definitiva, al Estado mismo.

En el mismo orden de ideas, la Corte Suprema reafirma lo dicho al señalar que su par estadounidense “ha desarrollado una compleja teoría limitando las reglas de exclusión a través de numerosas excepciones, algunas de las cuales han hecho eco en esta Corte, pese a que los principios motivadores de la institución claramente no son los mismos del Derecho Anglosajón, el cual a lo largo de los años ha construido la supresión de evidencias como una sanción a los agentes policiales, con la finalidad de disuadirlos de nuevas conductas infractoras de derechos individuales. En el contexto nacional, la negativa a admitir prueba ilícita tiene como fundamento la preservación de la integridad

<sup>52</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 63. Énfasis en el original.

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 64. En general, véanse las páginas 59-64.

<sup>54</sup> MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ORMAZÁBAL (2014). En el mismo sentido, MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOTO (2014), MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LERMANA (2015), MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL (2016), MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CONSTANZO (2016) y MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILCHES (2017).

<sup>55</sup> CAROCCA (1998) pp. 315-316.

<sup>56</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 65-66.

<sup>57</sup> MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SILVA (2017). Idénticamente, MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMOS (2018).

judicial y la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios dentro del ordenamiento jurídico, aspecto que conduce a excluir del proceso a todo acto que quebranta dicho sistema”<sup>58</sup>.

En esta última cita, la Corte Suprema aclara que en Chile el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y su ineficacia probatoria no es la *deterrence* estadounidense, sino la integridad judicial, que busca impedir que los tribunales se hagan cómplices de ilegalidades al resolver un caso, y la legitimidad del sistema penal, que se sustenta en la concepción del proceso como un instrumento de resolución de conflictos dentro del ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho. Parecen existir consideraciones éticas en lo resuelto por la Corte, cercanas a la postura propugnada por Hernández en cuanto a que el fundamento de exclusión de la prueba ilícita en Chile se enmarca en la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal, que solo puede lograrse en conformidad a los principios que informan un Estado de Derecho.

A mayor abundamiento, otros pronunciamientos de la Corte validan la tesis de que en Chile el fundamento de exclusión de la prueba ilícita es de carácter ético. En ellos se cita a Vives Antón, quien señala que “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”<sup>59</sup>. Siguiendo a este autor, el fundamento de exclusión no es –al menos no únicamente- la confiabilidad en la evidencia (porque no solo se trata de que la verdad resulte sospechosa), sino uno ético (porque la verdad obtenida con vulneración de derechos fundamentales ni siquiera se toma en consideración). La Corte Suprema concreta este fundamento en la preservación de la integridad judicial y la protección del sistema penal y su legitimidad. Lo anterior concuerda plenamente con lo sostenido por Hernández y, en esto, el modelo chileno se acerca más al alemán que al estadounidense.

En consideración a lo anterior, al relacionar los distintos fundamentos que se le atribuyen a la institución de la prueba ilícita con el objeto de la presente investigación, es posible sostener la exclusión de la prueba ilícita podría ser reclamada sea que se vulneren los derechos del imputado o de terceros. En efecto, si el fundamento es la confiabilidad de la evidencia, lo cierto es que la obtención de una prueba con infracción de garantías fundamentales afecta su credibilidad, independiente de quien sea el titular del derecho vulnerado. Por otro lado, si el fundamento es la integridad judicial, el Estado estaría fundando una condena en un medio ilícito tanto si la prueba se obtiene vulnerando los derechos del imputado como los de un tercero. Por último, si el fundamento es la prevención o disuasión, lo que se busca es desalentar a los agentes de la persecución penal

---

<sup>58</sup> MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILCHES (2017).

<sup>59</sup> MINISTERIO PÚBLICO CONTRA APABLAZA (2014). En el mismo sentido: MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL (2016), MINISTERIO PÚBLICO CONTRA BECERRA (2016), MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMOS (2018). También en votos de minoría: MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GONZÁLEZ (2016) y MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FORMANTEL (2014).

de vulnerar derechos fundamentales en el curso de las investigaciones y no sólo los del imputado, sino los de cualquier persona.<sup>60</sup>

En otro orden de ideas, el fundamento de la exclusión de prueba ilícita debe limitarse a la integridad judicial de la sentencia “condenatoria”, debido a que no existe una contradicción al criterio de integridad judicial en la dictación de una sentencia absolutoria fundada en prueba ilícita. Lo anterior, toda vez que a pesar de existir una aparente afectación al criterio, si se vulneran garantías esenciales, ésta ocurriría en pos de evitar la condena del inocente. Por otro lado, si se estima como fundamento de la ineficacia, la disuasión policial (criterio de la prevención), no habría impedimento para admitir la prueba ilícita de la defensa, debido a que la exclusión se trataría de un mensaje directo y disuasivo a las policías: esto es, que no vale la pena proceder actuando en violación de garantías, en razón de que lo obtenido de ese actuar no podrá utilizarse en el proceso.

### 3. LA EXCLUSIÓN DE LAS PRUEBAS DERIVADAS DE PRUEBA ILÍCITA Y SUS EXCEPCIONES<sup>61</sup>

Vistos ya los fundamentos que rigen la exclusión de la prueba ilícita, es interesante determinar qué ocurre con aquellas pruebas que derivan directa o indirectamente de prueba ilícita, es decir, la pregunta acerca de si es que aquellas pruebas provenientes de una obtenida con inobservancia de garantías fundamentales también son excluidas del proceso.

En el derecho alemán, como ya se ha adelantado, el tratamiento de la materia ha sido tremendamente casuístico. Las excepciones y limitaciones a la exclusión de prueba ilícita son analizadas en cada caso concreto, ponderando los intereses involucrados en cada situación. En lo que a la prueba derivada de ilicitud se refiere, el asunto se trata en Alemania bajo la denominación del “efecto remoto de las prohibiciones de prueba” y tiene divididas a la doctrina y la jurisprudencia, aunque existió una tendencia a valorar la prueba derivada de ilicitud en ciertos casos, sostenida por el Tribunal Federal alemán. Existe discusión en torno a qué ocurre con los casos en que la evidencia se podría haber obtenido sin infringir las normas de prohibición, aunque “es dudoso que los ‘cursos hipotéticos’ constituyan algo más que un criterio orientador en la ponderación de intereses”. A pesar de lo anterior, pareciera que la mayoría de la doctrina reconoce estos cursos hipotéticos y se han ideado algunos criterios: sólo podría valorarse la prueba (y no excluirla, por tanto), “cuando su legítima obtención atendido el *concreto estado* de la investigación no sólo parece posible, sino que altamente probable y siempre que [...] no se trate de una infracción procesal grave o consciente”<sup>62</sup>.

La doctrina jurisprudencial de los Estados Unidos ha resuelto la suerte de la prueba derivada de ilicitud en conformidad a la llamada teoría o doctrina “de los frutos del árbol envenenado”<sup>63</sup>. Básicamente, lo que se propone es que “la exclusión de la prueba obtenida

<sup>60</sup> Este párrafo corresponde al trabajo de Carolina Hagemann Lois.

<sup>61</sup> Esta sección corresponde al trabajo de Santiago Breton Jara, salvo los dos últimos párrafos y la subsección 3.4., que corresponde al trabajo de Josefa del Real Breque.

<sup>62</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 40. Énfasis en el original.

<sup>63</sup> La expresión original (“*fruit of the poisonous tree doctrine*”) proviene de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *NARDONE v. UNITED STATES* (1939), sin perjuicio de que la doctrina como tal se aplicó por primera vez en el caso *SILVERTHORNE LUMBER CO., INC. v. UNITED STATES* (1920). Ambos casos son citados por HERNÁNDEZ (2005) pp. 21-22. A juicio del mismo autor, la mencionada doctrina plantea un falso dilema.

ilícitamente produce también la exclusión de toda la prueba de ella derivada, es decir, de toda prueba respecto de la cual pueda establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria”<sup>64</sup>.

Sin embargo, no se trata de un efecto contaminante absoluto. En el caso que dio origen a esta doctrina jurisprudencial, *SILVERTHORNE LUMBER CO. v. UNITED STATES* (1920), la Corte Suprema estadounidense efectivamente sostuvo que la regla de la exclusión se aplicaba no sólo a la evidencia ilegalmente obtenida sino también a otra evidencia derivada de la primaria, pero limitó los alcances de la regla al precisar que las pruebas secundarias no se convertían automáticamente en sagradas e inaccesibles<sup>65</sup>. Al respecto, nuestra Corte Suprema ha señalado que “es cierto que, en términos generales, la ilegalidad de una actuación, debiera conducir a la ilegalidad de toda la prueba que de aquella derive, porque sólo en ese caso sería posible sostener la inexistencia de violación alguna de garantías constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales. La ilegalidad alcanza a toda prueba directa o indirecta, mediata o inmediata derivada de la ilegalidad original. Pero es discutible aquello que debe entenderse por fruto de la ilicitud”<sup>66</sup>.

De este modo, se han desarrollado criterios que permiten no excluir la prueba derivada, “desconociendo los efectos del veneno que inicialmente la contaminaba”<sup>67</sup>. Estos límites han sido construidos principalmente por la jurisprudencia estadounidense, “por la vía de precisar las características del vínculo causal que ha de existir entre la infracción constitucional y la obtención de las pruebas cuya exclusión se reclama”<sup>68</sup>. Así, en ocasiones se considerara que el vínculo causal es inexistente, o bien, despreciable. Se trata de tres excepciones o criterios que han sido recogidos ampliamente por nuestra doctrina nacional y jurisprudencia: la doctrina de la fuente independiente, la regla del descubrimiento inevitable y el principio de la conexión atenuada<sup>69</sup>.

Se vuelve relevante entender porqué nuestro sistema –que tiene como foco central el respeto y protección de las garantías fundamentales– permitiría que, a pesar de existir una prueba que puede considerarse como ilícita, se admita de igual forma en el juicio en atención a otro tipo de consideraciones. De forma genérica, es posible atribuir la existencia de ciertos casos en que se exceptúa la exclusión, ante la presencia de dos o más intereses o circunstancias relevantes que se contraponen, de manera que para resolverlo, se hace necesario aplicar el principio de proporcionalidad. A criterio de Horvitz, éste “impediría

La cuestión principal a determinar es si la prueba ilícita se excluye o no. En caso de aceptarse como principio general su exclusión, para ser serios y coherentes con dicha alternativa, debe concluirse que “la exclusión sólo tiene sentido práctico y sólo es fiel a su fundamento y fines si abarca todo el material probatorio derivado de la ilegalidad inicial”. Asunto distinto y objeto de legítima discusión son “los límites de aquello que [...] todavía puede considerarse ‘fruto’ de la ilicitud y qué no”. HERNÁNDEZ (2005) pp. 76-77. En similar sentido se pronuncia CHAHUÁN (2009) p. 262: “toda prueba que se obtenga gracias a la violación constitucional, siempre será consecuencia de esta última y, por tanto, tan ilegítima como el quebrantamiento que le dio origen”.

<sup>64</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 220.

<sup>65</sup> ZAPATA (2004) p. 216.

<sup>66</sup> MINISTERIO PÚBLICO CON SANHUEZA (2007).

<sup>67</sup> TAVOLARI (2005) p. 141.

<sup>68</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 22.

<sup>69</sup> Naturalmente, por su origen, en inglés se conocen como “*independent source doctrine*”, “*inevitable discovery rule*” y “*attenuated connection principle*”, respectivamente. HERNÁNDEZ (2005) p. 22 y ss. También, por todos: TAVOLARI (2005) p. 141 y ss.; HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 219 y ss.

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.”<sup>70</sup>

Ahora bien, “en este punto la ley chilena no ha sido neutral en términos de dejar simplemente entregada la decisión a una ponderación de intereses caso a caso (...) [sino que] ha optado claramente por la preservación general de las garantías antes que por la eficiencia de la persecución, de suerte que este último interés sólo puede fundar excepciones a la exclusión en grupos de casos especialmente configurados.”<sup>71</sup> De esta manera, se puede concluir que “[l]os derechos constitucionales no son, sin embargo, absolutos o ilimitados, ya que ellos ceden a principios que son de mayor importancia”,<sup>72</sup> por lo que se pueden presentar casos en que, dada las circunstancias particulares, la vulneración e inobservancia a las garantías fundamentales no tenga la misma intensidad de siempre (por ejemplo, aún sin el actuar ilícito, la prueba se hubiese obtenido de alguna otra forma) y, en consecuencia, sea posible atender a otros criterios para analizar su posible exclusión o admisibilidad.

### 3.1. FUENTE INDEPENDIENTE

La doctrina de la fuente independiente surgió simultáneamente con la teoría de los frutos del árbol envenenado, en el caso *SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES* (1920), aunque fue precisada posteriormente en *WONG V. UNITED STATES* (1963), en que se señaló que el *quid* del asunto era preguntarse “si, habiéndose establecido la ilegalidad primaria, la evidencia a la cual la actual objeción es formulada ha sido traída por la explotación de esa ilegalidad o, en su lugar, por medios suficientemente distinguibles como para estar curados de la mancha original”<sup>73</sup>.

### 3.2. VÍNCULO ATENUADO

El principio de la conexión atenuada, por su parte, proviene del caso *NARDONE V. UNITED STATES* (1939) y “permite admitir prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada es demasiado tenue”<sup>74</sup>.

### 3.3. DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

Según este criterio o doctrina, no se excluye la prueba ilícita si “la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión”<sup>75</sup>. Aunque esta descripción es adecuada, hay que precisar que el descubrimiento inevitable puede deberse no sólo a conductas policiales, sino también a otro tipo de gestiones no necesariamente oficiales, como el

<sup>70</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 175

<sup>71</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 64

<sup>72</sup> GALLI (2002) p. 38

<sup>73</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, pp. 220-221.

<sup>74</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, pp. 222-223.

<sup>75</sup> TAVOLARI (2005) p. 141. Otra conceptualización en CORREA (2018b) p. 28: “Por medio de esta [excepción], el máximo tribunal admite la inclusión en juicio de aquella prueba causalmente derivada de una infracción de garantías constitucionales, pero cuya obtención conforme a derecho resultare, atendida la existencia de un curso causal hipotético lícito más (sic) no realizado, esperable”

descubrimiento por parte de un particular; lo verdaderamente importante es que, de no haber mediado la ilicitud, inevitablemente se hubiese descubierto por medios legales<sup>76</sup>.

El caso que dio origen a la citada doctrina, *NIX v. WILLIAMS* (1984), proviene de la jurisprudencia estadounidense y resuelve la siguiente situación: “la policía obtiene ilegalmente del imputado (en violación del derecho a la asistencia de abogado, esto es, de la Sexta Enmienda) la información sobre el lugar en que se encuentra el cadáver de la víctima, información en virtud de la cual se descubre el cuerpo. Sin embargo, la Corte declaró admisible la prueba relacionada con el cadáver porque éste inevitablemente iba a ser descubierto ‘dentro de corto tiempo’ y ‘esencialmente en la misma condición’, ya que 200 agentes estaban realizando un cuidadoso operativo de búsqueda que incluía el lugar donde se encontraba el cadáver”<sup>77</sup>. Como puede apreciarse, “el nexo causal entre la ilegalidad y el hallazgo de determinada evidencia es innegable, pero una consideración hipotética permitiría restarle importancia”<sup>78</sup>. En el ejemplo, para ser claros, la información suministrada por el imputado –que podríamos asimilar a una confesión– es prueba ilícita y se excluye del proceso. No obstante lo anterior, sus “frutos” no: dado que el cuerpo se hubiese encontrado de todas formas, no es excluido del proceso (ni tampoco el resto de las pruebas que de allí provengan: fotografías, exámenes corporales, análisis de rastros en el lugar de los hechos, etcétera).

Este tipo de casos dieron lugar a la excepción del descubrimiento inevitable, que fue concebida por la jurisprudencia estadounidense como una extensión del criterio de la fuente independiente<sup>79</sup>. Como explica correctamente Hernández, los casos que se subsumen en la doctrina del descubrimiento inevitable son, en rigor, propios de “cursos hipotéticos legítimos de investigación”<sup>80</sup>. En estos casos “se sabe positivamente que la prueba fue efectivamente encontrada gracias a la actuación ilícita. El nexo causal entre ilicitud y prueba no es hipotético sino completamente real [...] en tanto que lo único hipotético es si hubiese podido ser de otra forma [...] algo que ya nunca volverá a ocurrir”<sup>81</sup>. En el caso paradigmático, la pregunta no estriba en si la prueba efectivamente se obtuvo con vulneración de garantías fundamentales –de eso no hay duda–, sino en la cuestión de si de no haber ocurrido así, podría haberse obtenido por otros medios legítimos (v.gr. si el escuadrón de búsqueda hubiere dado con el cuerpo). Así, “lo característico de estos casos es que en ellos se aprecia con cierta nitidez un curso causal concreto en marcha, independiente de la ilegalidad que se perpetra y que casi con seguridad hubiera arribado a la prueba; si no lo hace y queda como mera hipótesis es únicamente por la interferencia de la conducta ilegal paralela”<sup>82</sup>.

De todos modos, el citado autor remarca que la doctrina del descubrimiento inevitable, en tanto excepción a la exclusión de prueba ilícita, debe ser aplicada estrictamente. Por ello, no basta con un curso hipotético posible, ni aun meramente probable, sino que debe tratarse de una “*probabilidad rayana en la certeza*”<sup>83</sup>, a la cual se arribaría estableciendo “en perspectiva *ex ante* y sólo con los antecedentes disponibles en

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 24

<sup>77</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 24.

<sup>78</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 24.

<sup>79</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 221.

<sup>80</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 80.

<sup>81</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 80.

<sup>82</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 82.

<sup>83</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 82. Énfasis en el original.

el momento de la actuación ilícita si la prueba *necesariamente* –abstracción hecha de situaciones anormales inesperadas- iba a obtenerse en el curso de la investigación”<sup>84</sup>. En esto parece recoger la tendencia alemana sobre los cursos causales hipotéticos, en que se sostiene la posibilidad de valorar la prueba cuando, en el concreto estado de avance de la investigación, la obtención de la evidencia por medios legítimos aparece como altamente probable, según se explicó anteriormente.

### 3.4. BUENA FE

Además de las tres excepciones acuñadas y reconocidas por la doctrina tradicionalmente, existe una excepción adicional: la excepción de la buena fe en el agente policial. Ésta se refiere al caso en que, pese a considerar la prueba obtenida como ilícita, por haber derivado de la inobservancia de garantías fundamentales, el órgano jurisdiccional opta por no excluirla del Juicio Oral, en atención a la buena fe con la que actuó el agente policial que la obtuvo. De esta forma, “la excepción de la buena fe actúa neutralizando la propia aplicación de la regla de exclusión, admitiendo la utilización probatoria de aquellos elementos obtenidos directamente con violación de derechos fundamentales”<sup>85</sup>.

Esta figura puede operar, y así ha sido concebida por la jurisprudencia, de dos maneras distintas. Por un lado, en atención a esta excepción es posible que el juez, en base a la buena fe del actuar policial, excluya la ilicitud de aquella prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, y la incorpore en el juicio para que sea valorada, dado que la actuación se considera lícita. Y por otro, se da la posibilidad que, aun siendo ilícita la prueba obtenida, la buena fe del agente policial permita que se excluyan los efectos de la ilicitud de ésta, es decir, que se admitan como lícitos todos aquellos elementos probatorios que se derive de esta prueba considerada como ilícita. Esta última premisa es la que explica porqué se considera a la buena fe como una excepción adicional a la teoría del fruto del árbol envenenado, en cuanto que pone fin a la cadena causal de ilicitudes, por tratarse de elementos que derivan de un actuar probo por parte del agente.

La buena fe en términos generales reúne una serie de consideraciones éticas relacionados al actuar correcto y acorde a la norma, de modo que “el recto proceder, la hombría de bien, la honradez en el obrar de las personas, juegan un papel relevante en la construcción de la buena fe procesal”.<sup>86</sup> En este sentido, todo interviniente en el proceso penal, inclusive el juez y el agente policial, debe procurar actuar de buena fe y velar por el adecuado transcurso del proceso.

Esta figura tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, específicamente con el caso *US v. LEÓN* (1984), cuyos hechos se relatarán brevemente a continuación. En

---

<sup>84</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 82. Énfasis en el original. Una opinión contraria en ÁLVAREZ (2009) p. 66, para quien basta una mera posibilidad, pues las características de probable, concreta, cierta o real no la hacen mutar en certeza. Esta consideración lo lleva a calificar la excepción como peligrosa. La postura, sin embargo, renuncia a la elaboración de criterios plausibles que limiten la excepción, lo que no parece razonable y, por lo demás, desconoce que muchos campos del derecho operan sobre la base de criterios de plausibilidad. En un sentido similar, CORREA (2018b) p. 28, para quien parece bastar que el descubrimiento sea “esperable”.

<sup>85</sup> ESTRAMPES (2010) p. 142

<sup>86</sup> LEMA (2009) p. 13

1981 un agente particular informó a la Policía de Burbano la posible venta ilegal de sustancias químicas, indicando los sospechosos. A raíz de esta información, la Policía comenzó una investigación y recopilación de diversos antecedentes con miras a poder afirmar la denuncia. Durante este proceso, el juez encargado del caso dictó una orden que autorizó el ingreso y registro de varias propiedades, algunas de ellas pertenecientes a aquellos indicados como sospechosos, dentro de las cuales la Policía encontró una importante cantidad de droga. Esto conllevó a que se acusara a los sospechosos de conspiración para la producción y distribución de cocaína, sin embargo, durante el proceso que se gestó se alegó que la acusación se basa en elementos y fuentes probatorias que infringieron la IV Enmienda, al haber sido obtenidos mediante actuaciones policiales que fueron autorizadas por una orden judicial que carecía de fundamento plausible. La Corte Suprema, limitándose exclusivamente al análisis de la confianza razonable y la extensión de la IV Enmienda, concluyó que “la regla de exclusión de la Cuarta Enmienda no debería ser aplicada en cuanto a impedir el uso en la etapa probatoria de evidencia obtenida por agentes que actúan en la confianza razonable de contar con una orden de registro emitida por un magistrado independiente y neutral pero finalmente hallada inválida.”<sup>87</sup>

Así, la postura esgrimida por la Suprema Corte de Estados Unidos no supuso aceptar de forma absoluta cualquier escenario en que el agente policial vulnerara las garantías de los intervinientes bajo el pretexto de que actuaba de buena fe, sino que redujo esta posibilidad únicamente cuando es el actuar judicial el que genera la cadena de ilicitudes que conllevaba a la exclusión de todo aquello que se obtuviera, en virtud de una orden de ingreso y registro. Es decir, para que opere la excepción de buena fe en los Estados Unidos, el defecto que incide en la obtención probatoria debe tener su origen en una actuación del juez, específicamente en lo referido al cumplimiento del estándar probatorio necesario para expedir una orden de ingreso y registro. Asimismo, la policía deberá obrar en desconocimiento de que su actuar dirigido a la obtención de material probatorio se encuentra viciado por un defecto en la expedición de la orden, atribuible al juez.<sup>88</sup>

A raíz de esto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericana, se dio preponderancia al término de la “*reasonable reliance*”. En virtud de ésta, se reconocen una serie de premisas que llevan a concluir que el agente policial, en atención a su preparación técnica como órgano colaborador y el vínculo que guarda con la autoridad judicial para poder actuar, basó su actuación en la confianza razonable que guarda respecto a los conocimientos técnicos del juez. De esta forma, existirán casos en que, en atención a ciertos indicios en el actuar del juez, el agente policial deberá cuestionar la legitimidad de sus órdenes y, en consecuencia, no podrá refugiarse en esta confianza que guarda, debido a que pierde su razonabilidad.

Adicionalmente, el razonamiento de la Corte prestó especial atención al fundamento de la disuasión del agente policial para justificar su decisión. Sostuvo que, tanto para la doctrina como la jurisprudencia norteamericana, la exclusión de la prueba considerada ilícita como mecanismo para proteger los derechos vulnerados, tiene como principal objetivo persuadir al agente policial para que no vuelva a realizar actuaciones de carácter vulneratorio. De este modo, argumentó que en el presente caso, dado que es el magistrado quien actúa de forma ilegítima, y el agente policial se encuentra de buena fe,

---

<sup>87</sup> ZAPATA (2004) p. 207 y ss.

<sup>88</sup> CORREA (2018b) p. 33.

no es posible analogar esta justificación y así, aplicar la sanción mencionada. En palabras de Hernández, “en una hipótesis como la de León, efectivamente la exclusión de la prueba no serviría a ese propósito, pues no es necesario disuadir a agentes que claramente no han pretendido vulnerar las garantías constitucionales, sino que, por el contrario, han actuado de buena fe, en la creencia de estar obrando precisamente en conformidad con tales garantías. (...) León deja en claro que el único efecto disuasivo invocable para aplicar la regla de exclusión es aquel relativo a los agentes policiales, no a los magistrados”<sup>89</sup>

Respecto al alcance y aplicación de esta excepción en Chile, al igual que lo que ha ocurrido con otras instituciones, tales como la teoría del fruto del árbol envenenado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena se han ido aplicando conceptos foráneos provenientes de materias desarrolladas en Estados Unidos. Sin embargo, es posible vislumbrar que la conceptualización de la excepción de la buena fe y su tratamiento en Chile, ha sido aplicada de manera distinta, alejándose de la concepción original en base a la cual fue creada.

Así, tal como se analizará más adelante, es posible encontrar una serie de fallos de la Excelentísima Corte Suprema en que se han rechazado recursos de nulidad presentados por vulneración de garantías fundamentales en la prueba de cargo, amparando el actuar del agente policial en la excepción de buena fe. En efecto, en atención al tratamiento que le ha dado la jurisprudencia, el concepto de buena fe, en cuanto a excepción, se ha vuelto más amplio de lo que originalmente era, y se ha dirigido no solo a excusar la exclusión de la prueba ilícita en atención a la ilicitud de origen en el actuar del magistrado, sino que existen casos en que se ha aplicado para el mismo actuar del agente policial.

A raíz de esto, la mayoría –e incluso totalidad– de la doctrina ha tomado una postura contraria a la acuñada por la jurisprudencia, tendiente a rechazar toda aplicación de la excepción de buena fe como mecanismo de atenuación de la exclusión de prueba ilícita. Esto, ha sido fundamentado por Correa<sup>90</sup> en una serie de argumentos, que se procederán a exponer a continuación.

En primer lugar, se vuelve necesario analizar el enfoque adoptado por Chile en relación al tratamiento que se le da al respeto de las garantías fundamentales. Al constituirse como Estado de Derecho, éste se configura como un ente con un rol activo en la protección y respeto de las garantías, siendo su eje central de actuación. Así al menos lo confirma la Constitución en su artículo 5 –en donde la soberanía del Estado encuentra como límite el ejercicio de los derechos que emanan de la naturaleza humana– y en los diversos Tratados y Convenios a los que Chile ha suscrito y ratificado. En consecuencia, resulta posible sostener que la fundamentación para excluir la prueba ilícita no sólo recae en un criterio de prevención o disuasión del agente policial, como sucede en Estados Unidos, sino que se extiende mayoritariamente a resguardar el criterio de integridad judicial, toda vez que la actuación del Estado se encamina a “jugar dentro de las reglas del juego” ya que se encuentra limitado por éstas. En consecuencia, “resultará esencial la fundamentación que se pretenda usar para explicar el instituto de la prueba ilícita, toda vez que si la misma no sólo busca disciplinar agentes policiales, sino también asegurar el imperio de los derechos esenciales, la sola buena fe del agente no hace desaparecer la necesidad de suprimir la prueba.”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 19.

<sup>90</sup> Cfr. CORREA (2018b).

<sup>91</sup> NÚÑEZ Y CORREA (2017) p. 233.

En segundo lugar, la doctrina ha sostenido que, aun cuando en nuestro país se aplicara únicamente el criterio de disuasión como justificación de la exclusión de la prueba ilícita, el artículo 276 del CPP en donde se ampara la sanción, pareciera ser que está redactado de forma tal que la sanción principal no recae en persuadir al agente policial, sino que dejar sin efecto la afectación producida respecto de las garantías vulneradas. En relación a esto, Correa sostiene que “[e]n un sistema como el chileno, dotado de una regla codificada que prohíbe incluir en el auto de apertura del juicio oral medios de prueba obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, dicha justificación no resulta extrapolable.”<sup>92</sup> En otras palabras, la norma mencionada no puede fundamentarse únicamente en la aspiración de persuasión, sino que debe tener un fundamento arraigado y relacionado directamente con la protección de las garantías constitucionales, para aplicar una sanción como la exclusión, que se configura como un mecanismo que produce efectos más intensos que una infracción por contravenir la ley ordinaria.

Adicionalmente, si este criterio fuera el único fin sobre el cual se basa esta figura, el artículo debiese amparar, por ejemplo, una remisión a posibles sanciones administrativas o penales a aquellos agentes que obtengan material probatorio con este tipo de inobservancia, lo cual no es el caso del artículo en mención.

En tercer lugar, nuestro nuevo sistema procesal penal pareciera no permitir la modulación del concepto de garantía y su protección, cuando el interés contrapuesto sea la faz interna del agente policial. Como se sostuvo anteriormente, las garantías fundamentales no gozan de un carácter absoluto o ilimitado, sino que, al momento en que dos intereses del proceso se contraponen, se hace necesario entrar a ponderar ambos para analizar si es posible aplicar la exclusión de la prueba, o más bien, una excepción a ésta. Sin embargo, “la protección de garantías como finalidad directa de la regla de exclusión consagrada en nuestro sistema procesal penal, impide relativizar su aplicación y vigencia atendiendo la simple creencia de un funcionario, de estar actuando conforme a derecho al obtener prueba”.<sup>93</sup> En efecto, no debiese tener relevancia si el agente policial se encuentra de buena o mala fe al realizar las gestiones investigativas, ya que pareciera ser que, en atención a la relevancia y protagonismo del que gozan las garantías y su protección en un Estado de Derecho, no es dable entrar a ponderar las garantías vulneradas con el fuero interno del agente policial.

Así, es dable sostener que, en el caso del ordenamiento jurídico nacional, la forma en que se ha conceptualizado la excepción en los últimos 10 años por la jurisprudencia no guarda relación con los fundamentos que se han dado en la doctrina para rechazar la aplicación de esta excepción.

---

<sup>92</sup> CORREA (2018b) p. 43.

<sup>93</sup> CORREA (2018b) p. 43.

## CAPÍTULO II

### TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO

MARÍA TORRES WAHL

La prueba ilícita está consagrada en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone que “el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. En ese sentido, corresponde analizar las causales de prueba ilícita y su efecto en el proceso penal.

Maturana y López han definido la prueba ilícita como la “obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a los principios constitucionales”.<sup>94</sup>

De esa manera, si bien el fin del proceso penal es llegar a la verdad, el fin no justifica los medios. O en otras palabras, estamos dispuestos a renunciar a pruebas que acrediten la verdad, cuando se hayan infringido derechos humanos, garantías fundamentales, para obtenerlas. Lo que no quiere decir que el sistema renuncia a la búsqueda de la verdad, si no solo que ésta debe circunscribirse a lo lícito, a lo permitido por ley.

Lo anterior se traduce en una serie de prohibiciones para los órganos estatales a cargo de recabar prueba. Tanto el Ministerio Público como las Policías deben atenerse al marco dado por la Constitución, los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile, la Ley e incluso los criterios fijados por la Jurisprudencia. De lo contrario, la infracción tendrá aparejada la inadmisibilidad en juicio de cualquier elemento probatorio afectado, sin perjuicio de las sanciones que pudiesen tener los funcionarios que cometieron tales infracciones.

Así ha sido refrendado por la Corte Suprema mediante diversos fallos, como el que se cita a continuación: “Lo anterior es así porque ‘sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así -y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es

---

<sup>94</sup> MATURANA Y MONTERO (2010) p. 869.

sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”.<sup>15</sup>

Es que la contracara de estas prohibiciones son derechos que la Constitución y las leyes aseguran a todas las personas, sin importar su calidad de imputado o reo. Algunos de estos son el derecho a la integridad física y psíquica - prohibición de la tortura -, derecho a guardar silencio, a la no autoincriminación, o el derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, entre otras.

## 1. CAUSALES DE ILICITUD ESTABLECIDAS EN EL CPP

### 1.1. PRUEBAS OBTENIDAS CON INOBSERVANCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES O ILICITUD MATERIAL

Esta es la hipótesis principal, puesto que en estos casos la ilicitud es manifiesta, se configura de manera más clara. Ahora bien, como se trata de una causal bastante amplia, la estudiaremos detalladamente a fin de precisar su contenido.

La expresión “pruebas obtenidas” comprende todo tipo de prueba, es decir, tanto los objetos materiales como las declaraciones de testigos, peritos y documentos, que hayan sido obtenidos en un procedimiento, diligencia o actuación con vulneración de garantías fundamentales<sup>95</sup>.

La expresión “con inobservancia” constituye el núcleo central y presupuesto fáctico que da pie a la sanción procesal consistente en la exclusión de la prueba. Observancia es el cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, por lo que hay inobservancia cuando falla un cumplimiento exacto y puntual de las garantías fundamentales<sup>96</sup>.

Respecto a la expresión “garantías fundamentales” hay que hacer una precisión preliminar que consiste en que se trata de un concepto distinto de la expresión “derechos fundamentales”. En efecto, los derechos consisten en la expectativa misma, negativa o positiva, a la que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) adscritas a un sujeto por una norma jurídica, mientras que las garantías están constituidas por los deberes correspondientes a esas expectativas, dictadas por normas jurídicas<sup>97</sup>.

Cuando la ley habla de garantías fundamentales, se refiere a aquellos medios de protección que rodean a un derecho fundamental, “la solidez de este sistema de protección va en directa proporción con la valoración que el ordenamiento jurídico le otorga al círculo de mayor privacidad de las personas”<sup>98</sup>. A su vez, los derechos fundamentales son aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos”<sup>99</sup>.

Los derechos fundamentales inherentes a la calidad de persona, están reconocidos en nuestro ordenamiento, y consagrados tanto en nuestra Constitución Política de la

<sup>95</sup> ZAPATA (2004) p. 36.

<sup>96</sup> ZAPATA (2004) p. 36.

<sup>97</sup> ZAPATA (2004) p. 38.

<sup>98</sup> ZAPATA (2004) p. 41.

<sup>99</sup> CEA (2012) p. 221.

República, como en los Tratados Internacionales que versen sobre la materia reconocidos y ratificados por Chile. Por lo tanto, la vulneración debe ser a alguno de estos derechos, vulneración que se concretiza cuando una diligencia es llevada a cabo con infracción a la garantía que lo protege.

Ahora bien, “podemos pensar que el artículo 276 del Código Procesal Penal concibe indistintamente los conceptos de derechos y garantías, o, de lo contrario, que se pone en la posición de que el aseguramiento del derecho en la Constitución es en sí mismo una garantía”<sup>100</sup>. En ese sentido, la expresión utilizada por el Código Procesal Penal hace alusión a los derechos consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Congreso y vigentes en Chile<sup>101</sup>.

No obstante lo anterior, determinar el alcance que debe darse a las garantías fundamentales en relación con los actos de investigación que podrían llegar a afectarlas es una tarea jurisprudencial que nuestro Código Procesal Penal ha puesto fundamentalmente sobre los hombros del juez de garantía, por la vía de decisiones sobre exclusión de prueba, de las Cortes de Apelaciones, conociendo de las apelaciones interpuestas por el Ministerio Público contra esas decisiones y de la Corte Suprema, por la vía del recurso de nulidad.

En efecto, es cierto que para una persecución penal eficaz es necesaria la afectación de derechos fundamentales. Por lo mismo, “nuestro legislador ha previsto y reglado varios posibles casos de afectación de garantías esenciales durante la etapa investigativa. Así, se establecen diversas hipótesis bajo las cuales es posible para el Ministerio Público (o las policías) conculcar derechos esenciales, en la medida que se cumplan ciertos requisitos y presupuestos”,<sup>102</sup> sin los cuales la prueba se transforma en ilícita.

Así, según lo establecido en el artículo 276 CPP ya citado, la prueba puede excluirse por haber sido obtenida con inobservancia a las garantías fundamentales. Esta norma es obligatoria para el juez, lo manda a excluir la prueba ilícita de aquella que puede ser rendida en juicio. En consecuencia, en el juicio oral no podrá presentarse, por haber vulnerado una garantía fundamental.

Lo anterior constituye una sanción, que priva de efectos al “acto vulnerador, ya que lo obtenido a sus resultas no podrá ser considerado por los jueces en el proceso de razonamiento que los conduce a la decisión definitiva, sencillamente porque no será sometido a su conocimiento, no se alzarán materialmente frente a sus ojos, ni nadie hará mención de su existencia, pues la exclusión material es previa al desarrollo del juicio oral”<sup>103</sup>.

En relación a los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la causal en examen, en primer término, se ha reconocido que es prueba ilícita no solo la que se obtiene directamente de la vulneración de las garantías fundamentales, sino que también toda prueba posterior que deriva de ella, aplicando la teoría del fruto del árbol envenenado, así, en MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VARGAS (2017), la Corte señala: “Que, en consecuencia, por no haber constatado indicios de la comisión de un delito ni haberse

---

<sup>100</sup> ZAPATA (2004) p. 39.

<sup>101</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 51.

<sup>102</sup> NÚÑEZ Y CORREA (2017) p. 206.

<sup>103</sup> LUENGO (2008) p. 46.

verificado situación de flagrancia que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que aquel se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador, de modo que toda la evidencia recogida en el procedimiento incoado respecto de F.J.V.Y. resulta ser ilícita, al haber sido obtenida en un proceder al margen de la ley. Esta misma calidad tiene, producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el contenido de las pesquisas, las fotografías, pericias y testimonios que hayan derivado de tal indagación”.

Respecto a lo que se entiende por “obtenida”, la Corte en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MESÍAS* (2018)<sup>104</sup> señala que: “Que, por otra parte, y como también se trata en el fallo recién citado, en este caso no existe cuestionamiento en torno al hecho que las sustancias estupefacientes fueron incautadas de manera lícita por parte de la policía, de modo tal que bajo ningún pretexto era ni es aplicable la norma del artículo 276 inciso tercero del Código del ramo, pues esta disposición legal sólo permite excluir en la audiencia de preparación del juicio oral las pruebas que hubieren sido ‘obtenidas’ con inobservancia de garantías fundamentales, situación que, como se dijo, no ocurrió en este proceso”. De este modo, siguiendo el criterio de la Corte, si la ilegalidad tiene lugar de forma posterior a la obtención de la prueba no procede la exclusión de la misma.

Respecto a la expresión “inobservancia”, esta se entiende como sinónimo de vulneración o afectación. En efecto, la Corte en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GUZMÁN* (2016), explica: “Que resulta necesario proceder al análisis de las normas de procedimiento aplicables al caso concreto, para poder determinar si ellas han sido transgredidas y, en su caso, examinar si dicho quebrantamiento ha significado la vulneración de los derechos fundamentales del acusado”.

Ahora bien, cabe precisar que la ley no exige que esta vulneración sea sustancial ni que influya en lo dispositivo del fallo como si lo hace para la procedencia del recurso de nulidad. En cuanto a la influencia en lo dispositivo del fallo resulta evidente que no puede exigirse para la procedencia de la exclusión de la prueba ilícita, ya que difícilmente podría determinarse en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral en la cual tiene lugar la exclusión.

Respecto a lo que se entiende por “garantías fundamentales”, la Corte ha precisado que la infracción de ellas no se refiere a la infracción de la ley procesal ordinaria, es decir, cualquier infracción de normas del Código Procesal Penal. De este modo, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MINCHEL* (2019), señala: “Que, asimismo, la conclusión que el simple incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Drogas no genera una infracción a la cadena de custodia ni la consecuente infracción al debido proceso, resulta coherente con lo sostenido por el profesor Hernández, en cuanto a que la inobservancia de garantías fundamentales representa algo más que la mera inobservancia de la legalidad ordinaria, de suerte que para afirmarla no puede bastar la infracción de la ley en la obtención de la prueba, sino que además se requiere que la infracción puede vincularse de modo tal con una garantía fundamental que puede

---

<sup>104</sup> Nota: En este caso la alegación del recurso se basa en que la sustancia ilícita decomisada fue puesta a disposición del Instituto de Salud Pública Metropolitano Oriente, fuera del plazo legal establecido en el artículo 41 de la Ley N° 20.000 de 24 horas siguientes al decomiso.

conceptualizarse como una afectación a la misma”.

En ese sentido, las infracciones de ley que habilitan a excluir prueba por ser ilícita su obtención, son sólo aquellas que vulneran garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política de la República, o en Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos. Es decir, deben ser derechos garantizados para el imputado en el marco del proceso penal, que sean considerados fundamentales. Dentro de ellos, está la inviolabilidad del hogar, el derecho a la no autoincriminación, el derecho a un debido proceso, el derecho a la libertad personal, o el derecho a la intimidad, entre otros. Si se realizan diligencias investigativas con inobservancia a normas que concretizan la protección a estos derechos, y de ellas se produce prueba de cargo, será prueba ilícita.

## 1.2. PRUEBA PROVENIENTE DE DILIGENCIAS O ACTUACIONES DECLARADAS NULAS

Según Horvitz y López<sup>105</sup> el hecho de que la ley haya considerado necesario reconocer como segunda hipótesis de prueba ilícita aquella que tiene origen en actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas sólo puede entenderse de una de dos maneras.

La primera es que respecto de la ilicitud probatoria originada en violación de garantías fundamentales, existirían casos en que la violación afecta normas de rango legal, que no alcanzan a constituir violación de derechos fundamentales. En este supuesto, estaríamos ante lo que la doctrina española suele denominar prueba irregular o ilegal. Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que esta hipótesis es una forma en que el CPP extiende la regla de exclusión de prueba a la prueba irregular, resolviendo así un problema arduamente discutido por la doctrina española.

La segunda alternativa, es entender que, frente a la ilicitud probatoria derivada directamente de la infracción de derechos fundamentales, existe una segunda categoría en que hay una norma legal que concreta o precisa la garantía fundamental involucrada. De tal manera que, para declarar la ilicitud probatoria, no es necesario acudir a la determinación de los alcances de la garantía constitucional involucrada, porque tal violación se encuentra "objetivada" por una disposición de carácter legal.

Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que es una forma de reconocer la existencia de una declaración "anticipada" de la ilicitud probatoria. En el sentido de que es anterior a la audiencia de preparación del juicio oral la que impone al juez la exclusión automática de la prueba ilícita, liberándolo así de la necesidad de entrar a considerar recién en ese momento si existe o no violación de garantías fundamentales.

En otro orden, la declaración de la nulidad procesal es un “mecanismo establecido para remediar un defecto de procedimiento que ocasiona perjuicio, entendiéndose para estos efectos que concurre un perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”<sup>106</sup>. De esta definición se desprenden los elementos que le son propios.

En primer lugar, la nulidad procesal procede sólo respecto de actuaciones o diligencias judiciales. Sin embargo, lo habitual será que la ilicitud en la obtención de la prueba sea predicable de actuaciones de las policías o incluso del Ministerio Público, resultando el ámbito de aplicación de esta hipótesis más estrecho que el anterior. Dicho

<sup>105</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 189 y ss.

<sup>106</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 44.

de otro modo, “aun cuando existan importantes actuaciones judiciales susceptibles de ser declaradas nulas, la vinculación entre ellas y la obtención de prueba es relativamente excepcional”<sup>107</sup>.

En ese sentido, esta causal entra en juego principalmente cuando se trata de diligencias probatorias que requieren de autorización judicial previa. En caso de que la autorización judicial sea declarada nula, la prueba que haya sido obtenida en cumplimiento de esa resolución no será admisible en juicio.

En segundo lugar, por regla general, debe invocarse por alguna de las partes y debe ser declarada por el tribunal. No hay nulidades de pleno derecho, pues la nulidad puede sanearse cuando no se alega oportunamente, o cuando el afectado acepta expresa o tácitamente los efectos de esa prueba. Los únicos casos en que no procede el saneamiento son los previstos en el artículo 160. Sólo puede solicitar su declaración el interviniente en el procedimiento perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo y únicamente hasta la audiencia de preparación del juicio oral.

En tercer lugar, exige la existencia de un perjuicio que sea sólo reparable mediante la declaración de nulidad, debe haber generado indefensión en el proceso. Como bien señala Hernández, “debería ser indudable que la nulidad procesal no es un instrumento que permita preservar la mera ritualidad del procedimiento sino exclusivamente evitar la grave indefensión de alguno de los intervinientes”<sup>29</sup>.

Ahora bien, esta hipótesis de prueba ilícita, a diferencia de la anterior, ha tenido un desarrollo escueto en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Esto es importante, pues hay bastantes interrogantes que la norma no resuelve. Entre ellas, cabe preguntarse si respecto esta causal se aplican simplemente en este caso las normas de nulidad procesal que trata el Código Procesal Penal, en cuanto a los efectos y alcances de la declaración de nulidad, o si tienen cabida las excepciones desarrolladas por la jurisprudencia norteamericana.

De este modo, de aplicarse la excepción del vínculo atenuado, recogida en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ORTEGA* (2017), sería posible admitir una prueba que proviene de una actuación o diligencia declarada nula si el vínculo o relación causal entre la ilegalidad y la prueba es tan tenue que hace que este vicio se purgue. Asimismo, respecto de la excepción de buena fe del agente, tratada en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL* (2019), si bien en este fallo no se trata de una orden judicial declarada nula, lo importante es que reconoce la buena fe del agente como una excepción a la regla de exclusión por ilicitud. En ese sentido, siguiendo el mismo criterio, si la orden judicial que permite actuar a la policía es declarada nula, la prueba obtenida mediante la diligencia podría admitirse siempre que la policía ha actuado confiando en la legitimidad de la orden judicial a que da cumplimiento.

## 2. CONSECUENCIA JURÍDICA O EFECTO DE LA PRUEBA ILÍCITA

En Chile, la consecuencia o efecto de la prueba obtenida ilícitamente es la ineficacia probatoria de la misma. En ese sentido, la norma utiliza la expresión “el juez excluirá”, lo que impone al Juez de Garantía un mandato imperativo que se traduce en descartar la prueba ofrecida en la audiencia de preparación del juicio oral y, en lo inmediato, dejarla fuera del auto de apertura del juicio oral, lo que conlleva a la

---

<sup>107</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 45.

imposibilidad de que la prueba sea rendida en el juicio oral<sup>108</sup>.

En efecto, el artículo 277 letra e) CPP señala que el auto de apertura contendrá: "las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior". Es decir, de acuerdo a las reglas de admisibilidad que el artículo 276 indica.

Por otro lado, el artículo 295 CPP señala que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley. De este modo, un medio probatorio es incorporado al juicio en conformidad a la ley, en la medida que esté incluido en el auto de apertura, constituyendo únicas excepciones las situaciones previstas en el artículo 336 CPP, respecto a prueba que no se hubiere ofrecido oportunamente, cuando se justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y aquella destinada a esclarecer la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba cuestionada, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

Por consiguiente, la sanción que el CPP prevé para el caso en que se obtiene una prueba ilícita es la inadmisibilidad,<sup>109</sup> "ya que no podrá ser considerado por los jueces en el proceso de razonamiento que los conduce a la decisión definitiva, sencillamente porque no será sometido a su conocimiento, no se alzarán materialmente frente a sus ojos, ni nadie hará mención de su existencia, pues la exclusión material es previa al desarrollo del juicio oral"<sup>110</sup>.

Concordantemente, la oportunidad procesal para reclamar la exclusión de la prueba ilícita es por esencia en la audiencia de preparación de juicio oral de acuerdo al artículo 276 que consagra esta institución. No obstante, esta no es la única oportunidad para hacerla valer. En efecto, puede perfectamente suceder que el Juez de Garantía admita que sea rendida en el juicio oral prueba ilícitamente obtenida. Esta situación puede dar lugar a la nulidad del juicio y la sentencia a través del recurso de nulidad contemplado en los artículos 372 y siguientes CPP.

Esto está consagrada expresamente el inciso final del artículo 277 CPP, que luego de limitar la aplicación del recurso de apelación del auto de apertura al caso en que la resolución excluya prueba y no al caso en que se niegue lugar a la exclusión, agrega: "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".

Por otro lado, si bien el artículo 276 no autoriza la aplicación de la regla de exclusión de forma previa a la audiencia de preparación de juicio oral, en la etapa investigativa hay dos formas de evitar que elementos probatorios obtenidos ilícitamente sean considerados para justificar resoluciones dictadas durante esa etapa.

Una de ellas es la nulidad procesal, esto es, la declaración de nulidad del acto ilícito reglada en el artículo 159 y siguientes CPP. El problema es que solo pueden anularse actuaciones o diligencias judiciales y ciertamente las diligencias o actuaciones judiciales generadoras de prueba son prácticamente inexistentes.<sup>111</sup>

La otra es la inutilizabilidad de la prueba ilícitamente obtenida, pues "debe entenderse que constituye un deber del juez de garantía, en cumplimiento de la función

<sup>108</sup> ZAPATA (2004) p. 35.

<sup>109</sup> N. de. E.: No obstante tal diseño del codificador, la jurisprudencia, avalada por parte de la doctrina, como se verá más adelante, acepta que la declaración de ilicitud pueda ser realizada por el Tribunal del Juicio Oral.

<sup>110</sup> LUENGO (2008) p. 46.

<sup>111</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 206.

de protección que la ley le ha asignado, negarse a reconocer valor a los elementos probatorios obtenidos ilícitamente al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares e intrusivas.

Esto es así porque la *prueba ilícita*, aun antes de ser declarada inadmisibile, es derechamente *inutilizable* incluso como fundamento de resoluciones provisionales”<sup>112</sup>.

Por último, hay autores como Hernández que sostienen que es posible que el Tribunal de Juicio Oral se niegue a valorar, en la sentencia definitiva, la prueba que el Juez de Garantía declaró admisible en la audiencia de preparación de juicio oral por considerarla ilícita, mientras que hay otros como Horvitz y López que se oponen. No obstante lo anterior, no hay un fundamento normativo en el Código Procesal Penal que admita esta posibilidad.

Como se observa en algunos de los fallos de la Corte Suprema antes mencionados, ésta ha extendido el alcance de la exclusión a la prueba derivada, es decir, aquella que tiene un vínculo causal con la prueba ilícita.

De este modo, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ORLOFF* (2016), la Corte señala: “Que, sentado lo anterior, en principio pareciera aplicable al caso sub iudice lo que la jurisprudencia estadounidense denomina como ‘fruto del árbol envenenado’, doctrina en virtud de la cual la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción de la Constitución, no afecta sólo la admisibilidad de la prueba obtenida en la detención, registro o incautación ilegítima, sino que se extiende también a todos los ‘frutos’ de dicha prueba, es decir, a toda prueba cuyo origen esté vinculado a la prueba obtenida con vulneración de la protección constitucional (...). En ese sentido, es posible sostener que el efecto principal es la exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido y el efecto secundario es la exclusión de sus derivados. En aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, en virtud de la cual la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente produce también la exclusión de toda la prueba de ella derivada, es decir, de toda la prueba respecto de la cual pueda establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria.

---

<sup>112</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 210.

## CAPÍTULO III

### JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

SANTIAGO BRETON JARA

Pocas sentencias de la Corte Suprema analizan en detalle la institución del descubrimiento inevitable. Buena parte de ellas se limita a mencionarla como excepción a la exclusión de prueba ilícita y citar el concepto que Horvitz y López dan sobre la materia. Así, en varios casos, para hacerse cargo de los argumentos del recurrente acerca de la ilicitud de las pruebas, la Corte se limita a señalar que “aun bajo el supuesto que afirma el recurrente, se estaría ante otra excepción a la exclusión de elementos probatorios derivados de la ilicitud original, que la doctrina ha denominado como ‘descubrimiento inevitable’, caso en el que, como sucede en la especie, la ‘relación causal resulta irrelevante, porque, de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en curso’ (Horvitz/López, *Ibíd.*, p. 221)”<sup>113</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente analizar algunos pronunciamientos de la Corte, ya sea porque se trata de un caso paradigmático para la regla del descubrimiento inevitable, de constelaciones de casos frecuentes en la práctica o de algunas sentencias que por sí solas son capaces de aportar a ciertos aspectos interesantes a la doctrina del descubrimiento inevitable y sus límites en la jurisprudencia.

#### 1. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CONTRERAS. CASO PARADIGMÁTICO CHILENO<sup>114</sup>. SU SIMILITUD CON EL CASO NIX V. WILLIAMS

La sentencia *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CONTRERAS* (2015), merece especial atención por el notable parecido con el caso *NIX V. WILLIAMS* (1984)<sup>115</sup>, que dio origen a la regla del descubrimiento inevitable en Estados Unidos.

En el caso chileno, se investigaba una denuncia por presunta desgracia que terminó resultando una causa por homicidio. Funcionarios de la Policía de Investigaciones interrogaron a algunos testigos de oídas que vincularon a un menor de edad con el crimen. Con todo, al acompañarlos al supuesto lugar de los hechos, no hubo hallazgo. Fue entonces que los funcionarios interrogaron al imputado señalándole que les habían contado todo y que era mejor que cooperara. Lo anterior, a pesar de que se trataba de un menor de dieciséis

---

<sup>113</sup> *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ZENTENO* (2015), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CARRASCO VEGA* (2015), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FLORES* (2016), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL* (2019).

<sup>114</sup> Véase NAZZAL (2017) pp. 89-95.

<sup>115</sup> Un análisis detallado del caso y los fundamentos que se emplearon puede encontrarse en ZAPATA (2004) pp. 212-221.

años, sin la presencia de un abogado ni del fiscal, y sin contar con una instrucción de investigación por parte de este último. En ese contexto, el menor confesó los hechos y acompañó a los funcionarios al lugar donde se encontraba el cuerpo y el arma homicida.

Pese a que la defensa alegó durante todo el proceso la exclusión de la confesión del menor, así como de todos los peritajes bioquímicos, fotográficos y el arma homicida, que derivaban del hallazgo ilícito del cuerpo, la Corte consideró que se trataba de un caso de descubrimiento inevitable. Nunca se discutió la ilicitud de la declaración obtenida del menor, pero sí la incorporación al proceso del material probatorio derivado de ésta.

La Corte tomó en cuenta la declaración de un voluntario de bomberos, quien indicó que el área donde se había encontrado el cuerpo era parte del terreno que se tenía planificado revisar y que éste hubiese sido de todas formas hallado. Teniendo a la vista el caso estadounidense<sup>116</sup>, que dio origen a la doctrina del descubrimiento inevitable, y los prácticamente idénticos hechos de la causa que revisaba, se concluyó que “existiendo prueba rendida ante el tribunal de la instancia que, a su juicio, demuestra que el cadáver [...] hubiese podido ser hallado por medios lícitos, independientes de la declaración del entonces imputado ilegítimamente obtenida, no cabe sino declarar que la incorporación y valoración de las pruebas derivadas de dicho hallazgo en la sentencia recurrida no infringe sustancialmente la garantía constitucional del debido proceso”.

Aunque a primera vista la solución a que arriba la Corte parezca correcta según la doctrina del descubrimiento inevitable, es posible observar al menos dos cuestiones. La primera es un error, y consiste en sostener que “el fondo de la cuestión debatida [...] radica en determinar de qué manera las pruebas discutidas pueden considerarse consecutivas o dependientes del acto cuya ilicitud no es discutida”. La verdad es que el nexo entre la declaración ilegalmente obtenida del menor y el resto de las pruebas es innegable; bajo ningún punto de vista puede considerarse que, causalmente, estas últimas no son consecutivas o dependientes de la confesión del menor. No es cierto, como afirma la Corte, que conforme a la regla del descubrimiento inevitable “puede afirmarse que existiendo medios probatorios que indiquen que la prueba cuya ilicitud se discute también pudiese haber sido descubierta por medios lícitos, se puede también sostener la pérdida del vínculo causal entre la ilicitud original [...] y el hallazgo posterior, que deviene, por tanto en inevitable y lícito”. El vínculo causal no se pierde; en rigor, lo que ocurre es que una consideración hipotética permite restarle relevancia a dicho nexo causal y por ello se le desprecia, aunque no deje de existir<sup>117</sup>.

La segunda crítica atañe a una sensible ausencia, y es que la Corte omitió pronunciarse sobre la inevitabilidad del descubrimiento y el modo o los parámetros para valorarla<sup>118</sup>. Al menos en esta sentencia, no hay indicios acerca de qué grado probabilidad de que se hubiese encontrado la evidencia por medios lícitos debe tenerse al momento de aplicar la excepción del descubrimiento inevitable. A modo de ejemplo, en *NIX V. WILLIAMS*

---

<sup>116</sup> Véase NAZZAL (2017) p. 93, quien considera que la Corte aplicó erradamente la regla del descubrimiento inevitable por el parecido con el caso estadounidense, pero sin considerar las particularidades del caso chileno, entre ellas, el hecho de que se tratara de un menor de edad.

<sup>117</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 24. En el mismo sentido CORREA (2018b) p. 28, al señalar que se trata de pruebas causalmente derivadas de una infracción de garantías constitucionales.

<sup>118</sup> En similar sentido, NAZZAL (2017) p. 94, según quien la Corte no analizó si acaso podía afirmarse fehacientemente que la prueba hubiese sido encontrada por medios legítimos e independientes de la ilicitud, ni tampoco limitó esta excepción a un actuar de buena fe de los agentes policiales (lo que en el caso no ocurrió, pues vulneraron flagrantemente los derechos del menor).

(1984) se tomó en consideración que el cuerpo sería encontrado en poco tiempo y esencialmente en la misma condición, ya que cerca de 200 voluntarios realizaban un operativo de búsqueda cuya planificación incluía el lugar donde se encontraba el cuerpo<sup>119</sup>; no sólo se evaluó el factor temporal del descubrimiento, sino también la calidad o estado en que se encontraría la prueba en cuestión y el nivel de sofisticación de la búsqueda. En ese sentido, se tomaron en cuenta factores como el frío, que mantendría el cuerpo en la misma condición, el hecho de que la búsqueda había sido detenida -únicamente porque el imputado dijo que cooperaría- a cuatro kilómetros del lugar donde se situaba el cuerpo, y las minuciosas instrucciones dadas a los rastreadores, quienes debían revisar toda casa abandonada, cauce, pozo, zanja o hueco en que cupiera el cuerpo de la menor, que de hecho fue encontrado cerca de un cauce<sup>120</sup>. En el caso chileno, en cambio, bastó una planificación de rastreo para concluir que el hallazgo era inminente, aun cuando los propios funcionarios policiales, acompañados por los testigos de oídas, no habían sido capaces de encontrar el cuerpo. En la sección subsiguiente analizaremos qué ha dicho nuestra Corte Suprema sobre los parámetros o criterios para medir la inevitabilidad del descubrimiento, aunque adelantemos desde ya que se trata de nociones insuficientes.

Finalmente, es oportuno estudiar si acaso esta excepción -el descubrimiento inevitable- es compatible con los fundamentos de la exclusión de prueba ilícita en la jurisprudencia chilena, que, según hemos dicho, son la integridad judicial y la legitimidad del sistema penal. Si el vínculo existente entre la prueba ilícitamente obtenida es real y el hipotético descubrimiento pura conjetura, es pertinente preguntarse cómo salvar el hecho de que los tribunales estén, de hecho, valorando pruebas que derivan de vulneración de garantías fundamentales y si es que aquello afecta la legitimidad del sistema penal. La respuesta no es sencilla.

Hernández sostiene que no se trata de valorar la situación como si de cualquier vínculo causal se tratara, sino más bien de atender a la razonabilidad de los alcances acordados a la sanción que la ilicitud acarrea. A juicio del autor resultaría razonable morigerar los efectos de la prueba ilícita en casos extremos como el que revisamos, porque sería posible conciliar la excepción con una adecuada protección de las garantías fundamentales y, por tanto, preservar la legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal. En definitiva, “parece todavía justo y proporcionado no depreciar la labor legítima desplegada paralelamente por el Estado, cuando, atendido su concreto estado de avance, aparece como inevitable el descubrimiento de la prueba”<sup>121</sup>.

Aisladamente, esta argumentación es insuficiente por dos razones. Primero, porque no explica exactamente qué hace que sea razonable morigerar los efectos de la prueba ilícita -o sea, su exclusión- en este tipo de casos, ni tampoco cómo es posible conciliar aquello con la protección de las garantías fundamentales y el legítimo ejercicio del *ius puniendi* estatal. Segundo, porque si se trata de apreciar la labor legítima desplegada paralelamente por el Estado, entonces la excepción no cubriría casos de descubrimiento inevitable por parte de privados, como precisamente acontece en el caso que revisamos, en que no existe una labor paralela estatal.

---

<sup>119</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 82.

<sup>120</sup> ZAPATA (2004) pp. 212-221.

<sup>121</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 81-82.

Lo que probablemente ocurre es que, como en Alemania<sup>122</sup>, nuestra Corte Suprema pondera los intereses en juego. La integridad judicial y la legitimidad del sistema penal son bienes valiosos y deben protegerse, pero hay otros fines igualmente importantes que deben ser puestos en la balanza. Por ejemplo, la efectividad de la persecución penal, que, por lo demás, incide directamente en la legitimación social del sistema penal. De este modo, lo que verdaderamente hace razonable morigerar en estos casos los efectos de la prueba ilícita es la ponderación de los diversos intereses en juego y la consecuente compatibilidad con las garantías fundamentales. Es el propio Hernández quien sostiene que el fundamento ético de la exclusión de prueba ilícita no se opone completamente a consideraciones utilitaristas y que debe existir un adecuado equilibrio entre eficiencia y legitimidad, sobre todo porque, siguiendo a Alexy, el mandato de exclusión es un principio (que puede cumplirse en mayor o menor medida) y no una regla<sup>123</sup>.

Aunque la legitimidad del sistema penal sea un bienpreciado, no debe perderse de vista que la efectividad del mismo incide, paradójicamente, en su legitimidad. Es cierto que el sistema penal se enmarca dentro del ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho, que debe respetar los derechos fundamentales, pero eso no quita del mundo la realidad de que ese mismo Estado también debe ser capaz de sostener un sistema penal efectivo y apto para reafirmar la vigencia de las normas penales quebrantadas, pues de lo contrario se deslegitima tanto como cuando no se respetan las garantías fundamentales. No se trata de lograr condenas a cualquier costo, sino de que a la judicatura corresponde ponderar, en cada caso, cómo se concilian y armonizan de mejor manera los diversos intereses en juego. Es por ello que es posible hacer pequeñas concesiones, caso a caso, en aras de compatibilizar la legitimidad del sistema y su efectividad.

La integridad judicial, por su parte, se verá afectada en pequeña medida en tanto las exigencias para aplicar la excepción del descubrimiento inevitable sean realmente estrictas. No sólo debe ser posible sostener que la evidencia se hubiese encontrado por medios legítimos e independientes de la prístina ilicitud, sino también que era altamente probable que así ocurriera, desde una perspectiva *ex ante* y atendiendo al concreto estado de cosas en ese momento. Solo así es plausible sostener que los tribunales no se han valido con provecho de una ilicitud, pues inevitablemente se hubiere llegado al mismo resultado, lo cual permite despreciar el vínculo causal existente entre la ilicitud y la prueba derivada.

En todo caso, lo que sí se debe reprochar a la Corte Suprema es no referirse a esta ponderación y aplicar la doctrina del descubrimiento inevitable sin conciliarla con los fundamentos de la institución de la prueba ilícita. Este silencio abre un indeseado campo de arbitrariedad, que ignora los diversos criterios que conocemos para limitar la regla del descubrimiento inevitable, que debe ser realmente excepcional.

## 2. HURTOS EN GRANDES TIENDAS Y SUPERMERCADOS. FACULTADES AUTÓNOMAS DE LAS POLICÍAS

Si bien no amerita un extenso desarrollo, sí vale la pena referirse a aquellos casos de hurtos en grandes tiendas o supermercados en que los guardias privados de seguridad, luego

---

<sup>122</sup> En Alemania, dicho sea de paso, cuando se omite informar al imputado sobre su derecho a no declarar o a consultar a un abogado, se produce una prohibición de valoración respecto de las pruebas obtenidas en dicho contexto. HERNÁNDEZ (2005) p. 33.

<sup>123</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 62.

de sorprender y detener a los imputados, proceden a revisar sus bolsos. Aunque suele ser materia de discusión si dicha conducta constituye o no una vulneración de la intimidad de los imputados, la Corte ha señalado que en estos casos de detención de particulares por flagrancia, de todos modos, al arribar carabineros se examinarían legalmente las pertenencias de los sujetos, verificándose el inevitable descubrimiento de las especies sustraídas. De este modo, “lo único que puede cuestionarse a los empleados que registran el bolso [o receptáculo equivalente], es anticiparse unos minutos a lo que necesariamente iban a ejecutar los agentes policiales”, en cumplimiento autónomo del mandato que el artículo 83 CPP les impone<sup>124</sup>.

En estos casos, la Corte parece reflexionar sobre la oportunidad y probabilidad del hipotético hallazgo legítimo. Lo primero, porque hace referencia a que los particulares únicamente se adelantan unos minutos al posterior actuar policial y, lo segundo, pues supone la actividad policial como algo necesario o, en otras palabras, inevitable. Esto se debe precisamente a que el artículo 83 CPP establece actuaciones autónomas de las policías, y las mandata a recoger, identificar y conservar los objetos, documentos o instrumentos que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, así como también sus efectos y lo que pudiere servir de prueba. De este modo, las máximas de la experiencia permiten a la Corte establecer que en este tipo de casos el correcto proceder policial no es una mera posibilidad, sino un hecho altamente probable y que además está ordenado por la ley, por lo que en principio no depende de la pura voluntad del funcionario policial. Estas dos razones, permiten aplicar la excepción del descubrimiento inevitable en estos casos.

### 3. “INEVITABILIDAD” DEL DESCUBRIMIENTO

En este apartado se analizarán los contornos que la Corte Suprema ha dado a la institución del descubrimiento inevitable, en particular en lo que se refiere al grado de probabilidad que debe existir respecto del hipotético descubrimiento de la prueba por medios lícitos e independientes de la ilicitud original. Lo anterior se hará a partir de dos casos conocidos por la Corte y en que ésta se ha pronunciado sobre el tema.

#### 3.1. *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FORMANTEL* (2014)

Esta sentencia resulta interesante por cuanto en el voto de minoría se cuestionó, en algún sentido, el grado de probabilidad que debe tener la hipótesis de descubrimiento para constituir una excepción a la exclusión de prueba ilícita. Los hechos de la causa consisten en un homicidio que fue imputado a un sujeto gracias a que vecinos del sector declararon haberlo visto disparando al aire con un arma de fuego. En este contexto, funcionarios policiales lo detuvieron, ingresando a su domicilio sin encontrar el arma en cuestión. Con posterioridad, en un interrogatorio sin la presencia del fiscal ni del abogado defensor, el imputado –presumiblemente ebrio, además- confesó y señaló dónde encontrarían el arma, que con posterioridad efectivamente fue hallada por los funcionarios en la casa del imputado.

Ante las alegaciones de la defensa, el Juez de Garantía excluyó temáticamente las declaraciones de los funcionarios que interrogaron al imputado (y, por esa vía, su

---

<sup>124</sup> *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ZENTENO* (2015) y *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FLORES* (2016).

confesión), pero no el arma, las municiones ni los peritajes que de ellas se hicieron. La decisión se basó en que una fuente independiente habría permitido el hallazgo del arma, las balas y el posterior peritaje que se realizó; se trataba de las declaraciones de dos testigos, quienes habían visto al imputado en el lugar de los hechos, antes de lo cual uno de ellos le había observado disparar al aire con un revólver. La Corte, por su parte, consideró que no hubo infracción al debido proceso por valorar como pruebas el revólver, las municiones y los peritajes realizados, “toda vez que dichos medios probatorios hubiesen sido -inevitadamente- obtenidos en el curso normal de la investigación, a consecuencia de otros medios probatorios, como lo son los dichos del testigo Sánchez, quien fue preciso en señalar que vio al imputado disparar un arma de fuego, particularmente un revólver, y que éste lo hizo en la vía pública”.

La aplicación de la regla del descubrimiento inevitable fue rechazada por los ministros disidentes Künsemüller y Brito, quienes señalaron que “para que [proceda] la tesis denominada ‘descubrimiento inevitable’ es necesario estar frente a una hipótesis sobre probabilidad de que ese mismo dato, el arma y las municiones en el caso de autos, de todos modos -inevitadamente- sería obtenido a través de una actividad regular y lícita” y que “con los dichos de los testigos [...] sólo es posible colegir la identidad de un sujeto que el día 29 de abril de 2012, en horas de la noche efectuó un disparo al aire en el sector en donde posteriormente fue hallado un cadáver, hechos de los cuales no se deriva, inevitablemente, que dicho sujeto haya efectuado los disparos en contra de la víctima”.

Aunque la última parte de la citada disidencia es impertinente, porque lo importante no era si por medio de las declaraciones podía probarse que el sujeto hubiera efectuado o no los disparos en contra de la víctima, sino el hecho de si gracias a ellas se encontrarían de todos modos las demás pruebas, es valiosa la mención a que la doctrina del descubrimiento inevitable requiere de, al menos, un cierta probabilidad. Como bien señalan los ministros disidentes, debe estarse frente a una hipótesis probable de que las pruebas derivadas (el arma, las municiones y su peritaje, en el caso) se hubiesen obtenido de todos modos, lícitamente. Esto último es consistente con lo exigido por Hernández, para quien, como se ha mencionado, el descubrimiento inevitable requiere de una probabilidad rayana en la certeza, establecida *ex ante* sólo con los antecedentes que se tenían a la vista al momento de la actuación ilícita, de que las pruebas serían descubiertas inevitablemente y de modo regular<sup>125</sup>.

Por lo demás, los disidentes cuestionaron con contundencia el razonamiento del voto de mayoría, en que es inexplicable cómo a partir de dos testigos que vieron al imputado disparar un arma de fuego en la vía pública se concluyó que dicha arma y sus municiones serían inevitablemente descubiertas por la policía, aun cuando en el primer registro de la casa nada fue hallado.

### 3.2. MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CARDEMIL (2018)<sup>126</sup>

Esta resolución versa sobre el registro ilegal de un vehículo por parte de carabineros, quienes actuaron autónomamente ante la denuncia de la conviviente del imputado, que aseveró que el auto era robado. Como la patente del vehículo calzaba con el modelo y color del mismo, y no tenía encargo por robo, los funcionarios lo inspeccionaron

<sup>125</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 82.

<sup>126</sup> MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CARDEMIL (2018).

y descubrieron que el número de *chasis* del auto no coincidía con su patente y que, en realidad, aquél sí tenía encargo por hurto.

En este caso, en conformidad al artículo 84 CPP, antes de haber registrado el vehículo, procedía que los funcionarios informaran inmediatamente al fiscal de la denuncia y éste, a su vez, podría haber ordenado diligencias investigativas. La Corte, a propósito de esto, razonó que “si bien no es posible aseverar que la revisión [...] sería una diligencia que, necesaria y (sic) inexorablemente, igualmente hubiera decretado el Ministerio Público de no haberse previamente constatado [...] que, según el número de chasis, el vehículo tenía encargo por hurto, lo que habría permitido echar mano a la doctrina del ‘descubrimiento inevitable’ para quebrar el vínculo causal de esa ilegalidad con las diligencias posteriores, sirve sin embargo en este caso, como se adelantó, la doctrina del vínculo atenuado...”.

Si se sigue el razonamiento, puede apreciarse que, en opinión de la Corte, para poder “echar mano” de la doctrina del descubrimiento inevitable se requiere un alto grado de probabilidad de que el descubrimiento hubiere tenido lugar, y por eso hace referencia a que como no se sabía si necesaria e inexorablemente el Ministerio Público, a través de sus fiscales, hubiere decretado la diligencia investigativa pertinente, entonces no era posible hacer una excepción a la exclusión de prueba ilícita. No por descubrimiento inevitable, al menos.

Este criterio está también presente en los casos de hurtos a supermercados y grandes tiendas, pues la Corte atiende al hecho de que, a pesar de que se revisaron ilegalmente las pertenencias de los imputados encontrándose especies sustraídas, al llegar carabineros se hubiere procedido a dicho registro de todos modos, ya que la ley los mandata a hacerlo, según se revisó. En el caso del registro del auto, en cambio, como era incierto si el fiscal hubiese ordenado el registro del vehículo, la Corte consideró que no procedía la excepción del descubrimiento inevitable.

#### 4. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA Y LA EXCEPCIÓN DEL DESCUBRIMIENTO INEVITABLE

En diversos pronunciamientos, la Corte Suprema ha establecido que los fundamentos de la exclusión de prueba ilícita son la integridad judicial y la legitimidad del sistema penal. En los casos de descubrimiento inevitable el nexo causal que existe entre la ilicitud y las pruebas es innegable, lo que obliga a preguntarse si acaso es compatible la no exclusión de esas pruebas con la protección de la integridad judicial y la legitimidad del sistema penal.

Sin perjuicio de que la integridad judicial y la legitimidad del sistema penal sean bienes significativos, coexisten con otros –como la efectividad del sistema penal– tan valiosos como ellos que la Corte Suprema parece incluir en la balanza de la ponderación sin declararlo. En el caso *NIX V. WILLIAMS* (1984), la Corte Suprema estadounidense recordó las palabras que años atrás hubiera sentenciado el juez Cardozo, quien a propósito de la regla de exclusión se preguntaba con preocupación qué ocurriría cuando “el más pequeño agente la tendría en su poder [la regla de exclusión] a través del exceso de celo o de la indiscreción en conferir inmunidad a un ofensor de los crímenes más atroces”<sup>127</sup>. Estas palabras son la manifestación de una realidad muy sencilla, que no escapa nunca a la razón pero que es

---

<sup>127</sup> ZAPATA (2004) p. 219.

difícil de explicar jurídicamente: ¿cómo es posible que un culpable quede libre cuando es tan evidente que incluso respetando sus derechos se le hubiere condenado? La Corte Suprema de los Estados Unidos racionalizó ese tipo de ideas bajo una suerte de equilibrio de justicia material e igualdad de armas entre el ciudadano y el Estado. Así, señaló que como era posible sostener que las pruebas hubiesen sido inevitablemente halladas de manera lícita, “el Estado no ha ganado ninguna ventaja en el juicio y el acusado no ha sufrido ningún perjuicio”<sup>128</sup>, o que “la exclusión de evidencia que habría sido inevitablemente descubierta pondría también al gobierno en una posición peor, porque la policía habría obtenido esa evidencia si no hubiera tenido lugar ninguna mala conducta”<sup>129</sup>.

Aunque la pregunta enunciada pueda parecer vulgar, parece ser una consideración difícil de erradicar tanto en los jueces como en cualquier otro ciudadano. No se escapa que jurídicamente toda persona es inocente mientras no se compruebe legalmente lo contrario, ni tampoco que no siempre es evidente que de haberse respetado los derechos del imputado se le hubiere condenado de todas formas; menos aún que la exclusión de la prueba ilícita ha sido calificada como un camino reconocidamente drástico y costoso socialmente<sup>130</sup>. No obstante lo anterior, la mantención de la integridad judicial y la legitimidad del sistema penal no son incompatibles con la ponderación de otros intereses, tampoco absolutos por cierto, como de hecho parece hacer la Corte Suprema en sus sentencias. Lo que sí debe cuidarse en esta ponderación es el carácter excepcional del descubrimiento inevitable, para lo cual es indispensable fijar criterios razonables y estrictos que no permitan su degeneración en una suerte de “válvula” que sea utilizada cuando el concepto de justicia material de moda se oponga a la exclusión.

Lo que debe ocurrir para que la excepción del descubrimiento inevitable no se oponga a los fundamentos de la exclusión de prueba ilícita es que el hipotético descubrimiento por medios legítimos, sea tan probable atendido el caso concreto desde una perspectiva *ex ante*, que el vínculo causal sea realmente despreciable, de modo que ningún hombre medio pueda pensar que hubo un aprovechamiento ilegítimo en favor del Estado y en desmedro del imputado, sino que sólo se trató del natural devenir que las cosas hubieren tomado de no mediar la ilicitud.

## 5. LA INSUFICIENCIA ANALÍTICA DE LA CORTE SUPREMA

La regla del descubrimiento inevitable es una excepción a la exclusión de prueba ilícita, ya que evita que las pruebas derivadas de aquella sean excluidas del proceso, a pesar de que por regla general son consideradas tan ilícitas como la principal. Para que lo anterior ocurra, empero, se requiere llegar a la convicción de que inevitablemente se hubieren obtenido las pruebas derivadas por medios lícitos. Según ya hemos dicho, algunos autores exigen que desde una perspectiva *ex ante*, atendido el concreto estado de avance de la investigación, sea posible afirmar que era altamente probable que, de no mediar la ilicitud, la prueba se hubiese obtenido por medios legítimos<sup>131</sup>. Nosotros agregamos, en el apartado anterior, que la probabilidad debiese ser tal, que impida a un hombre medio considerar que existió un aprovechamiento ilegítimo por parte del Estado.

---

<sup>128</sup> ZAPATA (2004) p. 219.

<sup>129</sup> ZAPATA (2004) pp. 216-217, citando el caso *NIX v. WILLIAMS* (1984).

<sup>130</sup> ZAPATA (2004) p. 216.

<sup>131</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 82.

Aunque pueda discutirse el grado de probabilidad necesario, lo cierto es que nuestra Corte Suprema ha sido reticente a elaborar criterios que permitan discernir, caso a caso, si es que la excepción procede o no. En los casos de hurtos a supermercados y grandes tiendas ha deslizado discretamente que el factor de la oportunidad y ciertas obligaciones impuestas por la ley a las policías sirven de parámetros orientadores; o sea, que la evidencia hubiese sido obtenida con poco tiempo de diferencia a la ilicitud cometida y que se hubiere obtenido inevitablemente pues el correcto proceder impuesto por ley ordenaba a los funcionarios practicar una diligencia dirigida a recoger el material probatorio, son al menos parámetros orientadores para aplicar la excepción del descubrimiento inevitable. Abona esta tesis el hecho de que en otra sentencia la Corte haya señalado que no podía “echar mano” a la excepción del descubrimiento inevitable debido a que solo era posible que el fiscal ordenara el registro de un auto, mas no algo inexorable. En ese caso, si bien existía una posibilidad de que la diligencia fuese llevada a cabo, no se trataba de un proceder que casi con seguridad ocurriría, a diferencia del caso de los hurtos. Aisladamente, una disidencia de los ministros Künsemüller y Brito cuestionó el voto de mayoría, precisamente porque hacía falta la probabilidad de que las pruebas derivadas hubiesen sido de todos modos halladas por medio de testimonios que poco y nada tenían que ver con el ilícito hallazgo de las mismas.

La carencia más patente, con todo, parece ser el escueto desarrollo del caso que hemos calificado de paradigma en Chile. En él, la Corte se limitó a constatar el notable parecido con *NIX V. WILLIAMS* (1984), sin referirse a algún criterio que permitiese orientar la correcta aplicación de la excepción. Como se ha mencionado, en el caso norteamericano se tomaron en consideración distintos elementos, como que el cuerpo hubiese sido hallado por existir un rastreo planificado y minucioso, en corto tiempo (un lapso de apenas tres o cinco horas) y esencialmente en la misma condición, por el frío que hacía en la zona. Nuestra Corte simplemente concluyó que el hallazgo del cuerpo era inminente, pues existía una planificación de búsqueda que comprendía el lugar donde se encontró el cuerpo. Lo anterior, pese a que funcionarios de la policía habían acudido al lugar junto con testigos de oídas, sin nada encontrar.

El insuficiente análisis con que se ha resuelto estos casos, ha generado un sensible vacío abandonado a la arbitrariedad judicial, sin que sea posible establecer siquiera parámetros fiables según los cuales nuestra Corte determina la procedencia de la excepción del descubrimiento inevitable, más allá de las vagas consideraciones que han sido expuestas, como el factor de oportunidad o la existencia de deberes legales dirigidos a la obtención de la evidencia. El desarrollo de doctrina jurisprudencial en esta materia, por tanto, sigue siendo una tarea pendiente y necesaria.

## CAPÍTULO IV

### JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE

JOSEFA DEL REAL BREQUE

Sin duda, la reforma procesal penal que comenzó a gestarse a mediados de la década del noventa, se ha convertido, hasta el momento, en una de las reformas más importantes y revolucionarias de este siglo en Chile. Ésta importó el cambio y la modificación de todo el sistema y proceso penal, introduciendo una serie de nuevos enfoques y perspectivas, que generaron un gran impacto en la forma de concebir el sistema.

El sistema inquisitivo, que imperó en el siglo pasado, se caracterizó por concentrar las funciones de investigar, acusar y resolver en la misma persona del Juez del Crimen, quien gozaba de amplias facultades para poder llegar al objetivo principal del proceso, el cual recaía en la obtención de la verdad real o absoluta respecto del caso. En cambio, el nuevo sistema acusatorio, conllevó la creación de una serie de órganos e instituciones que diversificaron y distribuyeron las distintas funciones dentro del proceso, fijando ciertos estándares de imparcialidad y objetividad al momento de resolver, y aproximándose, en la mayor medida posible a una verdad de carácter normativa o procesal, teniendo como foco central el respeto y promoción de las garantías fundamentales de los intervinientes. Este nuevo enfoque “[s]e trata de garantías impuestas por el ordenamiento jurídico como límites a la persecución penal del Estado y más precisamente, a la actividad probatoria desplegada por éste en el establecimiento de la verdad. La extensión y alcance de estas garantías expresa el balance existente entre las necesidades de la persecución penal y el sistema de libertades individuales dentro de una sociedad determinada”.<sup>132</sup>

De esta forma, la nueva concepción del proceso penal no deja de lado el rol preponderante que tiene el Estado como poseedor del *ius puniendi* y órgano persecutor, pero entendiéndose como tal, la ley establece una serie de límites formales al establecimiento de la verdad. Esos límites tendrán relevancia a lo largo de todo el camino del procedimiento, con especial atención en la etapa de investigación, en donde cumplen un rol sustancial tanto el Ministerio Público, como los órganos que por disposición legal se encuentran subordinados funcionalmente a él: Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile.

Así, la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones dispone en su artículo 4 que “[l]a misión fundamental de la Policía de Investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales”. Dentro de sus funciones principales, amparadas en el artículo

---

<sup>132</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004) Tomo II, p. 99.

5 del mismo cuerpo legal, se encuentran el “contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública; prevenir la perpetración de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos fundamentales del Estado y dar cumplimiento a las órdenes emanadas del Ministerio Público para los efectos de la investigación, así como a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales”.

Asimismo, la Ley Orgánica de Carabineros dispone en su artículo 4 que la institución “prestará a las autoridades judiciales el auxilio de la fuerza pública que éstas soliciten en el ejercicio de sus atribuciones. Además, colaborará con los fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos cuando así lo dispongan, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales”.

De forma complementaria, nuestro Código Procesal Penal dispone en su artículo 79 que “[l]a Policía de Investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código, en especial en los artículos 180, 181 y 187, de conformidad a las instrucciones que le dirigieren los fiscales.” En su inciso segundo se señala que “Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del ministerio público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere.” De esta manera es posible dilucidar la existencia de un vínculo de subordinación funcional de ambos agentes policiales respecto al Ministerio Público, el cual se configura como el órgano persecutor, que se encarga de representar los intereses del Estado.

En esta misma línea, el CPP introduce en su artículo 80 el poder de dirección que tiene el Ministerio Público respecto de ambas instituciones, señalando que “[l]os funcionarios señalados en el artículo anterior que, en cada caso, cumplieren funciones previstas en este Código, ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren. También deberán cumplir las órdenes que les dirigieren los jueces para la tramitación del procedimiento.” Este cumplimiento, según el artículo 81 debe ser de inmediato y sin más trámite, de modo que la comunicación entre ellos sea de la forma y medios más expeditos posible.

Ahora bien, es importante señalar que el cambio de paradigma introducido por la Reforma en comento ha generado una serie de problemas al momento en que ambas policías cumplan sus funciones. Esto debido a que “[s]uperar la cultura inquisitiva en el subsistema policial significa enfrentar, entre otros, el fuerte ritualismo y burocratización en el cumplimiento de sus tareas, la excesiva formalización de las relaciones con el órgano instructor, el predominio de las funciones administrativas u otras institucionales”.<sup>133</sup> No hay lugar a dudas de que la reforma constituyó un cambio radical en el actuar de ambas instituciones, en especial debido a que éstas deben mantener un equilibrio entre el cumplimiento de las funciones persecutorias, resguardar la eficiencia del proceso, y además, respetar las garantías fundamentales en el ámbito de su actuar, “ámbito donde más se pueden vulnerar esos derechos y garantías.”<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 187.

<sup>134</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 189.

Dentro del sistema actual, y en atención a lo dispuesto en el artículo 83 CPP, los agentes policiales están facultados para realizar actuaciones sin orden previa del fiscal, cumpliendo una serie de deberes establecidos por ley, tales como el deber de informar posteriormente al Ministerio Público; asimismo, existen otras actuaciones, en que la policía tiene la capacidad de actuar sin orden judicial ni previa instrucción del fiscal. Además, se introdujeron aquellas diligencias y actuaciones de investigación que sólo se pueden realizar previa autorización y resolución judicial, cuando “priven, restrinjan o perturben el ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura, no sólo al imputado, sino a todas aquellas personas que pueden intervenir en el proceso penal”.<sup>135</sup>

Independiente de cuáles sean las posibilidades frente a las cuales se encuentre el agente, existe un riesgo inminente de que, al momento de obtener el elemento de prueba que servirá de sustento a la acusación en el proceso, se haga con inobservancia de garantías fundamentales. En este sentido, nuestro sistema jurídico ha previsto la posibilidad de que se excluya aquella prueba, por ser considerada ilícita, de manera que prime el resguardo de garantías por sobre el objetivo de persecución y búsqueda de la verdad del agente, pues, “[n]o es cierto que el sistema acusatorio sea suficiente garantía para contener los excesos o el abuso policial. Es verdad que a través de las exclusiones probatorias se puede controlar el ingreso al proceso de la prueba obtenida en forma ilegítima; pero no impide las afecciones a los derechos fundamentales producidas por el ejercicio arbitrario o ilegítimo de las autoridades policiales, al margen del procedimiento y sin control administrativo ni jurisdiccional ex post facto.”<sup>136</sup>

A pesar de su existencia y relevancia, la figura de la prueba ilícita se encuentra regulada en el artículo 276 CPP de una forma más bien imprecisa e incluso vaga, ya que le entrega finalmente al Juez de Garantía, al momento de analizar su admisión, amplia discrecionalidad para interpretar su alcance y extensión. Esto produce que se deje en manos del juez la evaluación de una serie de consideraciones que determinen en qué casos habrá o no presencia de prueba ilícita, y los efectos a los que se extiende la misma, entre éstos, o más bien como cortapisa o freno a éstos, el de la buena fe del agente policial.

Al respecto, nuestra Corte Suprema ha reconocido en una serie de sentencias a la buena fe como excepción a la exclusión de la prueba ilícita. Esto no se ha mantenido como un criterio uniforme a lo largo de los años, sino que ha oscilado en la aplicación de una serie de razonamientos diferentes en atención a las circunstancias del caso específico. En la mayoría de las sentencias que se procederán a revisar, es posible vislumbrar que el error de la actuación no se encuentra en alguien distinto al mismo agente policial que actuaría de buena fe.

De esta forma, es importante dejar en claro que el alcance con el que nuestro Máximo Tribunal ha reconocido esta figura ha sido radicalmente diferente a aquel que se ha acuñado en el ordenamiento norteamericano. Así, el fundamento de admitirla no reside en la confianza razonable que tiene el agente policial al momento de acatar una orden emanada de un juez que actúa por error y sin estar habilitado para ello, sino que se extiende a actuaciones distintas y circunstancias distintas, como se verá.

Esta concepción amplia y laxa no ha estado exenta de problemas al momento de definir y determinar cuál es la conceptualización de buena fe que existe en nuestro

---

<sup>135</sup> CAROCCA (2005) p. 135.

<sup>136</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo I, p. 596.

ordenamiento jurídico, y cómo ésta se condice con los principios en los cuales se basa todo el régimen de prueba ilícita y su exclusión.

A continuación, se expondrán y analizarán críticamente algunos de los criterios utilizados por nuestra Corte al momento de aplicar esta excepción, de manera que se vislumbre la amplitud del concepto y su respectiva desnaturalización.

## 1. LA CONFIANZA RAZONABLE COMO CRITERIO DE ADMISIÓN DE LA BUENA FE

Es preciso recordar que la jurisprudencia y doctrina norteamericana ha desarrollado el concepto de la buena fe en el agente policial como una excepción que se aplica de forma restringida al momento de determinar si una prueba puede ser considerada lícita en amparo de la actuación del policía o, si no, si puede impedir la exclusión de los efectos producidos por esa ilicitud. De esta forma, la buena fe en el ordenamiento estadounidense se aplica únicamente cuando el error proviene de la autoridad judicial, para los casos en que ésta, en pos de sus facultades, dicta por error, una orden o autorización de ingreso y registro sin cumplir con los presupuestos fácticos necesarios que la ley exige. Es decir, el origen del vicio se encuentra en el juez mismo, de modo que el agente policial, en base a una confianza razonable respecto de los conocimientos técnicos que éste goza, decide acatar la orden en la seguridad que se ha dictado de forma correcta.<sup>137</sup>

Cabe resalta que la doctrina norteamericana reduce su aplicación únicamente a aquellos casos en que el juez se encuentre de buena fe, excluyendo toda posibilidad de que se aplique esta excepción cuando el juez dicte una orden deliberadamente improcedente. Esto debido a que se sustenta en el principio de la disuasión para justificar la exclusión de la prueba ilícita dentro de un proceso penal, por tanto, en los casos en que se aplique la excepción de buena fe, no existiría la necesidad de disuadir al juez que ha expedido la orden improcedente, ya que éste ha actuado de forma errónea y no dolosa. En otras palabras, si es que los efectos de esta excepción se expandieran a aquellos casos en que el juez esté de mala fe, el rechazo a la exclusión de la prueba obtenida a raíz del actuar judicial no podría fundarse en razones de necesidad y proporcionalidad respecto al principio de disuasión, ya que el costo producido al vulnerar las garantías del imputado sería mayor a los beneficios obtenidos al incorporar una prueba que desde su origen arrastraba el carácter de dolosa.

Este concepto restringido ha sido recogido por nuestra Corte Suprema, tal como ocurrió en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TRONCOSO* (2018) en donde se impugna mediante recurso de nulidad presentado por la defensa, la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto que condenó a un hombre por el delito de tráfico ilícito de drogas. El recurso argumenta que, si bien el Juzgado de Garantía autorizó la entrada y registro de los agentes policiales a ciertos domicilios investigados en la causa, no se autorizó el acceso a la bodega anexa a uno de ellos, en donde personal policial encontró la droga incautada.

Por tanto, la discusión de la etapa probatoria giró en torno a si efectivamente los agentes policiales se encontraban o no facultados para hacer ingreso a la bodega, ya que se

---

<sup>137</sup> Nota: *HERRING V. UNITED STATES*, (2009), aplica la lógica del precedente de la Corte sobre la excepción de buena fe al requisito de la orden judicial, pero permite por primera vez que el personal policial sea la fuente de la deficiencia de la orden.

cuestionaba el carácter de “dependencia” que ésta guardaba respecto del inmueble principal. En la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral se dispuso que, “incluso en caso de estimarse que la aludida bodega no formaba parte, por accesión, del departamento 12 en cuestión, concurre una de las excepciones de la prueba ilícita, a saber, la buena fe, toda vez que la calificación o no de tal –inmueble por accesión- de la mencionada bodega constituye una cuestión de índole estrictamente jurídica, de modo que el personal policial carecía de razones para no proceder a su entrada, registro e incautación.” De este modo, el Tribunal reconoce que, a pesar de que el ingreso pudiese considerarse ilícito, los efectos que se producen de éste, es decir, el hallazgo de la droga, se encuentra cubierto por la buena fe de los agentes policiales que realizan el ingreso, ya que a éste no le compete –y escapa de su esfera de conocimiento– la calificación que jurídicamente se hace de dependencia o domicilio.

Al resolver el recurso presentado, la Corte Suprema señaló que la prueba obtenida tenía el carácter de lícita, al igual que la actuación de ingreso y registro efectuada por los agentes policiales, en atención a que, como señala el considerando sexto de la sentencia, el acceso a la bodega forma parte de los “antecedentes que formaron parte de aquellos que fueron el sustento de la solicitud de entrada y registro al órgano jurisdiccional y, por ende, no podía sino entenderse por los policías que ejecutan la orden, que el magistrado consideraba ese recinto adyacente como parte del domicilio respecto del cual se autorizaba la diligencia (...) no resultando razonable entonces esperar que ellos entendieran o supusieran que el magistrado había excluido de la autorización precisamente el lugar donde quien es observado realizando transacciones de droga mantiene oculta la misma durante el ínterin de dicha actividad, todo lo cual evidencia el actuar de buena fe de los policías”.

El razonamiento que ha seguido la Corte tiene estrecha relación con el concepto de buena fe acuñado por la jurisprudencia norteamericana. El error de precisión se encuentra en el juez, al no señalar que el ingreso al domicilio no sólo comprendía al inmueble principal, sino que también a aquellos que se encontraran contiguos, de modo que al dictar la orden de ingreso y registro, el agente policial confía que el magistrado ha contemplado dentro de la autorización el acceso a todo el recinto, en especial a la bodega, en donde existían indicios de ser el lugar de almacenamiento de la droga.

Esta sentencia cumple con los rasgos propios del concepto de buena fe original, ya que la exclusión de la ilicitud de la actuación policial se justifica en la existencia de una confianza razonable del agente en la decisión del magistrado, en el caso de una orden de ingreso y registro que carecía de presupuestos o de suficiente claridad.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que esta institución ha sido tomada de Estados Unidos, para aplicarse e introducirse en nuestro país, un ordenamiento jurídico radicalmente distinto. Esto, como se procederá a explicar más adelante, ha traído una serie de problemas al momento de fundamentar su existencia y justificar su aplicación, especialmente si se considera que, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, nuestro país se basa en el principio de integridad judicial para poder justificar la exclusión de la prueba ilícita.

## 2. ADMISIÓN DE LA BUENA FE EN ATENCIÓN A LA EXISTENCIA DE INDICIOS PREVIOS

Como ha sido sostenido anteriormente, nuestro Tribunal Supremo ha ampliado el concepto de la buena fe como excepción a la exclusión de prueba, y lo ha acuñado para

casos en donde el error radica en el agente policial mismo, y no en la autoridad que lo habilita a actuar. Existen una serie de sentencias que se remiten al concepto de la buena fe policial cuando el agente comete un error en el ámbito de las actuaciones autónomas del artículo 83 CPP, amparándose en la convicción personal de que cumplía con los requisitos legales para ello. Así, la Corte ha rechazado la exclusión de prueba, cuando se deriva de un actuar policial que, si bien puede ser considerado defectuoso, responde a una convicción personal del agente de estar obrando habilitado por ley para hacerlo. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en causas que cuestionan la legitimidad de una detención por flagrancia.

Ahora bien, esta aplicación de la buena fe merece un análisis particular, ya que se trata de actuaciones autónomas del agente, las cuales gozan de un carácter excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico debido al riesgo que implica una posible vulneración de garantías fundamentales. De esta forma, pareciera que no basta para evitar la exclusión de la prueba considerada ilícita, la mera convicción personal del policía, sino que se requiere de algún fundado motivo que llevó al policía a actuar de forma errónea, y a realizar una actuación sin haber estado habilitado.

La Corte ha considerado que, junto con la convicción y el actuar de buena fe del agente policial, se hace necesario que existan una serie de indicios suficientes que conlleven a concluir que, en base a estos, el policía no podría haber actuado de una manera diferente a la que lo hizo. Es decir, en el caso particular existieron una serie de indicios que llevaron a la conclusión unívoca de que el agente policial se encontraba – erróneamente – dentro de los presupuestos fácticos para actuar de forma autónoma.

Esta exigencia de indicios guarda una especial relevancia en la aplicación de la excepción de buena fe, ya que, de no existir éstos y de seguirse el criterio de la Corte Suprema respecto a la convicción personal del agente policial, nunca se excluiría la prueba ilícita obtenida en este tipo de casos, pues siempre habría que estarse a la creencia personal del policía. De esta forma, al momento de cuestionar la procedencia de una actuación autónoma –y todo aquello que se derive de ésta– será imprescindible que no sólo se atienda a la creencia de haber actuado de buena fe, ya que esto siempre podrá ser alegado por el agente, sino a la existencia de mayores antecedentes que lo avalen.

Así ocurre en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL (2019)*, que resuelve un recurso de nulidad presentado por la defensa, en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, que condenó al acusado por los delitos de tenencia ilegal de arma de fuego y tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga cometidos en diciembre de 2016. En el recurso se alega la vulneración de las garantías del debido proceso y el derecho del imputado a guardar silencio.

Dentro de los hechos se destaca que el personal de la Brigada de Narcóticos de Rancagua se encontraba ejecutando decretos de detención emanados de los tribunales de justicia, cuando al dirigirse a uno de los domicilios indicados en la orden, ven al acusado en el umbral de su departamento con las puertas abiertas completamente. Al ver a los agentes policiales, el hombre huyó al interior del inmueble, lo que hizo que el personal policial pensara que se trataba de la persona buscada. A raíz de esto, salen a su persecución y lo detienen, momento en que ingresan al interior del domicilio y encuentran pequeñas cantidades de marihuana, pasta base y cocaína.

La discusión gira en torno a la licitud por un lado, de la actuación policial al momento de ingresar al domicilio sin una orden que lo autorizara, y por otro, del hallazgo de la droga, que se constituyen como elementos de prueba esenciales para la condena del acusado. A raíz de esto, la Corte señaló en su considerando cuarto que “la sentencia tiene

por acreditado que los policías incurrían en un error que se explica y justifica por las circunstancias arriba reseñadas, lo que importa, asimismo, que actuaron de buena fe, esto es, creyendo que al así obrar daban estricto cumplimiento a una orden judicial”.

La Corte rechaza el recurso de nulidad interpuesto, en atención a que, si bien existió un error en el fuero interno de los agentes policiales al pensar que se trataba de la persona que debían detener, este error se justifica en la presencia de indicios y circunstancias que llevaron a que en los agentes se formara una convicción personal de estar actuando conforme a derecho, pese a no hacerlo. De esta forma, aun cuando pueda señalarse que la actuación fue efectivamente ilícita, se reconoce la buena fe como excepción a la exclusión de los efectos de esa ilicitud, en atención a las circunstancias del hecho que llevaron al cuerpo policial a caer en un error justificado.

El mismo razonamiento se aplica en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CATALÁN* (2013), que resolvió un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, en virtud de la cual se condenó por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga. En el arbitrio se alega la afectación del derecho a la inviolabilidad del hogar y el derecho a la intimidad.

Respecto de los hechos de la causa, existió una denuncia anónima a Carabineros que indicaba que el acusado se encontraba traficando droga. A raíz de esto, la policía se posiciona fuera del domicilio indicado, momento en el cual los agentes ven cómo se lleva a cabo una transacción sospechosa entre el acusado y otra persona, a quien deciden seguir y fiscalizar, encontrando en su poder una pequeña cantidad de cocaína. Posterior a este hecho, los agentes policiales vuelven al domicilio del acusado y entran para poder registrar el inmueble, en donde hallan una mayor cantidad de sustancias ilícitas.

El razonamiento de la Corte se basa en que en el caso existieron tres indicios importantes que permitieron a los agentes policiales proceder al ingreso del inmueble sin orden previa, bajo la convicción de que en éste se estaría llevando a cabo conductas delictivas. Estos se refieren a la denuncia anónima recibida, la prueba visual del intercambio y la incautación de la cantidad de droga encontrada en posesión de la persona fiscalizada. La Corte señaló que “[e]stos elementos, si bien no resultan en extremo categóricos como fuera deseable en el proceder regular de las policías, permiten asegurar que se verificaron condiciones que, en una actuación de buena fe de los funcionarios, pueden entenderse como evidencia de la flagrancia que les autorizaba el acceso al domicilio del sujeto investigado”.

Así, se aplica la buena fe del agente policial aun cuando se reconoce que el proceder no fue el que regularmente correspondería, de modo que con esta excepción se busca evitar que se excluyan los efectos que se derivan de esa ilicitud o irregularidad, que es precisamente, la droga encontrada.

Asimismo ocurre en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SUÁREZ* (2018) que resuelve un recurso de nulidad presentado por la defensa, que impugna la sentencia definitiva del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en virtud de la cual se condenó a dos personas por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. En el recurso se alega la afectación del debido proceso, el derecho a la integridad física y síquica, y el derecho a la libertad personal.

Los hechos del caso refieren a que el año 2017, mientras Carabineros se encontraba realizando un patrullaje por la zona, se percató que un vehículo iba a exceso de velocidad, por lo que procedió a su persecución. Tras reiterados llamados en altavoz para que se detuviera, Carabineros intercepta el automóvil, momento en el cual se percatan que tanto el

conductor como el copiloto deciden darse a la fuga. A raíz de esto, Carabineros sale a su persecución y los detiene para realizar un control de identidad y registro del auto, dentro del estacionamiento de un edificio, cuya reja se encontraba abierta.

Al discutir respecto de la validez de las actuaciones realizadas por los agentes policiales, la Corte argumentó que entrar en el estacionamiento con el portón abierto y realizar el control de identidad en el lugar, además de detener a los sujetos que intentaron darse a la fuga, “no constituye una vulneración a los derechos y garantías constitucionales de relevancia si se mira al interés social prevalente que impone al cuerpo policial hacer cumplir y perseguir toda infracción a la ley, desprendiéndose además del actuar policial un proceder inspirado en la buena fe, entendida esta como la percepción personal de estar obrando en ejercicio de un legítimo mandato legal.”

En atención a esto, el criterio aplicado por la Corte para admitir la buena fe como excepción pareciera ampliarse en demasía. Además de la presencia de una serie de indicios que llevaron a los agentes a actuar en la convicción de estar dentro del marco de lo lícito, existe un fundamento que recae en el interés social que envuelve el actuar policial. Este interés social por la persecución de toda infracción a la ley, reviste una relevancia tal al momento de analizar la ilicitud de la actuación, que prevalece por sobre un actuar defectuoso e incluso vulneratorio por parte del agente.

Ahora bien, si se sostiene que la Corte Suprema acepta la buena fe por un error propio del policía, que no se origina o basa en la confianza en la actuación del juez –o, como se verá más adelante, del fiscal– esta concepción debiera limitarse únicamente a errores sobre cuestiones de hecho, en contraposición de errores de derecho, como casos en que el agente crea que la ley autoriza ciertas actuaciones cuando en realidad no lo hace. Esto sólo puede acarrear un mayor riesgo de que los agentes policiales vulneren aquellas garantías que nuestro ordenamiento intenta proteger, de modo que si este tipo de error estuviese cubierto por la excepción de buena fe, se permitirían grandes vulneraciones que, ni aun existiendo indicios conducentes y unívocos en el caso concreto, debiesen aceptarse. Es por eso que, pareciera ser necesario restringir su aplicación únicamente a errores de hecho que se encuentren suficientemente justificados por las circunstancias.

Por otra parte, es necesario que al resolver casos relacionados con las facultades autónomas del agente policial se atienda no sólo a la existencia de indicios conducentes a afirmar la buena fe del policía, sino también a la razonabilidad misma de su actuación. Un razonamiento de ese estilo se sigue en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA G.O.T.M.* (2016), que acoge el recurso de nulidad presentado por la defensa en contra de la resolución dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, desestimando lo resuelto por éste.

Los hechos en los que se basó la sentencia refieren a una llamada anónima, en donde se denuncia que hay un menor en la calle portando un arma y disparando al aire. Al momento en que personal de policía llegan al lugar, encuentran a una persona que calzaba en sexo, edad y forma de vestir con la descripción de la llamada, pero sin nada en las manos, sólo cargando un bolso. Producto de la gravedad y el riesgo del hecho denunciado, proceden a realizarle un control de identidad, encontrando dentro del bolso, dos fierros y cartuchos, lo que hicieron presumir a los agentes policiales que se encontraban frente a un delito flagrante de tenencia y posesión de municiones.

La discusión del caso giró en torno a si existía la suficiente cantidad de indicios para proceder a controlar la identidad del menor. El Tribunal de Juicio Oral resolvió señalando que “una eventual revisión de mérito posterior debe centrarse en determinar si era razonable y legítimo que los agentes de policía, de buena fe, apreciaran la existencia de

indicios de que se hubiere cometido delito o intentado cometer un crimen, simple delito o falta.” A juicio de ese Tribunal, el hecho de que la descripción entregada por la llamada telefónica coincidiera con el aspecto del sujeto controlado, fue indicio suficiente para que, dada la gravedad y el riesgo del delito, agentes policiales procedieran a realizar un control preventivo, en ejercicio y cumplimiento de un mandato legal.

La Corte Suprema, en cambio, rechazó esta interpretación amplia y extensiva respecto de la existencia de indicios, señalando que la coincidencia en la edad, sexo y vestimentas no constituían ningún factor de sospecha, sino que eran constitutivos de una conducta perfectamente normal y tolerable. Así, sostuvo que “por no haber constatado indicios de la comisión de un delito ni haberse verificado alguna otra situación que permitiera el actuar autónomo de la policía, ocurre que ésta se desempeñó fuera de su marco legal y de sus competencias, vulnerando el derecho del imputado a un procedimiento justo y racional que debía desarrollarse con apego irrestricto a todos los derechos y las garantías constitucionales que le reconoce el legislador.” De esta forma, independiente de si existe o no buena fe en el agente policial, no hay por su parte, un actuar razonable, por lo que se da preferencia al respeto de las garantías del acusado, y al cumplimiento de las normas que regulan la forma de proceder del agente policial.

### 3. INEXISTENCIA DE ERROR EN EL AGENTE POLICIAL TRATADO COMO BUENA FE

Existe un importante número de sentencias, en que la Corte utiliza la excepción de buena fe para evitar la exclusión de la declaración prestada por el imputado, cuando ésta se ha llevado a cabo en circunstancias que revisten –a primera vista– el carácter de ilícito. Esto ocurre cuando el imputado confiesa o entrega el objeto ilícito de *motu proprio*, sin intervención de ningún tipo por parte del agente policial.

Si bien a simple vista pareciera ser que el agente policial actúa vulnerando garantías sustanciales dentro del proceso, tales como el derecho a guardar silencio y no autoincrimarse, lo cierto es que en estos casos no es posible observar un error cometido de buena fe por el agente. Esto porque no se cumplen con los supuestos básicos de la excepción de buena fe: no se ha realizado por parte del policía un ilícito creyendo éste que obraba lícitamente.

A continuación, se procederá a exponer una serie de sentencias que comparten ese denominador común, sin embargo es importante recalcar que, una vez más, nuestra Corte expande indebidamente el concepto de buena fe incluso a casos en que no es procedente aplicarla, en cuanto no se dan los supuestos propios de la esencia de esta figura.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ARÉVALO* (2013), resolvió un recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva que condenó por el delito de violación con homicidio. En este procedimiento, durante la etapa de investigación, se trasladó al imputado a las dependencias de un cuartel policial para ser interrogado por Carabineros en calidad de testigo. Dado que todavía no se sabía su participación en el delito, al prestar declaración no le fueron informados su derecho a guardar silencio y ser asistido por un abogado defensor. Luego de horas declarando, finalmente el imputado confesó haber sido el autor de la muerte de la víctima, siendo trasladado posteriormente al lugar en donde indicó que enterró al cadáver.

La Corte Suprema señaló en su considerando sexto que si bien la conducta desplegada por los policías sin autorización del fiscal sería efectivamente ilícita, dicha

conclusión sería “excesiva”, pues “desatiende el origen de la indagación”<sup>138</sup>. Esto porque al momento de iniciar el interrogatorio, el agente policial no tenía manera de saber o sospechar que la persona a la que interrogaba como testigo, terminaría siendo finalmente el autor del delito investigado, de manera que su confesión sorprende al agente que actuaba de buena fe, sin poder anticiparse a cumplir su obligación de dar a conocer las garantías del imputado.

El mismo razonamiento se emplea en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ALEGRÍA* (2019), la cual resuelve varios recursos de nulidad interpuestos en contra de la sentencia definitiva del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, en virtud de la cual se condenó a más de ocho imputados por los delitos de homicidio calificado, asociación ilícita, tráfico de estupefacientes, tenencia de arma prohibida, tenencia ilegal de arma de fuego y tenencia ilegal de cartuchos y municiones.

Dos de los recursos presentados alegaban una infracción al derecho a un procedimiento racional y justo, a guardar silencio y a ser asesorado por un abogado desde el inicio del procedimiento. Esto en base a que, con posterioridad a que Carabineros ingresara y registrara un domicilio, dos de los condenados indicaron de forma intempestiva y sorpresiva dónde se encontraban enterradas las armas y las drogas objeto de los delitos de tráfico de drogas y tenencia ilegal de armas.

A juicio de la Corte, “el personal policial que tomó conocimiento de los dichos de los acusados Girón y Rodríguez, procedieron de buena fe, viéndose sorprendidos por las revelaciones efectuadas por Rodríguez Riascos al dar cuenta -libre, espontánea, y voluntariamente- del lugar en que se encontraban los elementos descritos, y de informar cuál era su habitación en el caso de Girón Valencia, circunstancias que liberaban en ese momento a los agentes policiales de dar lectura a sus derechos, por cuanto se trata de una excepción a la regla de exclusión de prueba ilícita”. De esta forma, se reconoce que, ante las declaraciones intempestivas efectuadas por los acusados, los agentes policiales no pudieron anticiparse e informar sobre los derechos y garantías que ambos tenían, de modo que la buena fe de los agentes al recibir esta información, evita que se excluya la ilicitud de su actuación.

Siguiendo la misma línea, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANHUEZA* (2007), resolvió un recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, que condenó al acusado como autor del delito de tráfico ilícito de droga en pequeñas cantidades.

En el contexto de una investigación por delito de tráfico, el acusado se habría negado a un control de identidad, a raíz de lo cual fue llevado al cuartel policial. Al llegar a estas dependencias, el acusado habría arrojado frente a un funcionario de Carabineros una bolsa que contenía una pequeña cantidad de marihuana, acción en virtud de la cual se le detuvo por flagrancia.

La defensa reclamó la infracción al derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, además de ilegalidad del control de identidad y todo lo que posteriormente derivó de éste. La Corte, en cambio, reconoció que “pareciera existir actuación de buena fe por parte de los funcionarios aprehensores, y la flagrancia que motivó la actuación siguiente de la policía, cuando el acusado, en un acto voluntario, se desprendió de la droga que portaba y la arrojó en presencia de una funcionaria de Carabineros que actuó facultada por la ley procesal vigente y cuyo testimonio”. De este modo vuelve a aplicarse por la Corte la

---

<sup>138</sup> CORREA (2018) p. 35.

buena fe del agente policial como excepción a la exclusión de prueba, derivada de actuaciones potencialmente ilícitas, por cuanto es el acusado quien, de forma sorpresiva y espontánea, decide llevar a cabo actuaciones de carácter auto incriminatorias, sin que el agente policial pueda anticiparse.

La aplicación de la buena fe en estos casos no hace más que vislumbrar una desnaturalización de la institución, y su incompatibilidad con los principios que fundan nuestro ordenamiento jurídico y el régimen de la exclusión probatoria, como procederá a exponerse más adelante.

#### 4. BÚSQUEDA DE OTROS CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA BUENA FE

La tendencia de excluir la ilicitud de la actuación del agente policial, y aquella prueba que derive de ésta ha sido recogida en una serie de sentencias que se fundan en el principio de integridad judicial, en pos de la protección de las garantías de las personas. Sin embargo, como también fue expuesto, la regla de exclusión no goza de un carácter absoluto, sino que existirán situaciones en que deberán hacerse excepciones.

Para esto y en adición a lo ya sostenido anteriormente, se ha intentado definir algunos criterios que tengan un carácter más objetivo, en base a los cuales es posible fundamentar el rechazo a excluir una prueba derivada de otra ilícita, o a excluir la ilicitud de la prueba propiamente tal. Esto se reconoce, por ejemplo, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA PÉREZ* (2010), en donde para hacer aplicable la excepción de buena fe en el agente policial, se procede a considerar la gravedad de la infracción y del delito cometido, además de la necesaria protección del interés social por perseguir las infracciones de ley.

En dicha causa se resolvió un recurso de nulidad presentado por la defensa en contra de la sentencia definitiva dictada por el mismo Tribunal del caso anterior, que condenó a dos mujeres por el delito de tráfico ilícito de drogas. Se alegó la existencia de un agente policial encubierto que, previo a la autorización para poder actuar como tal, realizó actuaciones que podrían calificarse de ilegales al contactarse con una de las acusadas para coordinar la adquisición de droga. El foco de la discusión se centra en la licitud de la prueba que se obtuvo, posterior a que el agente obtuviese la autorización para actuar como agente encubierto.

El razonamiento empleado por el Tribunal Oral señala que “es evidente que la actuación del funcionario policial puede tener reparos, pero se debe atender a la gravedad de la infracción en la actuación, la gravedad del delito, si existe una violación a la dignidad humana u otra violación grave a los derechos fundamentales”. De este modo, a pesar de existir un actuar cuestionable por parte del agente policial, quien no se encontraba autorizado para realizar las gestiones propias de agente encubridor, el Tribunal sostiene que “no cualquier error por parte del funcionario implica privar de eficacia probatoria a los medios de prueba obtenidos por éste, ya que es evidente que entran en tensión objetivos estatales, como es la persecución eficaz de los delitos y la protección efectiva de los derechos humanos”. El mismo Tribunal se encarga de definir algunos criterios importantes al momento de relativizar la regla de exclusión probatoria, en el entendido que en estos casos existe un choque entre la búsqueda de la verdad en el proceso, y el resguardo de las garantías fundamentales.

Al momento de confirmar lo dispuesto por la sentencia del Tribunal, la Corte sostuvo que “las reglas de exclusión de pruebas no se aplican en forma absoluta y

reconocen varios límites, asentados en criterios desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América”, de manera que es procedente refugiarse en la buena fe del agente y su convicción de encontrarse en cumplimiento de un mandato legal de perseguir una infracción de ley que reviste de cierto carácter.

Ahora bien, a nuestro juicio parece reprochable justificar la aplicación de la excepción de buena fe del agente policial en criterios tales como la gravedad de la infracción o del delito cometido. Esto porque, como se expondrá más adelante, contradice toda la lógica sobre la cual se construye el régimen de exclusión probatoria, que remite al principio de integridad judicial, el cual busca anteponer la protección de las garantías fundamentales de las personas durante el proceso.

## 5. LA EXCEPCIÓN DE BUENA FE BAJO LA ÓPTICA DEL FUNDAMENTO DE LA INTEGRIDAD JUDICIAL

Nuestro régimen de exclusión probatoria se basa, según lo sostenido por la mayoría de la doctrina nacional, en el principio de la integridad judicial. Esto implica que, lo que se busca mediante la sanción de la exclusión de la prueba es hacer primar el respeto de las garantías fundamentales de los intervinientes, y el cumplimiento de aquellas normas que establecen y fijan “las reglas del juego”, al momento de que el Estado actúe e intervenga por medio de sus órganos. A fin de cuentas, las exigencias de basar nuestro sistema en la integridad judicial implican no relativizar la protección que se le otorga a las garantías fundamentales, y hacerla depender de la convicción interna del agente que genera esa situación de afectación. Es decir, la creencia del policía no puede ser un criterio en el que se base el tribunal para poder aplicar la excepción, porque si así fuese, ninguna prueba considerada potencial o actualmente ilícita podría excluirse.

Es menester entender que la figura de la buena fe es un concepto foráneo que, al ser introducida en nuestro ordenamiento se desnaturalizó, cambiando radicalmente el concepto original. Y lo cierto es que, aun si su concepción original se hubiere mantenido, ésta sería inaplicable en Chile, ya que el sistema norteamericano funciona sobre el criterio de disuasión. De esta forma, en Estado Unidos la exclusión probatoria busca disuadir al agente que cometió esa inobservancia a las garantías fundamentales de volver a realizar aquella actuación, imponiendo esta sanción procesal. En Chile, en cambio, existen otros mecanismos para lograr disuadir al agente policial o judicial de actuar de manera ilegítima, debido a que el enfoque principal se encuentra en el resguardo de las garantías.

Así, aun cuando *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA H.L.S.P.* (2010), acoge el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, que condenó por el delito de parricidio, ésta ampara un voto disidente que se vuelve relevante analizar.

El magistrado disidente señala que “en cuanto a la posibilidad de invocar buena fe para aceptar las pruebas obtenida de manera ilícita, no resulta pertinente tal consideración ya que las circunstancias de haber sido trasladado el imputado, luego de su detención a diversos recintos configura la circunstancia vulneratoria en tres ocasiones de la garantía constitucional respectiva, como asimismo el punto de la vulneración de la garantía de la inviolabilidad del domicilio también aparece previsto como una maquinación tendiente a sacarlo del lugar, de tal manera que se obtiene el ingreso a su domicilio de forma ilícita.”

Este razonamiento gira en torno a la idea de que existen casos en que la buena fe no será suficiente para legitimar actuaciones realizadas por agentes policiales que se desarrollen en desconocimiento de la ilicitud o en creencia errónea de estar amparados por el derecho, cuando en realidad se está vulnerando garantías fundamentales protegidas por nuestro ordenamiento. En el caso, el peso y la gravedad que tienen las actuaciones llevan a que el magistrado rechace la buena fe como justificación de un actuar ilícito, dirigiendo de cierta forma el fundamento al resguardo y protección de las reglas del proceso.

Las consecuencias de acuñar un concepto amplio de buena fe, y expandirlo al ámbito y fuero interno del agente policial conllevan relativizar la protección de las garantías fundamentales de los intervinientes. Sumado a esto, implican la inexistencia de un mecanismo –como lo es la exclusión probatoria– que sancione la inobservancia de garantías, y que de cierta forma sanee los perniciosos y dañinos efectos que conllevó la obtención de esa prueba considerada ilícita.

Resulta interesante analizar *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SEPÚLVEDA* (2016), que guarda un carácter especial y particular, dictada el 2 de junio de 2016 por la Corte Suprema. Ésta acoge un recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de los Ángeles, mediante la cual se condenó por el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga.

Los hechos del caso refieren que mediante un agente revelador autorizado debidamente, se dio información al agente policial de que la acusada estaba realizando transacciones de droga. A raíz de esto, el Ministerio Público dicta una instrucción de entrada y registro del domicilio, la cual no es registrada por el fiscal de turno, pero sí en el parte por los agentes policiales que realizan la actuación. En este caso, se discute la validez del ingreso y el registro a un domicilio efectuado por Carabineros, ya que se alega que el Ministerio Público no realizó todas las diligencias necesarias para hacer efectiva esta autorización impartida al cuerpo policial.

El Tribunal de Juicio Oral argumentó que “la omisión posterior del ente persecutor no invalida una diligencia correctamente autorizada y realizada, porque es un acto independiente de la labor policial, que, en todo caso, sí cumplió con el deber de registro”. De este modo, se reconoce que los agentes policiales se encontraban de buena fe, y actuaron en plena convicción de la validez de la instrucción dictada por el Ministerio Público, por lo que es posible evitar la exclusión de la prueba que se derivó del ingreso y registro al domicilio de la mujer, objeto del delito.

Sin embargo, la Corte Suprema, para acoger el recurso y contravenir lo dispuesto por el Tribunal, sostuvo que “la sustancialidad de dicho descuido viene dada porque no se han cumplido las formalidades previstas en la ley para justificar la existencia de dicha autorización y que, como se ha explicado, en este caso particular no pueden ser reemplazadas por las emanadas de los propios policías”. Esto porque el Ministerio Público tiene un mandato legal en el artículo 227 CPP de dejar constancia de las actuaciones que se realizaren, con especial atención de aquellas que restringen o limiten derechos fundamentales. De esta forma, carece de sentido que no se excluya la prueba obtenida de forma ilícita amparándose en la buena fe del agente policial, ya que para justificar esa actuación existe como antecedente previo una instrucción que no puede considerarse válida.

Lo interesante de esta sentencia es que trata el tema de la confianza razonable del agente policial respecto de aquella autoridad que da la orden, pero en este caso la orden no proviene del juez, sino que del Ministerio Público. Sin duda esto escapa de la concepción norteamericana original y se conforma como un factor adicional que ha utilizado la Corte

para ampliar el alcance y aplicación de la excepción de la buena fe. Sin embargo, en atención a esto, es importante señalar que el fiscal que imparte la orden debe encontrarse de buena fe, de modo que no se dé pie para que, mediante órdenes ilegítimas, se instrumentalice al agente policial que actúa bajo su poder de dirección, para obtener pruebas que pueden ser consideradas como ilícitas.

## 6. COMENTARIOS FINALES

El sistema procesal penal actual tiene como principal fin la obtención de la verdad procesal, mediante el resguardo de las garantías fundamentales de todos los intervinientes. De este modo, la ley introduce mecanismos para el resguardo y protección de estas garantías, entendidas en su sentido amplio. Uno de estos mecanismos es la sanción de la exclusión de prueba ilícita, la cual es declarada previo al juicio oral por el Juez de Garantía.

Ahora bien, la doctrina norteamericana ha acuñado una serie de excepciones a la exclusión de prueba, las cuales han sido introducidas en nuestro ordenamiento jurídicos, e interpretadas por la Corte Suprema al resolver aquellos recursos de nulidad interpuestos en contra de sentencias definitivas o juicios orales. Una de las excepciones utilizadas en Chile es la de la buena fe en el agente policial, la cual ha sido conceptualizada de una manera radicalmente distinta a como originalmente fue concebida en Estados Unidos. Mediante el análisis de algunas sentencias dictadas por nuestra Corte, es posible concluir que hoy en día en la jurisprudencia existe una conceptualización de la buena fe más amplia y ambigua que su concepción inicial. Esto por varias razones:

En primer lugar, porque la Corte ha aplicado esta figura cuando el error inicial no sólo se encuentra en el juez que dicta la orden, sino que también es ampliable al error cometido por el propio agente, o, incluso por el Ministerio Público.

En segundo lugar, esta excepción no sólo rige para casos en que la actuación del agente recae en el ingreso y registro de un lugar cerrado, sino que se extiende a otras facultades, tales como la realización de un control de identidad o recibir una declaración del imputado. Esto se vuelve relevante en especial en los casos en que se discute la validez de las actuaciones efectuadas de forma autónoma por el agente policial, en donde la Corte ha considerado que, en atención a ciertos indicios que se desprenden de las circunstancias específicas del caso, es posible justificar el actuar vulneratorio del agente policial.

En tercer lugar, los criterios utilizados para justificar la procedencia de la buena fe, ya no se fundamentan únicamente en la existencia de una confianza razonable por parte del agente policial hacia la autoridad, sino que, al aceptar que el error puede originarse también en el mismo agente, se acepta con ello que los criterios de admisión de esta excepción se extienden. De esta forma, el agente policial deja de ser aquel que no se percató de la irregularidad de su conducta, y pasa a ser el agente que la produce y origina. A partir de este nuevo enfoque, se han aceptado como criterios la gravedad de la infracción producida o del delito cometido; el conjunto de indicios existentes en el caso que conlleva al agente policial a formarse una convicción de que su actuar se ajusta a derecho; al cumplimiento de un mandato legal; a máximas de la experiencia, entre otros criterios.

La aplicación de la buena fe ha servido como mecanismo para evitar no sólo la exclusión de la ilicitud de la prueba propiamente tal, de modo que ciertas actuaciones pasan a considerarse lícitas al mediar buena fe en el agente, sino que adicionalmente, han evitado que se excluyan los efectos que esa ilicitud produce, en atención a la teoría de los frutos del árbol envenenado. De esta forma, el amplio alcance que tiene esta excepción permite

admitir en juicio como válido tanto el actuar en donde se erradica la ilicitud, como todo aquel efecto que se derive de esa, aun cuando exista perturbación o inobservancia de las garantías fundamentales de los intervinientes en esa etapa.

Este uso reiterado y extenso de la buena fe parece ser cuestionable, sobretodo cuando se señala que el fundamento sobre el cual se basa nuestra legislación, en atención a lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución Política de la República, es el de excluir la prueba en pos de una integridad judicial. La integridad judicial debiera ser la idea rectora y el principal enfoque del tratamiento de la prueba ilícita, de modo que prime siempre la protección de las garantías fundamentales, entendidas como límite al actuar de los órganos del Estado, y base fundamental de nuestro nuevo sistema procesal penal.

Es así como, contrario a lo que se produce hoy en la práctica, debiese existir una tendencia a, en caso que sea posible, rechazar la aplicación de la buena fe para excluir la prueba considerada ilícita, debido a que no se ajusta a las lógicas sobre las cuales se basa nuestro ordenamiento y el régimen de exclusión. Esta es la postura que sostiene la mayoría de la doctrina nacional, dentro de los cuales se encuentran López, Horvitz y Hernández. Ahora bien, bajo el entendido de que erradicar la aplicación de esta figura puede ser considerada como una medida radical e ilusoria, ya que se encuentra afianzada en nuestra jurisprudencia, la Corte debiese aplicar la buena fe del agente policial en aquellos casos en que se requiera y justifique como medida urgente y de *ultima ratio*, anteponiendo siempre primero, el respeto y resguardo de las garantías fundamentales sobre las que se funda el ordenamiento jurídico, y el cumplimiento de las normas que establecen parámetros de actuación para los intervinientes y representantes del Estado.

## CAPÍTULO V

### LEGITIMIDAD Y REQUISITOS PARA INVOCAR LA ILICITUD DE LA PRUEBA EN SU FAVOR

CAROLINA HAGEMANN LOIS  
CYNTHIA RAMÍREZ CATALÁN  
JOSÉ DOMINGO GUGLIELMETTI SERRANO

#### 1. ILICITUD DE LA PRUEBA INVOCADA POR UN TERCERO NO AFECTADO DIRECTAMENTE POR LA INFRACCIÓN<sup>139</sup>

##### 1.1. DERECHO COMPARADO

La jurisprudencia de Estados Unidos ha establecido que para invocar la supresión de evidencia, el peticionario requiere tener “*standing*”, es decir, la legitimación procesal para oponerse a la presentación de pruebas obtenidas en su contra.<sup>140</sup> Ahora, para tener esta legitimación, es necesario ser el titular del derecho constitucional afectado sin que sea suficiente que la prueba obtenida le sea perjudicial. En otras palabras, “no basta simplemente con resultar favorecido por la exclusión de la prueba obtenida con infracción de la Cuarta Enmienda para poder reclamar tal exclusión, sino que además se debe haber sido la víctima de la infracción constitucional”<sup>141</sup>.

El caso principal en esta materia es *RAKAS v. ILLINOIS* (1978), en que el problema se planteó a raíz del registro ilegal de un vehículo en el que los imputados iban como pasajeros. En este caso, la Corte Suprema de EE.UU estableció que los “Fourth Amendment rights are personal rights which may not be vicariously asserted and a person aggrieved by an illegal search and seizure only through the introduction of damaging evidence secured by a search of a third person's premises or property has not had any of his Fourth Amendment rights infringed. The rule of standing to raise vicarious Fourth Amendment claims should not be extended by a so-called ‘target’ theory, whereby any criminal defendant at whom a search was ‘directed’ would have standing to contest the legality of that search and object to the admission at trial of evidence obtained as a result of the search”.

---

<sup>139</sup> Esta sección correspondiente al trabajo de Carolina Hagemann Lois

<sup>140</sup> ALCAIDE (2012) p. 129.

<sup>141</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 17.

Este fallo es importante porque constituye una superación de los criterios que sobre el *standing* en materia de registros e incautaciones ilegítimas había establecido el fallo *JONES V. UNITED STATES* (1960). En efecto, en este caso el Tribunal Supremo Federal estableció una regla de legitimación procesal bastante amplia, según la cual “anyone legitimately on premises where a search occurs may challenge its legality by way of a motion to suppress, when its fruits are proposed to be used against him”. Por tanto, “cualquier persona que se encontrara legítimamente en el lugar donde se efectúa el registro ilegítimo ha sufrido una vulneración constitucional y puede, en consecuencia, reclamar de ella”<sup>142</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema, en *RAKAS V. ILLINOIS* (1978) definió la regla de manera más precisa y restringida, al considerar insuficiente la simple circunstancia de encontrarse lícitamente en el lugar, en cambio, declara como decisivo el criterio de la legítima expectativa de intimidad en el lugar invadido. Por tanto, “solo aquellos que tienen una expectativa de intimidad en el lugar del registro tienen legitimación para objetar la constitucionalidad del mismo.”<sup>143</sup>

En Alemania, en cambio, de la fuerte orientación hacia las reglas de la casación en el tratamiento de las prohibiciones de valoración de la prueba, se desprende que sólo podrían alegarlas aquéllos que han sufrido agravio por su infracción.<sup>144</sup>

En efecto, el Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), en una construcción jurisprudencial similar al *standing* estadounidense, ha elaborado la denominada “teoría del ámbito de derechos” (*Rechtskreisstheorie*), según la cual la admisibilidad de la valoración de la prueba depende de si “la infracción afecta esencialmente la esfera de derechos del recurrente o si para él es de menor o ninguna importancia.”<sup>145</sup> Esto significa que, al amparo de esta teoría, “sería posible valorar una prueba que ha sido obtenida vulnerando un derecho fundamental de ‘A’ para condenar a ‘B’, ya que la lesión o afectación no incide en el ámbito de derechos de este último”<sup>146</sup>.

En ese sentido, “en la medida en que esta exigencia de afectación de la esfera de derechos del recurrente parece ir convirtiéndose en requisito general de la legitimación activa en la casación, bien podría entenderse integrada en la aproximación desde la casación a la prohibición de valoración de la prueba ilícita”<sup>147</sup>.

En términos muy similares se expresa la llamada “doctrina del fin de protección de la norma” (*Schutzzwecklehre*), según la cual “la exclusión de prueba no se justifica cuando la norma infringida no tiende a la protección de los derechos de determinadas personas”<sup>148</sup>. En ese sentido, es preciso considerar sobre todo el fundamento de la disposición y la pregunta sobre en interés de quién ha sido establecida.

A modo de ejemplo, “al testigo Z, quien es pariente del acusado, no se le advierte sobre su derecho a negarse a declarar, lo que plantea el problema de si esta norma únicamente sirve a la protección del testigo ante autoincriminaciones y la incriminación de parientes (por lo que no se produce ninguna prohibición de utilización de la declaración referente al acusado), o si también la norma tiene como objeto la protección del imputado

---

<sup>142</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 17.

<sup>143</sup> ALCAIDE (2012) p. 130.

<sup>144</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 41.

<sup>145</sup> AMBOS (2009) p. 25.

<sup>146</sup> HAMILTON (2008) p. 118.

<sup>147</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 41.

<sup>148</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 69.

ante eventuales afirmaciones falsas del testigo y con ello se fundamenta una prohibición de utilización”<sup>149</sup>.

Por consiguiente, de acuerdo a esta teoría, si la norma procesal que ha sido violada no favorece o no lo hace en primera línea al imputado, nos encontramos lejos de una prohibición de utilización.

## 1.2. DERECHO NACIONAL

Hernández<sup>150</sup> plantea que en este tema se ven enfrentados el principio general conforme al cual sólo puede reclamar de un vicio y consecuentemente sólo puede beneficiarse de su represión aquél que ha sido agraviado por él y el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita –que para el autor, es el pleno respeto de las garantías penales y procesal-penales de los ciudadanos– pues la posible dictación de una sentencia sobre la base de la violación de garantías fundamentales parece ser igualmente ilegítima tanto si las garantías conculcadas son las del imputado como si son las de terceras personas. En ese sentido, se inclina a favor de la exclusión de la prueba ilícita incluso en el caso en que el imputado no es el titular del derecho afectado en base a dos argumentos.

En primer lugar, sostiene que la exclusión sin exigencias especiales en cuanto a acreditar agravio directo como consecuencia de la actuación ilícita parece ser la única opción para preservar los presupuestos de legitimación del ejercicio del *ius puniendi*. Esto debido a que desde dicha perspectiva no existe mayor diferencia entre que se hayan vulnerado los derechos de A (tercero) o de Z (acusado), ya que en cualquier caso el Estado se aprovecha de una vulneración de garantías fundamentales para obtener una sentencia condenatoria.

En segundo lugar, señala que siempre puede afirmarse en estos casos el interés propio de Z en la exclusión, pues evidentemente el uso de la evidencia en su contra le puede acarrear un grave perjuicio. Al respecto, cita como ejemplo a la Corte Suprema argentina, en caso Rayford, que establece resumidamente lo siguiente: en la medida que la violación de una garantía constitucional de un tercero (T) -en el caso la inviolabilidad del domicilio- se relaciona en forma inmediata con la obtención de prueba que incrimina a alguien (A), ese (A) pasa a tener un interés en que la ilegalidad sea declarada y la prueba a su vez excluida. Este último interés integraría la garantía del debido proceso de (A), que se vería entonces afectada de admitirse la utilización en juicio de medios de prueba obtenidos en violación de los derechos de (T).

Ahora bien, el autor reconoce que como se trata de un tema dudoso y polémico conviene no perder de vista, ante eventuales exigencias de legitimación activa, que en muchos casos la existencia de una norma establecida en principio a favor de un interés distinto a los de la persona en contra de quien se quiere hacer valer la prueba tiende también, de forma mediata pero no menos indesmentible, a la protección de ésta. Al respecto, pone como ejemplo el derecho del cónyuge y de ciertos parientes a no declarar en contra del imputado y el deber de advertirles sobre este derecho antes de que presten declaración. En efecto, esta norma a primera vista está establecida en interés del testigo y no del imputado, pues está destinada a liberar a aquél del grave conflicto que le podría significar declarar contra un ser presumiblemente querido. Sin embargo, al mismo tiempo,

---

<sup>149</sup> AMBOS (2009) p. 26.

<sup>150</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 69-71.

en virtud de la misma presunta solidaridad, opera como una norma de protección del imputado y debe, consecuentemente, dar lugar a la exclusión de la prueba obtenida con infracción a ella.

Horvitz y López<sup>151</sup> comparten la opinión de Hernández, es decir, también se inclinan a favor de la exclusión de la prueba ilícita incluso en el caso en que el imputado no sea el titular del derecho afectado, en base a los siguientes argumentos.

En primer lugar, la admisión de la prueba obtenida en estas circunstancias atentaría contra los dos fundamentos esgrimidos para la justificación de la ilicitud probatoria, cuales son la prevención y la integridad judicial. El primero plantea el interés de disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas, mientras que el segundo plantea la convicción de que en la persecución penal no pueden admitirse métodos que "ofenden el sentido comunitario de juego limpio y decencia". En ese sentido, tanto desde la perspectiva de la prevención como de la integridad judicial la declaración de la ilicitud de la prueba parece necesaria, aun cuando el titular del derecho afectado sea un tercero.

En segundo lugar, señalan que existen razones que están vinculadas con el rol que se asigna al Juez de Garantía en la protección de las garantías fundamentales en nuestro sistema, las que no sólo alcanzan a las garantías del imputado, sino también de terceros. En efecto, la exigencia de autorización judicial previa para las actuaciones que priven al imputado o a terceros de los derechos constitucionales, o los restrinjan o perturben, que la Constitución Política de la República establece en el artículo 83 y que el CPP reitera en el artículo 9º, carecería de todo sentido si no se admitiera la posibilidad de exclusión en este caso, ya que el Ministerio Público quedaría compelido a requerir la autorización judicial exclusivamente en el caso en que el derecho afectado fuera del imputado.

Sin embargo, los autores reconocen que ello no implica que el titular de la garantía fundamental afectada no pueda renunciar a ella o incluso "sanear" la prueba ilícita mediante un acto posterior. Por el contrario, sostienen que el interés del imputado en la exclusión de la prueba no puede sostenerse más allá del interés del propio afectado por resistir la afectación de su derecho.

### 1.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CHILENA

Cabe analizar la postura que ha adoptado la Corte Suprema, en cuanto tribunal de mayor jerarquía en Chile, respecto a la interrogante sobre las personas cuyos derechos deben ser conculcados para que pueda proceder la exclusión de la prueba ilícita y, en definitiva, si ésta es coherente con el fundamento que el mismo Tribunal le ha atribuido a esta institución. En ese sentido, a continuación, se analizarán sentencias de los últimos tres años en que la Corte ha manifestado su posición, más no en relación específicamente a la legitimación para reclamar exclusión de la prueba ilícita, sino que respecto a la legitimación para interponer recurso de nulidad basado en la causal de vulneración de garantías fundamentales.

#### 1.3.1. *Ministerio Público contra Vásquez (2016)*

---

<sup>151</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, pp. 214-215.

El Tribunal Oral en lo Penal de Temuco condenó, por sentencia de 2 de diciembre de 2015 al acusado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3° de la Ley 20.000 y del delito de posesión o tenencia ilegal de municiones del artículo 9 en relación al artículo 2 letra c) de la Ley 17.798, perpetrados el día 7 de diciembre de 2013.

En contra de ese fallo, el defensor del imputado interpuso recurso de nulidad invocando como causal principal el artículo 373 letra a) CPP, alegando, entre otras, infracción a las garantías constitucionales del respeto y protección a la vida privada, inviolabilidad del hogar y derecho de propiedad, contenidas en el artículo 19 N°s. 4, 5 y 24 de la Constitución Política de la República.

El caso consiste en que, habiéndose desbaratado una operación de ingreso al país de una importante cantidad de droga desde Argentina, se obtuvo una orden de entrada y registro al domicilio del imputado ubicado en la ciudad de Temuco, puesto que se le considera el cabecilla de la operación. Ahora bien, el conflicto radica en que la orden se concedió para allanar el domicilio de General Mackenna N° 25, 2° piso, pero en dicho piso existen 4 departamentos donde viven distintas familias.

En consecuencia, la defensa sostiene que, al allanar la policía el departamento 201, que es el domicilio exacto en el que se encontraron las especies, no se estaba lícitamente autorizado por la orden dada por el Juez de Garantía, la que sólo aludió en términos genéricos a General Mackenna N° 125, 2° Piso. Por tal razón, todos los hallazgos inculpatorios recogidos en el departamento supuestamente del acusado lo fueron de un domicilio diverso al autorizado en la orden, por ende, están contaminados con la ilicitud del ingreso. En definitiva, la vulneración de garantías denunciada en la causal principal del recurso se funda en la falta de precisión o generalidad de la orden verbal de entrada, registro e incautación otorgada y que permitió el allanamiento del domicilio donde se incautó droga y demás elementos usados para la incriminación, por lo que tal falta de especificidad llevaría a un procedimiento irregular y defectuoso que debió inhibir a los funcionarios policiales de efectuar la diligencia ordenada al advertir la existencia de 4 departamentos en el lugar donde debían cumplir la orden, bajo riesgo de actuar de manera autónoma como efectivamente ocurrió, puesto que primeramente ingresan a un domicilio distinto al que correspondía.

Frente al planteamiento del recurrente, la Corte sostiene que para la adecuada resolución del caso hay que aclarar que “el recurso de nulidad, como todo medio de impugnación de resoluciones judiciales, exige la existencia de agravio, esto es, un perjuicio reparable en este caso sólo con la declaración de nulidad, pero tal gravamen necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude”. En ese sentido, la Corte resuelve que “no es posible dar por afectadas las garantías del respeto y protección a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y el derecho de propiedad del aludido cuando quienes tienen la titularidad y sí podrían alegar alguna perturbación en tal sentido son terceros en la causa, específicamente aquellos ocupantes de los departamentos independientes del lugar donde la medida debía cumplirse y que sufrieron o pudieron sufrir alguna molestia o incomodidad con lo invasivo de la orden judicial otorgada. No obstante, no puede alegar la perturbación de dichos derechos el sentenciado, quien precisamente se encontraba en una hipótesis de excepción, puesto que un juez decidió dentro de su competencia afectar las garantías constitucionales citadas con pleno respeto a la Constitución y la ley, porque la naturaleza de la investigación, la evidencia incautada y las declaraciones prestadas por otros imputados detenidos en el

procedimiento hacían razonable la afectación de las referidas garantías respecto del recurrente”.

### 1.3.2. *Ministerio Público contra Melinao (2016)*

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, por sentencia de 3 de diciembre de 2015, condenó a uno de los acusados como coautor del delito de incendio de cosas cuyo avalúo es superior a 40 UTM, previsto en el artículo 477 N°1 del Código Penal, y del delito de porte ilegal de arma de fuego y municiones, previsto en el artículo 11 y 9 de la ley N°17.798, perpetrados el día 3 de octubre de 2014.

En contra de este fallo se interpuso recurso de nulidad, que invoca como causal el artículo 373 letra a) CPP, alegando, entre otras, infracción a las garantías constitucionales de inviolabilidad del hogar y derecho de propiedad, contenidas en el artículo 19 N° 5 y 24 de la Constitución Política de la República.

En definitiva, la defensa alega que para detener al acusado la policía ingresó en un recinto cerrado sin autorización judicial, del fiscal ni del dueño del predio. En efecto, sostiene que los policías no se encontraban ante la situación excepcional que regula el artículo 206 CPP, por lo que debieron actuar según los términos del artículo 205 mismo cuerpo legal, es decir, comunicando al fiscal del Ministerio Público a fin de que ordenare la entrada y registro, previa autorización del propietario o encargado, o bien, en caso de no contar con dicho consentimiento, solicitar la respectiva autorización judicial. Además, agrega que el desconocimiento de la identidad precisa del dueño del predio, y que éste sea un tercero, no es óbice para que se pueda plantear o alegar la infracción de las garantías y de las normas legales que se estiman violentadas.

Frente al planteamiento del recurrente, la Corte destaca que el recurso se construye en base a hechos no asentados en el fallo en estudio, pues éste no da por cierto que el predio al que ingresan los carabineros perteneciera a un particular. En efecto, la sentencia no determina a quien corresponde el dominio, posesión o tenencia, ni siquiera aparente, de ese inmueble. Esto es importante, puesto que de acuerdo al artículo 590 del Código Civil “son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”. Por tanto, al no haber demostrado la defensa en el juicio la existencia de ese “otro dueño” no puede descartarse que se trate de bienes del Estado. En tal caso, no podría estimarse que el Fisco se haya visto afectado en su propiedad y “privacidad” por el ingreso de carabineros con el objeto de llevar a cabo una detención sin antes haberle solicitado autorización a quien ejerce su representación”.

Ahora bien, la Corte agrega que, aun suponiendo que efectivamente se trata de un inmueble de propiedad de un particular, no ha sido controvertido que no pertenece al acusado, ni que éste no tiene la calidad de poseedor o mero tenedor del mismo. En ese sentido, vuelve a sostener que “el agravio cuya concurrencia exige el recurso de nulidad necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude. Dicho lo anterior, no es posible dar por afectadas las garantías de la inviolabilidad del hogar y el derecho de propiedad del aludido cuando quienes tienen la titularidad y sí podrían alegar alguna perturbación en tal sentido son terceros en la causa”.

De esa manera, en la especie el recurrente basa su queja en la afectación del derecho de terceros a que no se ingrese a su propiedad sin recabar previamente su consentimiento o, en su defecto, autorización judicial. Sin embargo, no hay noticia de que el supuesto dueño o

encargado haya cuestionado de alguna forma el ingreso. Por consiguiente, la Corte resuelve que el ingreso temporal de carabineros con el objeto de llevar a cabo la detención del acusado no constituyó una afectación del derecho a la propiedad y privacidad del o los supuestos dueños del terreno.

### 1.3.3. *Ministerio Público contra Núñez (2017)*

El Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Ovalle, por sentencia de 16 de mayo de 2017, condenó a los acusados como autores del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto en el artículo 3° en relación al artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, cometido el día 18 de abril del año 2016.

En contra de este fallo se interpusieron recursos de nulidad por las defensas de los tres acusados, en uno de ellos se invoca como causal la del artículo 373 letra a) CPP, alegando, entre otras, la infracción a las garantías constitucionales del debido proceso, el respeto por los datos personales, la inviolabilidad del hogar y la libertad personal y seguridad individual, contenidas en el artículo 19 N°s. 3, 4, 5, y 7 de la Constitución Política de la República.

Por un lado, la defensa alega que se vulneró el derecho al debido proceso, el respeto por los datos personales y la libertad personal y seguridad individual, por haberse realizado un control de identidad a los compradores de droga que concurrieron al domicilio de los acusados, sin que se presentasen los supuestos que demanda el artículo 85 CPP y, además, por haberse conducido a los mismos consumidores a la unidad policial y tomado declaración en calidad de imputados sin delegación del Fiscal a cargo.

Al respecto, la Corte Suprema sostuvo, nuevamente, que el agravio cuya concurrencia exige el recurso de nulidad necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude. De esa manera, si los compradores de los acusados fueron sometidos a un control de identidad sin presentarse los presupuestos legales para ello, producto de lo cual se descubre por los policías la droga que acababan de comprar y, además, luego se obtiene una confesión sobre lo mismo sin haber delegado el Fiscal facultades para eso, de ser efectivo, sólo esos terceros podrían alegar tales infracciones en un eventual proceso penal seguido en su contra. Así las cosas, la Corte resuelve que no cabe a los acusados invocar la supuesta vulneración de garantías de terceros en su favor.

Por otro lado, la defensa alega que se vulneró el derecho a la inviolabilidad del hogar por la falta de certeza del domicilio respecto del cual el Juzgado de Garantía de Illapel autorizó el ingreso y registro, ya que no se especificó la numeración exacta del domicilio de los acusados. De esta manera, sostiene que los funcionarios policiales, dada esa imprecisión, no sólo ingresaron al domicilio de los encartados, sino al domicilio contiguo habitado por al menos cinco personas que no eran blanco de la investigación realizada por esta causa.

Frente a este planteamiento, la Corte señala que las molestias y vulneraciones que esta inexactitud pueda haber conllevado al dueño o morador del domicilio al que previamente ingresan por error los policías no puede ser aprovechado por los acusados por la misma razón antes señalada. A mayor abundamiento, cita el primer fallo analizado *supra*, destacando que “no es posible dar por afectadas las garantías del respeto y protección a la vida privada, la inviolabilidad del hogar y el derecho de propiedad del aludido cuando quienes tienen la titularidad y sí podrían alegar alguna perturbación en tal sentido son

terceros en la causa, específicamente aquellos ocupantes de los departamentos independientes del lugar donde la medida debía cumplirse y que sufrieron o pudieron sufrir alguna molestia o incomodidad con lo invasivo de la orden judicial otorgada”.

#### 1.3.4. *Ministerio Público contra Ipiál (2017)*

El Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Arica condenó a los imputados por su responsabilidad como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes previsto en el artículo 3° y sancionado en el 1° de la Ley N° 20.000, perpetrado el 1 de julio de 2016.

En contra de esa decisión las defensas de los tres sentenciados interpusieron recursos de nulidad, en uno de ellos se invoca como causal principal el artículo 373 letra a) CPP, por haberse conculcado, entre otras, la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, por la falta de asentimiento judicial para las interceptaciones telefónicas con que comienza la indagación.

Al respecto, la Corte señala que no se alegó ni demostró que ese trámite haya recaído sobre las comunicaciones de los encausados. En efecto, la acusación sólo especifica que se toma conocimiento del acuerdo para la entrega de droga mediante dicha técnica de investigación, pero no que quienes se vieron afectados por ellas fuera alguno de los procesados y, concordantemente, lo captado o registrado en tales actuaciones tampoco fue ofrecido como medio de prueba.

En ese sentido, la Corte Suprema sostiene nuevamente que “el agravio cuya presencia exige el recurso de nulidad necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude”. De esta manera, sostiene que en “la situación sub lite las comunicaciones telefónicas interceptadas por agentes policiales fueron hechas por terceros distintos a los convictos Vicente y Amoros, y en ellas se menciona la entrega de droga que también sería efectuada por terceros, o sea, entre un “ciudadano colombiano”, que en definitiva resultó ser el convicto Ipiál Rodríguez, pero quien, al declararse el abandono de su recurso, debe considerarse igualmente como un tercero para estos efectos, y “un sujeto chileno”, que corresponde al policía que actúa como agente encubierto. Por lo tanto, las comunicaciones intervenidas no fueron realizadas por los acusados y en ellas ni siquiera se les menciona (...)”.

Por consiguiente, la Corte resolvió que, “de ser cierta la ausencia de venia judicial para ejecutar las reseñadas interceptaciones telefónicas, sólo esos terceros cuyas comunicaciones telefónicas fueron intervenidas podrían quejarse de semejantes anomalías en un eventual proceso penal seguido en su contra, por lo que no incumbe a los imputados invocar la presunta inobservancia de garantías de terceros en su favor”.

#### 1.3.5. *Ministerio Público contra Martínez (2018)*

El Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Los Ángeles, por sentencia de veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, condenó al acusado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y/o sustancias psicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 3° en relación con el artículo 1° de la Ley N° 20.000, cometido el día 15 de septiembre del año 2016.

En contra de esa decisión la defensa del acusado interpuso recurso de nulidad, fundado en la causal de la letra a) del artículo 373 CPP, por vulneración de los derechos al

debido proceso, al respeto y protección a la vida privada y a la libertad personal y seguridad individual, consagrados el artículos 19 N°s. 3, 4 y 7 de la Constitución Política de la República.

Entre otros aspectos, la defensa alega que el procedimiento que dio origen a la causa se ha iniciado por una declaración que se presta conforme al artículo 22 de la Ley N° 20.000 por una persona cuya identidad se desconoce y que no fue ofrecida como testigo, quien entregó información de una coimputada, respecto de quien no proporciona ningún número de teléfono como tampoco información relativa a la forma de obtener su número o números telefónicos. Sin perjuicio de ello, los funcionarios policiales del OS7 de Los Ángeles solicitaron al fiscal de la causa que requiriera autorización judicial para interceptar llamadas telefónicas de los números que presuntamente pertenecían a la coimputada y, obtenida dicha autorización, realizaron interceptaciones y escuchas telefónicas y otras diligencias de investigación. Sin embargo, en ninguna parte de la carpeta investigativa aparece de dónde se obtienen estos números telefónicos, ni de la declaración de la persona que declara conforme al artículo 22 de la ley 20.000 ni a partir de otras fuentes de información.

Frente a este planteamiento, la Corte señala que “las infracciones supuestamente cometidas en perjuicio un tercero, en este caso de la coimputada Becerra Ulloa, no pueden servir de sustento del recurso, ya que el agravio cuya concurrencia exige el recurso de nulidad necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude, por lo que no cabe a los acusados invocar la supuesta vulneración de garantías de terceros en su favor”.<sup>152</sup>

### 1.3.6. *Ministerio Público contra Barahona (2018)*

El Segundo Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago, por sentencia de 31 de enero de 2018, condenó por el delito de robo con intimidación cometido el 14 de enero de 2017. En contra de dicha sentencia, el defensor del imputado dedujo recurso de nulidad, el que se funda en la causal del artículo 373 letra a) CPP, por haberse vulnerado, entre otras, la garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

Según explica el impugnante, la víctima del ilícito declaró en el juicio que el día de los hechos le informó a los funcionarios de Carabineros que entre las pertenencias que le habían sido sustraídas por el imputado se encontraba su teléfono móvil, el que contaba con tecnología GPS para su rastreo a través de una conexión satelital. De esa forma, con la ayuda de un computador, localizaron la señal del aparato y funcionarios de la SIP concurren al lugar indicado, donde llaman a la puerta del inmueble y le comunican a la persona de sexo masculino que los atiende el motivo de su presencia, quien hace entrega de una de las mochilas de la víctima y señala a los agentes policiales que la especie la había dejado un vecino que habitaba la propiedad del frente. Así las cosas, los funcionarios de la SIP repitieron el mismo procedimiento, ingresando a dicho inmueble previa autorización del encargado, que era hermano del imputado, donde encuentran la otra mochila sustraída y al acusado, a quien la víctima reconoció como el autor del delito.

---

<sup>152</sup> Nota: el teléfono interceptado en el contexto de las irregularidades que denuncia el recurso, era utilizado por la coimputada, que no recurrió de nulidad. La información obtenida de esa interceptación después sirvió para controlar la identidad del imputado recurrente y de la coimputada y sorprenderlos en posesión de droga.

En base a lo anterior, la defensa sostiene que los policías realizaron diligencias investigativas autónomas, sin recabar previamente instrucciones del fiscal ni encontrarse amparados por alguna hipótesis de excepción que les permitiera proceder de ese modo. Por un lado, alega que al llegar los funcionarios de la SIP al primer inmueble, interrogaron a una persona en calidad de imputado, de quien extraen información sobre la especie que mantenía y la ubicación del acusado, sin previa lectura de derechos, pues de haberseles dado a conocer, es muy probable que nada haya declarado, lo que habría impedido que llegaran al domicilio del imputado. Por otro lado, alega que la autorización que dio el hermano del imputado para ingresar a su domicilio se obtuvo en un contexto altamente coercitivo, lo que tampoco puede ser tolerado a la luz del debido proceso.

Frente a este planteamiento, la Corte Suprema sostiene que “en torno a los atropellos de derechos y garantías fundamentales de terceros y únicamente bajo el predicamento, no acreditado, que dichos quebrantamientos se hayan producido, cabe señalar que el agravio cuya presencia exige el recurso de nulidad necesariamente tiene que afectar de manera directa al recurrente, en la especie, vulnerando las garantías constitucionales que alude”.

De esta manera, en cuanto a la primera alegación, la Corte resuelve que “la ausencia de venia judicial para constituirse en el inmueble que indicaban las coordenadas del GPS, entrevistándose con uno de sus moradores, sólo pudo ser reclamada por éste, en un eventual proceso penal seguido en su contra, porque no incumbe al imputado invocar la presunta inobservancia de garantías de terceros en su favor”.

Por su parte, en cuanto a la segunda alegación, la Corte resuelve que “el ingreso al inmueble en que se hallaba el imputado se verificó luego de la expresa autorización de la persona encargada, de manera que con su consentimiento los policías accedieron al interior de la propiedad en busca de un sujeto respecto de quien existía una imputación precisa de haber mantenido en su poder parte de las especies sustraídas a la ofendida”. En ese sentido, “si la entrada y registro es autorizada por el propietario o encargado del lugar, ha sido el propio afectado quien ha permitido la intromisión de la actividad investigativa dentro del ámbito protegido de sus derechos”.

#### 1.4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FALLOS

A la luz de todos los fallos expuestos, es posible sostener que la Corte Suprema ha adoptado una postura uniforme los últimos años frente a la interrogante sobre la persona cuyos derechos tienen que ser vulnerados para interponer el recurso de nulidad y, de manera análoga, para reclamar la exclusión de la prueba ilícita.

En efecto, la Corte sostiene que la vulneración de garantías fundamentales debe afectar directamente al recurrente, de manera que éste no puede invocar la lesión a los derechos de terceros para fundar su recurso de nulidad. Asimismo, la Corte ha sido enfática en que corresponde únicamente al tercero alegar la inobservancia de sus derechos en un eventual procedimiento iniciado en su contra. Ahora bien, considerando que los recursos de nulidad, en los fallos analizados, se basan en la misma causal de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, cual es la infracción a garantías fundamentales, es posible extender el criterio que ha adoptado la Corte Suprema a esta institución.

De este modo, a diferencia de los autores nacionales, la Corte se ha inclinado a favor de que para reclamar la exclusión de la prueba ilícita no basta que al imputado la prueba obtenida le sea perjudicial, sino que es necesario que éste sea el titular de la garantía

fundamental afectada, siguiendo a la jurisprudencia norteamericana. Por consiguiente, a juicio de la Corte, no es posible invocar la ilicitud de la prueba si no se es afectado directamente por la infracción a las garantías fundamentales.

Ahora bien, la postura adoptada por la Corte Suprema resulta evidentemente contradictoria con el fundamento que ella misma le ha atribuido a la exclusión de la prueba ilícita. En efecto, como se señaló anteriormente, la Corte ha sostenido invariablemente que el fundamento de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita es la concepción del proceso como un instrumento que se enmarca dentro del ordenamiento jurídico, de manera que necesariamente debe excluirse de este proceso todo acto que quebrante dicho sistema. En consideración a lo anterior, si ese es el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, ésta podría ser reclamada tanto si se vulneran los derechos del imputado o de un tercero, puesto que en cualquier caso el Estado estaría fundando una condena en el resultado de una vulneración constitucional.

Esta contradicción es grave, puesto que restringir la procedencia de la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de derechos fundamentales al caso en que el titular del derecho afectado sea el imputado, acarrea múltiples consecuencias perjudiciales que se analizarán a continuación.

#### 1.4.1. *Deslegitimación del ejercicio del ius puniendi del Estado*

Es importante que en la persecución penal y, en general, en la persecución de cualquier fin estatal, el Estado emplee medios lícitos<sup>153</sup>. Esto debido a que “el Estado no puede olvidar que sus propias acciones están limitadas por el principio del Estado de Derecho, puesto que constituiría un contrasentido sin solución defender ciertos y determinados valores sociales con medios que suponen, precisamente, un desconocimiento de estos valores”<sup>154</sup>. En definitiva, existe una relación entre el fin y el medio, de manera que un fin lícito como la sanción de los delitos no puede alcanzarse por un medio espurio.

Así las cosas, el ejercicio del poder punitivo del Estado sólo puede legitimarse en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, lo cual supone el respeto de las garantías fundamentales de los ciudadanos. Ahora bien, es cierto que una adecuada administración de justicia penal requiere ciertas facultades procesales de intervención en los derechos del imputado o terceros y, por lo mismo, el ordenamiento jurídico permite al Ministerio Público y a la Policía la realización de diligencias limitativas de derechos fundamentales durante la etapa investigativa. Sin embargo, éstas exigen el cumplimiento de ciertos requisitos y presupuestos<sup>155</sup>, sin los cuales la prueba obtenida mediante ellas se transforma en ilícita.

De este modo, la sentencia condenatoria que se dicte en base a una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es igualmente ilegítima si el titular del derecho afectado es el imputado o un tercero, pues en ambos casos el Estado se está valiendo de un medio contrario al ordenamiento jurídico para fundar su decisión. Por consiguiente, si no se excluye la prueba obtenida con vulneración de los derechos de un tercero y con ocasión de ella se dicta una sentencia condenatoria se deslegitima la acción punitiva del Estado, en

---

<sup>153</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004), Tomo I, p. 183.

<sup>154</sup> BOFILL (1988) p. 242.

<sup>155</sup> NÚÑEZ Y CORREA (2017) p. 206.

cuanto a que la pena impuesta adolecería de la misma ilegitimidad que el medio en que se fundó.

#### 1.4.2. *Desprotección a las personas ajenas al proceso penal*

La postura adoptada por la Corte Suprema en orden a permitir la exclusión de la prueba ilícita únicamente cuando se vulneran los derechos del imputado, desprotege a los terceros cuyos derechos son perturbados en el marco de un proceso penal. En efecto, a juicio de la Corte, los terceros sólo pueden reclamar la inobservancia de sus derechos en un eventual procedimiento iniciado en su contra, en cuyo caso pasarían a ser imputados. Esto significaría que en el proceso penal únicamente se protegen los derechos del imputado más no los de terceros, en circunstancias que la protección debe ser para ambos.

En efecto, la Constitución Política de la República, en su artículo 5°, impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos garantizados en ella y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sin distinciones. Por su parte, en su artículo 83, establece que “el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.”

Asimismo, el Código Procesal Penal, al regular las diligencias limitativas de derechos fundamentales en la etapa investigativa, protege tanto al imputado como a terceros al establecer una serie de requisitos para su realización. Incluso, para el resto de las diligencias no expresamente regladas, existe una cláusula amplia contenida en su artículo 9°, que reza que “toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”<sup>156</sup>.

En ese sentido, tanto el constituyente como el legislador han buscado proteger tanto al imputado como a terceros en el proceso penal. De este modo, no se justifica excluir la prueba únicamente cuando se obtiene con vulneración de garantías del imputado, sino que también debería excluirse cuando se afectan los derechos de un tercero.

#### 1.4.3. *Incentivo al Ministerio Público y a las policías a no cumplir con la Ley*

Restringir la ineficacia de la prueba obtenida con vulneración de derechos al caso en que el titular del derecho afectado es el imputado tiene una implicancia en la actuación del Ministerio Público y de las policías. En efecto, como se señaló anteriormente, el ordenamiento jurídico permite a estos órganos efectuar diligencias que limitan derechos fundamentales tanto del imputado como de terceros durante la etapa investigativa del proceso penal, pero sólo en la medida que se cumplan ciertos presupuestos y requisitos. Esto tiene por objeto que las actuaciones investigativas que pueden lesionar derechos fundamentales se lleven a cabo en las condiciones que el legislador y el constituyente previeron y únicamente en aquellos casos en que lo establecieron.

En ese sentido, si solo se excluye la prueba que se obtiene con inobservancia de derechos del imputado, esto genera un incentivo para los agentes de la persecución penal a

---

<sup>156</sup> NÚÑEZ Y CORREA (2017) p. 207.

no cumplir con las exigencias que impone a la ley cuando se trata de realizar una diligencia investigativa que afecta derechos de personas ajenas al proceso penal, puesto que a pesar de ello la prueba va a ser admitida y, posteriormente, valorada por los órganos jurisdiccionales.

#### 1.4.4. *Vulneración el derecho al debido proceso del imputado*

Dentro de los derechos garantizados por la Constitución Política de la República se encuentra, en el artículo 19 N° 3, el derecho al debido proceso, conforme al cual “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, correspondiendo al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

En definitiva, al garantizar la Constitución que toda sentencia se funde en un procedimiento y una investigación racionales y justos, está obligando a los jueces a velar porque la decisión jurisdiccional se sostenga exclusivamente en actuaciones procesales y diligencias de investigación arregladas a la razón. En ese sentido, sería contrario a la razón y, por tanto, contrario a la justicia y al derecho, que el fruto del acto de violación de los derechos fundamentales de una persona fuera reconocido como válido en un proceso penal, por aquellos que están llamados precisamente a garantizar estos derechos, según la norma constitucional que los obliga a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el ejercicio de la jurisdicción<sup>157</sup>.

Por consiguiente, dentro del debido proceso se incluye el derecho para quien es juzgado a que toda sentencia condenatoria se funde en prueba lícita y que, de presentarse prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sea excluida de ser rendida en el juicio oral<sup>158</sup>. En ese orden de ideas, siempre existe un interés del imputado en la exclusión de la prueba obtenida con vulneración de derechos de un tercero, puesto que el uso en su contra de la dicha evidencia le puede acarrear un grave perjuicio, cual es que se dicte una sentencia condenatoria.

De este modo, si se admite la prueba que se obtiene con inobservancia de los derechos de un tercero y en virtud de ella se dicta una sentencia condenatoria, dicha sentencia se estaría fundando no solo en una violación de derechos de un tercero, sino también del imputado, al vulnerarse su derecho al debido proceso.

A raíz de todo lo expuesto, es necesario evidenciar que no es irrelevante la contradicción en que incurre la Corte Suprema respecto al fundamento que le atribuye a la exclusión de la prueba ilícita y la postura que adopta frente a legitimación activa para reclamarla. En efecto, si se sostiene, como lo ha hecho la Corte, que el fundamento de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita es la idea del proceso como un instrumento que se enmarca dentro del ordenamiento jurídico, de modo que debe excluirse de éste todo lo que infrinja tal sistema, no es razonable sostener que la exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales sólo procede cuando el titular del derecho afectado es el imputado y no un tercero. Por el contrario, debe admitirse también la exclusión de la prueba ilícita cuando se vulneran los derechos de un tercero, porque de no ser así se generan graves consecuencias como las examinadas.

---

<sup>157</sup> ZAPATA (2004) p. 54.

<sup>158</sup> ZAPATA (2004) p. 55.

## 2. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA SOLICITAR LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA ILÍCITA DE DESCARGO EN EL PROCESO PENAL CHILENO<sup>159</sup>

El artículo 276 CPP no hace distinciones acerca de la legitimidad activa de la parte que alega la exclusión de alguna prueba. Lo anterior, ha producido una gran discordancia jurisprudencial y doctrinal, lo que ha provocado que para algunos casos indirectamente se haya reconocido legitimación activa al Ministerio Público y para otros casos se haya rechazado.

### 2.1. DERECHO COMPARADO

A nivel comparado, existen ordenamientos que sólo consideran la exclusión de prueba ilícita en tanto haya sido obtenida por un funcionario público, como es el caso de Estados Unidos, otros que únicamente la consideran la prueba obtenida por el órgano que tiene la exclusividad de la investigación como ocurre en Alemania y, finalmente, otros países “que no ciñen el examen de la ilicitud a las actuaciones públicas”, así España e Italia, “donde incluso se regulan prohibiciones probatorias dirigidas a sancionar ilicitudes cometidas por el defensor y los investigadores privados”.<sup>160</sup>

En Estados Unidos, según ha establecido por la Corte Suprema Federal, la regla de exclusión tiene como verdadero y único fundamento, “disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*”). Este remedio no descarta la aplicación de otros en tanto se demuestre su mayor eficacia disuasiva. En consecuencia, en los casos en que “la propia Corte Suprema Federal o el poder legislativo (Congreso) llegasen a la conclusión de que la regla de exclusión es ineficaz para el logro de su finalidad al existir otros remedios alternativos más eficaces y adecuados, su razón de ser desaparecería y la regla de exclusión dejaría de ser aplicada, aunque por el momento está situación aún no se ha producido”.<sup>161</sup>

En tanto que en Alemania, la doctrina y la jurisprudencia actual, ha optado por solucionar la discusión mediante la llamada “Teoría normativa de las consecuencias de un error” (*normative Fehlerfolgenlehre*), un sistema para la determinación de prohibiciones de valoración de prueba a partir de la ponderación de tres criterios específicos: la relevancia específica de la infracción de ley procesal en el caso concreto; el significado de la infracción de ley procesal para los intereses individuales legalmente protegidos por la norma vulnerada, y por último, la necesidad de valoración de la prueba en consideración al interés estatal de persecución penal”. Conforme a esta posición, se busca determinar supuestos en los que, primeramente, se deberá acoger una prohibición de valoración probatoria, por ejemplo, “en aquellos supuestos en los que la intervención de los funcionarios persecutores ha afectado el núcleo de una garantía fundamental, o bien, cuando la intervención tenga como objetivo buscado, eludir o privar al imputado de sus garantías. Por el contrario, deberá rechazarse una prohibición de valoración, por ejemplo, en todos aquellos casos en los cuales la infracción de ley afecte exclusivamente derechos de

<sup>159</sup> Esta sección corresponde al trabajo de Cynthia Ramírez Catalán.

<sup>160</sup> ARMENTA (2007) p. 350.

<sup>161</sup> MIRANDA (2010) p.134-135.

terceros, más no del imputado, o bien, cuando la prueba conseguida con infracción de reglas de obtención, constituya un elemento probatorio de descargo para el imputado”.<sup>162</sup>

En cambio, en España, el artículo 11 número 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, establece que: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, artículo que excluye la prueba ilícita, sin importar que el responsable de la ilicitud sea autoridad pública o un particular, que sea la parte a quien aprovecha la prueba u otra persona, que sea el reo o un acusador.

En tanto en Italia, existen las prohibiciones probatorias dirigidas a sancionar ilicitudes cometidas por el defensor, las que se justifican en que el defensor también es investigador en el proceso penal, toda vez que existe la llamada “investigación defensiva”, por lo que el defensor al igual que el persecutor, pudiese obtener prueba con vulneración de derechos fundamentales. Así las cosas, el sistema procesal penal italiano regula la materia “previniendo normas que establecen prohibiciones probatorias directas y sancionando ilicitudes cometidas por el defensor o investigadores privados a sus órdenes. En efecto, el art. 391bis CPP incluye en su apartado 6, que la violación de las normas que regulan las limitaciones de derechos fundamentales convierte los medios en ‘inutilizables’, pudiendo incurrir en responsabilidad administrativa.”<sup>163</sup>

## 2.2. DOCTRINA NACIONAL

En primer lugar, para estudiar las posturas adoptadas por la doctrina en cuanto a esta materia y adherir a alguna de ellas, se debe tener en cuenta los fundamentos de la ineficacia probatoria. Al respecto, si se limita el fundamento de la exclusión de prueba ilícita a la integridad judicial de la sentencia condenatoria, no existiría contradicción con ese principio al dictar una sentencia absolutoria fundada en prueba ilícita, toda vez que se vulneran garantías esenciales en pos de evitar la condena del inocente. Por otro lado, si se estima como fundamento de la ineficacia, la disuasión policial (criterio de la prevención), no habría impedimento para admitir la prueba ilícita de la defensa, debido a que la exclusión se trataría de un mensaje directo y disuasivo a las policías: esto es, que no vale la pena proceder actuando en violación de garantías, en razón de que lo obtenido de ese actuar no podrá utilizarse en el proceso.

En ese orden, la mayoría de la doctrina está conteste en que de ser aceptada la legitimación activa del Ministerio Público para alegar la exclusión de la prueba ilícita, se vulneraría el principio de objetividad que rige dicho organismo (consagrado en los artículos 83 de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público) y, por lo demás, con la prueba ilícita presentada por la defensa, de ninguna manera se vulnera el principio de *ius puniendi* estatal, toda vez que para el Ministerio Público debe ser indiferente la procedencia del material probatorio que acredite la inocencia del acusado.

Para Hernández, la exclusión de la prueba ilícita, se encuentra fundada en la preservación de las condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal, por lo que haría conceptualmente innecesario que la exclusión alcance a las actuaciones ilegítimas favorables a la defensa. Por lo demás, argumenta que al establecer el artículo 277 inciso

---

<sup>162</sup> CORREA (2018a) p.151

<sup>163</sup> ARMENTA (2009) p. 84.

final CPP, “el único caso en que es apelable el auto 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”. Finalmente, y a mayor abundamiento, señala que “la vulneración de garantías debe ser reprimida de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pero no es necesario ni justo que además se excluya la prueba, toda vez que no se ha visto afectada la legitimidad del *ius puniendi*: nadie va ser condenado con fundamento en la vulneración de sus garantías fundamentales; más bien al contrario, dicha vulneración puede impedir que alguien sea indebidamente condenado. Mantener lo contrario atentaría contra el principio de objetividad que preside la persecución penal (art. 3 LOCMP), pues para los órganos de persecución penal no puede ser sino indiferente que el material probatorio que acredita la irresponsabilidad del imputado tenga un origen lícito o ilícito: simplemente no pueden perseguir responsabilidades penales prescindiendo a sabiendas de la existencia de material probatorio exculpatario”.<sup>164</sup>

Por su parte, Horvitz, al igual que Hernández, señala 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”. Argumenta también, que si la defensa ofrece prueba ilícita, no se observan razones de interés público que justifiquen la exclusión de la prueba, esto aún más si se considera que el Ministerio Público está regido por el principio de objetividad contemplado en el artículo 3 de su Ley Orgánica.<sup>165</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, Patricio Zapata considera que el Juez de Garantía podría teóricamente excluir prueba ilícita tanto de la fiscalía como de la defensa, aun cuando cueste imaginar un caso en que la defensa haya obtenido prueba a través de una infracción constitucional.<sup>166</sup> En este sentido, contrarresta el argumento de Hernández indicando que el tratamiento distinto a la prueba ilícita excluida que interesa a la fiscalía y la que interesa a la defensa, en cuanto que la fiscalía puede apelar en contra del auto de apertura que excluyó una prueba, se debe a una ponderación razonable del distinto impacto que tiene para la fiscalía la exclusión de una prueba (que está obligada a acreditar fehacientemente la culpabilidad de un acusado) versus el costo de pérdida de la prueba de la defensa, que en estricto rigor no requiere de la necesidad de acreditar una inocencia que se presume. En todo caso, esta distinción por parte del legislador, de ningún modo hace presumir que el Juez de Garantía no podrá excluir prueba ilícita de la defensa.<sup>167</sup>

Sin embargo, este último argumento se puede rebatir en base a que, si bien es cierto, para la fiscalía la exclusión de prueba podría tener como impacto la absolución de un acusado, no lo es menos que para la defensa una exclusión de prueba ilícita propia, podría acarrear la condena de un inocente, lo que en ponderación de costos sería de gran impacto y mucho más grave. Por tanto, de la misma manera que existiría una ponderación razonable, según Zapata, en la legitimación activa del Ministerio Público para apelar del auto de apertura que le excluyó una prueba, habría también una ponderación razonable en la

---

<sup>164</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 64-65.

<sup>165</sup> HORVITZ (2004) Tomo II, p. 215-216.

<sup>166</sup> ZAPATA (2003) p. 12.

<sup>167</sup> ZAPATA (2003) p. 12.

imposibilidad de que el Ministerio Público alegue exclusión de prueba ilícita presentada por la defensa.

A pesar de lo expresado por este último autor, resulta necesario ponderar los intereses que se encuentran en conflicto en cada caso. En la prueba de cargo, “al Estado le corresponde sacrificar la reconstrucción de la verdad en pos del respeto a las garantías fundamentales cuando la 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 de las garantías fundamentales debe primar este último”.<sup>168</sup> En cambio, en la exclusión de prueba de descargo, “el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho a la defensa, y con un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes”.<sup>169</sup> En el último presupuesto, la exclusión no cumpliría con el criterio de prevención, es decir, evitar la mala conducta de los agentes del Estado. Por lo demás, como se dijo anteriormente, la afectación a la integridad judicial ocurriría para evitar la condena de inocentes, principio superior a este criterio, por lo tanto, no habría un interés público comprometido a diferencia de la exclusión de prueba de cargo.

Desde otro punto de vista, Coloma señala que impedir el uso de la prueba ilícita de descargo “presentaría la posibilidad de una segunda vulneración de derechos fundamentales.” Esto último, en razón de que durante el juicio oral se vulneraría el derecho a la defensa, puesto que el imputado no contaría con herramientas que efectivamente le pongan en situación de sostener la presunción que le ampara. Además, de otros derechos fundamentales que podrían infringirse con la eventual condena, entre ellos, “el derecho a no ser condenado si los hechos o la participación no están descritos en la ley”, es decir, el principio de legalidad; y los relativos a la libertad personal, a la honra y la integridad física, debido a que una injustificada sanción penal, restringe la libertad ambulatoria del condenado, conlleva a una estigmatización social y a múltiples consecuencias en el plano moral por una condena sin correlato con la forma en que acontecieron los hechos.<sup>170</sup> En base a este punto de vista, evidentemente resulta más grave para nuestro ordenamiento jurídico, la condena de un inocente que la absolución de éste por la valoración de prueba ilícita.

### 2.3. LEGITIMIDAD ACTIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INVOCAR LA CAUSAL DE NULIDAD DEL ARTÍCULO 373 LETRA A) DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Para analizar la jurisprudencia atinente a esta materia, resulta necesario aclarar que frente a la exclusión de prueba ilícita del Ministerio Público en la Audiencia de Preparación de Juicio Oral, la ley prevé el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. En consecuencia, la Corte Suprema no se pronuncia directamente sobre la legitimidad del Ministerio Público para solicitar la exclusión de la prueba ilícita del artículo 276 inciso 3° CPP, sino que únicamente procede a emitir pronunciamiento en cuanto a si el Ministerio Público es titular del derecho al debido proceso cuando éste interponga un recurso de nulidad fundamentado en el artículo 373 letra a) CPP en contra de una sentencia de Tribunal Oral en lo Penal, ya sea porque el juez de garantía admitió prueba ilícita de la

---

<sup>168</sup> CERDA (2010) p. 478.

<sup>169</sup> CERDA (2010) p. 478.

<sup>170</sup> COLOMA (2003) p. 150.

defensa en el auto de apertura y en ella el tribunal oral se basó para absolver, o bien, porque el tribunal oral admitió prueba ilícita no contenida en el auto de apertura.

En general, el Ministerio Público invoca la infracción al debido proceso, porque se trata de infracciones cometidas por el tribunal en el procedimiento, es decir, por el mismo Estado. En estos casos, no existe un supuesto de prueba obtenida con vulneración al derecho a la privacidad o intimidad del Ministerio Público, por ejemplo, sino que más bien lisa y llanamente afectaciones al debido proceso. Dicha argumentación, resulta relevante únicamente para determinar la legitimación activa del Ministerio Público para invocar infracciones al debido proceso, sin embargo, no resulta atinente para fundamentar el rechazo a la legitimación activa del Ministerio Público para excluir prueba ilícita de la defensa.

En cuanto a la legitimación activa del Ministerio Público para invocar esta causal, la doctrina tampoco está conteste, por un lado Carocca señala que “Aunque en el Código Procesal Penal no es claro, teniendo en cuenta que las garantías se le conceden al imputado en contra del Estado, solo él puede recurrir por esta causal, sin que lo pueda hacer el Ministerio Público, ya que importaría que el Estado obtiene provecho de sus propias infracciones constitucionales”<sup>171</sup>.

A esta postura, Horvitz añade que “tales derechos están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de delitos y no a favor del Estado” y que por lo demás, “El Estado como monopolizador del poder de persecución penal divide las funciones de acusar y decidir en dos órganos distintos, que no por ello dejan de ser los representantes y detentadores, en su conjunto, de la totalidad de ese poder”<sup>172</sup>. Señala además, que “No se puede aceptar que el Estado se beneficie de su propia culpa o dolo ni puede obligarse al acusado a sufrir perjuicios por los errores cometidos por los órganos de persecución penal”, en consecuencia, “Los vicios del procedimiento cometidos durante un juicio oral en perjuicio del ministerio público pueden dar motivo a la declaración de nulidad de la audiencia a través del incidente de nulidad regulado por el Título VII del Libro I CPP, pero no a través del recurso de nulidad.”<sup>173</sup> Por tanto, la única vía por la que sería posible anular un vicio del procedimiento cometido durante un Juicio Oral, según Horvitz sería el incidente de nulidad contemplado en el artículo 159 CPP y no, como se ha intentado, la del recurso de nulidad. Así mismo, implícitamente es posible argumentar que el Ministerio Público no tiene facultad para solicitar la exclusión de prueba de descargo, toda vez que no existe una igualdad procesal entre el órgano persecutor y la defensa, puesto que el órgano persecutor es a la vez, el Estado en su función de acusar.

Relacionando, el debido proceso con la exclusión de prueba ilícita, María Francisca Zapata, concluye 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-”<sup>174</sup>. Por lo cual, si analizamos este argumento desde el punto contrario, al tratarse de una sentencia absolutoria o que aminora la responsabilidad penal del acusado, no se vulneraría la garantía

---

<sup>171</sup> CAROCCA (2003) p. 265.

<sup>172</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2002) Tomo II, p. 410.

<sup>173</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2002) Tomo II, p. 410-411.

<sup>174</sup> ZAPATA (2004) p. 55.

primaria, a pesar de fundarse en prueba ilícita, y por consiguiente, tampoco se vulneraría la garantía secundaria.

Por el lado contrario, Maturana indica que “En el sistema acusatorio rige el principio de igualdad de armas, y si respecto del ministerio público se hubiere visto violado uno de sus derechos dentro del proceso, sufre un perjuicio que le permite recurrir por este medio”.<sup>175</sup> En virtud de este último argumento, surge la pregunta: ¿Están realmente el Ministerio Público y la defensa en “igualdad de armas”? Resulta incorrecto afirmar que el Ministerio Público se encuentra en “igualdad de armas” con la defensa, toda vez que en el proceso penal, el órgano que por excelencia tiene a cargo tanto la investigación como la función de acusar es precisamente el Ministerio Público y no la defensa.

A continuación, se analizarán una serie de fallos de la Corte Suprema con el objetivo de conocer su postura frente a la materia en cuestión.

#### 2.4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA INVOCAR LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Como se ha expresado anteriormente, en el caso de la legitimación del recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público fundamentado en el artículo 373 letra a) CPP, la Corte Suprema ha ido variando en su posición.

##### 2.4.1. *Sentencias que reconocen legitimidad al Ministerio Público*

Las sentencias que se exponen, reconocen la legitimación activa fundada en que el Ministerio Público es otro interviniente en el proceso penal y que la legalidad de los actos del procedimiento no sólo rige para lo que pueda afectar al imputado sino que también a todo interviniente. Por lo demás, han establecido que ni la Constitución ni el Código Procesal Penal han excluido explícitamente al Ministerio Público de esta causal en el recurso de nulidad.

Si se confrontan estas sentencias con lo presentado por la mayoría de la doctrina, se puede notar una clara contradicción entre ambas, puesto que el debido proceso ha sido establecido como protección frente al ejercicio del poder estatal y no a favor de éste. Las referidas sentencias no hicieron alusión a este último punto y su análisis se basó únicamente en la literalidad de las normas sin verificar el verdadero sentido de aquéllas.

##### a) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILLABLANCA (2005)*

En el caso en concreto, el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, eliminó prueba documental de cargo, a pesar de que no se trataba de la oportunidad procesal idónea, puesto que la que señala la ley es la Audiencia de Preparación de Juicio Oral. Por lo tanto, la sentencia, a juicio de la Corte Suprema, no fue fundada en un proceso previo legalmente tramitado.

La Corte Suprema al referirse al debido proceso, señala que resulta necesario distinguir entre la garantía relativa a las características del proceso de persecución y la garantía al respeto a dicho proceso, la que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento.

---

<sup>175</sup> MATURANA (2003) p. 238.

En razón de lo anterior, sostiene que tal distinción “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”. Indica también que “la legalidad de los actos de procedimiento es un principio consustancial al Estado de Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento”.

También, resulta relevante destacar el voto en contra del ministro Cury, quien optó por rechazar el recurso “en atención a que, en su opinión, las infracciones al debido proceso como causales de nulidad se encuentran establecidas sólo en beneficio del encausado, a fin de protegerlo de posibles abusos por parte del poder punitivo estatal, motivo por el cual no puede ser alegada por el Ministerio Público”.

Cabe destacar que la misma distinción entre la garantía sobre las características del proceso y la garantía de respeto a éste, fue hecha por el Excelentísimo Tribunal en la sentencia que se examina a continuación.

b) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA HINOSTROZA (2005)*

En esta causa, el Ministerio Público alega infracción de garantías constitucionales debido a que producto de un evidente error de copia o transcripción del acta que da cuenta del auto de apertura del proceso oral, el Tribunal tuvo por no acusado al imputado respecto de uno de los dos delitos de robo con intimidación.

Respecto a la legitimación activa del Ministerio Público, la Corte señaló que “Una interpretación teleológica del principio consagrado en nuestra Carta Fundamental en estudio, permite concluir que si bien la legalidad es una exigencia que se interpone como una barrera a la pretensión punitiva del Estado, ocurre que al asumir éste la condición de una parte litigante privada de prerrogativas y sometida a las reglas del juicio y al dictamen de los jueces, tal como el propio acusado, necesariamente ha de reconocérsele como contrapartida institucional el derecho a que le sean respetadas las posibilidades de actuación que dichas reglas le reconocen y a que, en caso de transgresión substancial de las mismas, pueda hacer uso de los mecanismos correctivos que el mismo sistema establece”.

Por lo demás, a favor de la legitimidad activa, la Corte Suprema añadió: “Que el Ministerio Público es un organismo autónomo de la mayor relevancia dentro de la etapa de investigación del proceso penal, pues detenta en forma exclusiva y excluyente la averiguación de la existencia real de un presupuesto de reacción penal. Pero al transitar a la etapa intermedia y posteriormente en el juicio oral, este órgano, privilegiado, deviene en una parte más en el proceso penal, cumpliendo una función distinta a la del juez”. “Que, si bien es cierto que el derecho a un debido proceso nace y evoluciona con el objeto de proteger al perseguido frente al poder de persecución punitiva 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’”.

Nuevamente, en este fallo, el ministro Cury acompañado del ministro Urzúa, optaron por votar en contra de la legitimación activa bajo el argumento de que: “la ley

procesal privilegia la preeminencia de la labor del Ministerio Público en la etapa de investigación y así lo declara expresamente el Código del ramo en su artículo 3° cuando le entrega la exclusividad de la investigación penal y el artículo 77 le confiere la facultad de ejercer y sustentar la acción penal pública; por lo que se está, por tanto, frente a un co-detentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza desbordarse frente a un imputado que aparece en posición de desigualdad y que debe, por ello, ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica, mediante la garantía de un procedimiento formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el fundamento básico para su defensa. Se ha sostenido también que el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil ante la potestad punitiva centralizada”.

Esta postura coincide con la mayoría de la doctrina antes estudiada y también con la imposibilidad del Ministerio Público para excluir prueba obtenida por la defensa, toda vez que es el acusado quien debe ser protegido por esta garantía y a quien se le debe asegurar un tratamiento que preserve la legítima presunción de inocencia.

c) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FERNÁNDEZ (2010)*

En este caso, el Ministerio Público con adhesión del Consejo de Defensa del Estado, solicitaron que se incorporara como prueba nueva una sentencia ejecutoriada de fecha posterior a la presentación de sus acusaciones, esta solicitud fue rechazada por el Tribunal Oral en lo Penal.

En cuanto a la legitimación activa, la Corte Suprema, expuso que, “en torno a la presunta falta de legitimidad del acusador para basar su recurso en la inobservancia a la garantía del debido proceso, reclamada en estrados, conviene tener en cuenta que ni la Constitución Política de la República, ni el Código Procesal Penal, o cualquier otro texto legal, excluyen al Ministerio Público como titular de la garantía del debido proceso contemplada en la Carta Fundamental”.

Finalmente, en lo que respecta a la discriminación que establece el Código Procesal Penal en cuanto a la legitimación activa como facultad única del Ministerio Público para interponer un recurso de apelación de la resolución que excluye una prueba considerada ilícita, el Tribunal Constitucional chileno, ha declarado que, esta norma es inconstitucional toda vez que “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 3° del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26°, 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”<sup>176</sup>.

En el último caso en comento, el Tribunal Constitucional determinó que dicha discriminación no se condice con los parámetros de racionalidad y justicia que la

---

<sup>176</sup> CONTRA TRIBUNAL ORAL DE VALPARAÍSO (2010) INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, ROL N° 1502-09.

Constitución exige al proceso penal. Bajo este último razonamiento, se podría concluir que de la misma manera en que el artículo 277 inciso 2 sería inconstitucional, a pesar de existir una exclusión expresa de la legitimidad de la defensa para apelar, también lo sería la falta de legitimación activa del Ministerio Público para alegar exclusión de prueba ilícita. Sin embargo, ambos casos son completamente distintos puesto que en el primero se trata de un imputado que es protegido por el debido proceso y en el segundo caso, el Ministerio Público es discriminado en pos de proteger a quien verdaderamente se puede ver afectado por la exclusión de prueba de descargo.

#### 2.4.2. *Sentencias que rechazan legitimidad del Ministerio Público*

Las siguientes sentencias, tienen en común que reconocen la desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado en el Proceso Penal y evidencian la contradicción que existe al otorgar legitimidad activa al órgano estatal persecutor, pues éste estaría limitado en su actuar por los derechos reconocidos al imputado y al mismo tiempo podría invocar éstos en su favor, lo que claramente no se condice con el sentido y alcance de la norma en cuestión.

##### a) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MARICURA (2002)*

En esta sentencia, se rechazó un recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público porque el tribunal se negó a suspender la Audiencia de Juicio Oral para posibilitar que la víctima, quien no había comparecido a las citaciones de la Fiscalía, depusiera y compareciera a aquélla. En dicha resolución, la Corte sin señalar directamente que el Ministerio Público no es titular de garantías constitucionales, expone que al menos en el caso en concreto, no era factible que éste invocara tales garantías, abriendo la discusión respecto a la posibilidad de que dicho organismo invocara infracción de garantías en determinados casos excepcionales: “no puede excluirse por completo la posibilidad de que también el Ministerio Público esté en situación de invocar la garantía del debido proceso pero, a la luz de cuanto se ha expresado, cabe afirmar que ello sólo ocurrirá en casos excepcionalísimos”.

Así las cosas, en su segundo considerando, indicó: “Que, desde luego, no es ésta la sede apropiada para discurrir sobre la cuestión de si la garantía del debido proceso alcanza también a la actividad del MP, pero en todo caso, una vez más debemos expresar nuestras dudas sobre el particular. El MP, es un codetentador de la potestad punitiva del Estado. El proceso penal es la forma institucionalizada del ejercicio de la violencia en que se materializa tal potestad punitiva, la cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido”. En este considerando, la Corte Suprema a pesar de rechazar el recurso de nulidad, abre la discusión de la legitimación activa y señala que no es la sede apropiada para referirse a este asunto, lo que da a entrever que se trata de una discusión que no estaba zanjada por el máximo tribunal en ese entonces.

Por lo demás, concluye que el debido proceso “no tiene por objeto instaurar el fair play entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada. En gran medida el giro hacia un derecho procesal contradictorio, oral y público, se funda en el propósito de preservar este equilibrio delicado e incierto, haciendo descender al estrado y someterse al escrutinio del juez y la sociedad al

que investiga y persigue, en contraste con la posición de privilegio que le acordaba el viejo sistema inquisitivo, característico del Estado absoluto, y por eso desprestigiado en el presente”.

b) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CRESPO (2005)*

En esta causa, el Ministerio Público presentó recurso de nulidad por haberse impedido presentar las prueba fundantes de su acusación, el cual por tres votos contra dos, fue rechazado por el Excelentísimo Tribunal porque “las garantías a que se refiere el artículo 373 letra del Código Procesal Penal están establecidas en beneficio del imputado y él es quien puede recurrir de nulidad por esta causal.”

La Corte se basó en los argumentos de que el imputado se encuentra en posición de desigualdad y que debe ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica, que por lo demás, “el debido proceso no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino asegurar el respeto del más débil por otra parte de la potestad punitiva centralizada. (Causa Rol 5869-04 y Rol 2600-04).”

En este fallo se puede apreciar que se niega la legitimidad activa del Ministerio Público sin distinción de las etapas procesales en que dicho órgano interviene, reconociendo la desigualdad de posiciones entre el imputado y el Ministerio Público.

c) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOLAR (2012)*

En este caso, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, a juicio del recurrente, impidió o limitó la incorporación de medios de prueba legales debidamente incorporados en el auto de apertura.

La Corte rechazó la legitimación activa del Ministerio Público debido a que, además de los argumentos ya expresados: “el origen de la garantía procesal señalada en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental se encuentra en el derecho anglosajón, de donde fue tomado por nuestros legisladores, sistema en el cual, efectivamente, el *due process of law* no está concebido para el Estado en cuanto ejerce el poder punitivo, sino para el imputado que es el sujeto pasivo de ese poder y con el claro objetivo de frenar los excesos propios que se advirtieron durante muchos años en que el proceso fue empleado como un mero argumento de forma, más que como el desarrollo de un conjunto de etapas en que el acusado tuviera oportunidades mínimas de ejercer su defensa”.

Agregó además, que el Ministerio Público fue creado con posterioridad a la norma del artículo 19 N° 3, por lo que no es su destinatario natural, incluso la reforma constitucional de 1997 “al extender la obligación que tiene el legislador de establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, también a las necesarias para una investigación que tuviera tales características, lo que hizo fue precisamente situar al persecutor estatal de cara al derecho constitucional reconocido al imputado y no como destinatario del mismo”.

Indicó también, que “para el ejercicio de su potestad persecutoria el Estado dispone de las normas legales que integran el Código Procesal Penal y, como consecuencia de ello, de los recursos que tengan como presupuesto la trasgresión de normas de esta clase. Sin embargo, carece de la posibilidad anulatoria del apartado a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en tanto el presupuesto de esa causal es haberse ‘infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales’”.

Finalmente, analizó la naturaleza jurídica de esta garantía y sostuvo que, “la naturaleza jurídica de esta clase de derechos determina que sus titulares sean las personas, cuanto porque en el proceso penal también cumplen la función de imponer límites a resultas de lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, lo que ciertamente no sería eficaz si desde ellos se atienden intereses jurídicos contrapuestos en permanente tensión, derecho subjetivo de defensa y potestad de persecución”.

d) *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA OLIVIERI* (2012)

Aquí el Ministerio Público alegaba la infracción de garantías constitucionales, en específico, la garantía del debido proceso por cuanto el tribunal rechazó la solicitud de entrega de copias de antecedentes que fueron presentados por la defensa en audiencia de preparación de juicio oral.

En lo que respecta a la legitimación activa, la Corte Suprema adoptó la posición de que la garantía del debido proceso está reconocida sólo a personas y no a órganos del Estado, señalando que: “en segundo término, y en un aspecto más formal, el texto del artículo 19 de la Constitución Política, expresa: ‘La Constitución asegura a todas las personas’, lo que deja en claro que los derechos que a continuación establece lo son sólo para estas últimas: las personas (sean éstas naturales o jurídicas, aunque estas últimas sólo respecto de derechos muy específicos) y no de órganos del Estado, que es la calidad que inviste el Ministerio Público”. Además, continúa su argumentación en que el Ministerio Público “siendo un órgano del Estado y, por lo tanto, investido de amplias facultades para desarrollar sus labores propias –sin perjuicio de las limitaciones que tiene en cuanto a diligencias que afectan garantías fundamentales- goza naturalmente de las potestades que el legislador le ha señalado, tanto en la misma Carta Fundamental, cuanto en su Ley Orgánica, como en el Código Procesal Penal y otros cuerpos normativos, y sin embargo, la Constitución le señala como límite al que debe ceñirse y al que debe someter su actuación, entre otros, las garantías y derechos que emanan (entre otros) del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 19 N° 3 a las personas que en este caso puedan ser sujetos de la investigación que pueda llevar adelante el Ministerio Público”.

## 2.5. COMENTARIOS FINALES

Resulta importante recalcar que este análisis se efectúa desde el punto de vista del recurso de nulidad, en específico de la causal del artículo 373 letra a) CPP invocada por el Ministerio Público en atención a la infracción de la garantía constitucional del debido proceso.

La Corte Suprema ha estimado en la mayoría de las sentencias estudiadas, que el Ministerio Público no tiene legitimidad para recurrir de nulidad por la causal antes mencionada. Dicho razonamiento permite señalar que este órgano estatal tampoco tiene legitimidad para pedir la exclusión por infracción de garantías constitucionales en la audiencia de preparación de juicio oral, toda vez que estas garantías son y han sido creadas en protección del imputado frente al poder estatal y no en protección del mismo Estado.

Por lo demás, resulta conveniente aclarar que en los fallos revisados el Ministerio Público alega infracciones sufridas directamente como parte en el juicio, invocando la garantía constitucional del debido proceso. Por lo que los argumentos analizados son

relevantes y útiles para rechazar la legitimidad por aprovecharse el Ministerio Público de una infracción del mismo Estado, es decir, del tribunal. Sin embargo, en lo que respecta a la legitimación activa para aprovecharse de infracciones cometidas por la defensa, estos razonamientos no resultan eficaces y, por tanto, es menester recurrir a los otros argumentos presentados por la doctrina para rechazar también esta legitimidad, estos son, los relativos a al fundamento de la ineficacia de la prueba ilícita.

Como fundamento de la ineficacia de la prueba ilícita, encontramos la antes mencionada integridad judicial, la cual implica que a pesar de que el castigo es un fin deseable para el Estado, no puede conseguirse traspasando el mínimo ético exigido y mucho menos al precio que fuere. En el caso concreto, condenando a un inocente.

En Chile, el Código Procesal Penal a diferencia de algunas legislaciones extranjeras, no se refiere explícitamente a los intervinientes que pueden alegar la exclusión de prueba de su contraparte. Es por esta razón, que ha surgido la discusión sobre si la prueba de descargo de la defensa es una de las situaciones en que se exceptúa la ineficacia de la prueba ilícita.

Según la investigación realizada, la doctrina mayoritaria considera que no cabría la exclusión de prueba en estos casos, por variadas razones, entre ellas: los fundamentos de la exclusión de la prueba, la inexistencia de razones de interés público que justifiquen la declaración de ilicitud y las consecuencias que tendría dicha declaración para el imputado de un delito. A pesar de lo anterior, existen algunos autores que tienen una posición contraria toda vez que fundamentan la ineficacia de tal prueba en la discriminación y en la “igualdad de armas” que tendría el Ministerio Público en relación con la defensa.

Al igual que la doctrina, la situación en la jurisprudencia, indirectamente, es similar, puesto que a pesar de no haberse analizado fallos que derechamente se refieran a la exclusión de prueba de descargo, los que abordan la legitimación activa del Ministerio Público para alegar vulneración de la garantía del debido proceso en recursos de nulidad, dan algunas luces de la postura que debiese tomar la Corte Suprema en la materia en examen, a pesar de que los argumentos no sean útiles para derechamente rechazar la legitimación activa para excluir prueba ilícita de descargo por tratarse de infracciones al debido proceso de actuaciones de los tribunales de justicia y no de la defensa.

### 3. EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA DE CARGO RECOLECTADA POR PARTICULARES Y SU TRATAMIENTO POR LA CORTE SUPREMA<sup>177</sup>

En el derecho de Estados Unidos, la Cuarta Enmienda sólo limitaría la acción estatal y no la de los particulares. La excepción terminaría cuando la conducta privada se conecta significativamente con una actuación estatal, concretamente cuando aquella se produce a instancias o en cooperación con agentes estatales, siendo decisivo si la actuación estatal añade algo a la conducta privada en el descubrimiento<sup>178</sup>. Así, si la actuación privada se lleva a cabo para dar cumplimiento a una reglamentación estatal<sup>179</sup> o por la seguridad privada<sup>180</sup>, cumpliría con una función pública ligada fuertemente a la persecución penal.

Por otro lado, en Alemania se establecen tres casos donde sí se vería afectada la actuación probatoria de los privados, cuando “los órganos de persecución penal intervienen

<sup>177</sup> Esta sección corresponde al trabajo de José Guglielmetti Serrano.

<sup>178</sup> Así se desprende de *WALTER V. UNITED STATES* (1980).

<sup>179</sup> *SKINNER V. RAILWAY LABOR EXECUTIVES ASSOCIATION* (1989).

<sup>180</sup> *MARSH V. ALABAMA* (1946).

en la actuación privada, sea porque los privados actúan por encargo de la autoridad, sea porque los privados han incurrido en violaciones tan extremas de los derechos humanos que la valoración de la prueba cargaría con una inaceptable mancha de aprobación de tales procedimientos, sea porque el acto oficial de incorporación de la prueba implicaría en sí una nueva violación de derechos fundamentales”<sup>181</sup>.

En Chile, se ha argumentado por Horvitz y López<sup>182</sup> que la prueba de cargo, sin importar quien la presente, no representa una excepción a la regla de exclusión de la prueba ilícita, ya que, aunque no exista un policía a quien se dirija el mensaje disciplinante, sí podría generar que se fundara el *ius puniendi* en una sentencia basada en la infracción de garantías con que se obtuvo la prueba, lo cual a todas luces debe ser rechazado, en virtud del establecido criterio de integridad judicial.

Profundizando en esa línea, Echeverría sostiene que “asumido que en el derecho chileno el particular sí es capaz de vulnerar derechos fundamentales, por la consagración horizontal de estos, de ahí en más la mera lectura del artículo 276 del C.P.P. permite oponer a todos los privados las limitaciones probatorias”<sup>183</sup>. Además, agrega a su argumentación razones de equidad y legitimidad del proceso penal en base a las cuales no podría aceptarse la prueba ilícita de cargo aportada por terceros. Hernández continúa esta línea de argumentación sosteniendo que “la tolerancia del Estado frente a la vulneración de derechos de los particulares, manifestada por un intento de otorgarle efectos jurídicos a la misma, hace partícipe al Estado en aquella infracción y genera una nueva lesión a los derechos esenciales, ahora al construir una sentencia bajo la base de una prueba inconstitucional”<sup>184</sup>; así, estaríamos frente a una doble lesión para el imputado, que se ve enfrentado a una prueba de cargo que no sólo es generada u obtenida de manera inconstitucional, sino que además es valorada de la misma manera para fundar una sentencia condenatoria en materia penal, la cual puede devenir en la reacción más violenta que tiene el derecho para mantener el orden social, como lo es la pena efectiva de cárcel. Sin embargo, Hernández<sup>185</sup> reconoce ciertas excepciones a la aplicabilidad de la exclusión de la prueba de cargo aportada por particulares en casos de legítima defensa o inexigibilidad de otra conducta: por encontrarse el delito en ejecución, no haber podido acceder a la asistencia de la autoridad, o porque simplemente no se le prestó atención a la víctima cuando concurrió al organismo oficial.

### 3.1. ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

A continuación, analizaremos las sentencias dictadas por la Corte Suprema en los recursos de nulidad presentados que nos ayudan a verificar los criterios aplicados en las mismas para la exclusión de la prueba ilícita recolectada por terceros en presupuestos facticos reales, los cuales, por la naturaleza del tema en comento, son de vital importancia para comprender los criterios aplicados.

Una muy clara aplicación de muchos de los criterios que analizamos en el apartado anterior es apreciable en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA REYES (2007)*, en la cual se resuelve acoger el recurso de nulidad presentado por la defensa, ya que la Corte Suprema reconoce

<sup>181</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 39.

<sup>182</sup> HORVITZ Y LÓPEZ (2004) Tomo II, pp. 227 y 228.

<sup>183</sup> ECHEVERRÍA (2010) pp. 89-90.

<sup>184</sup> HERNÁNDEZ (2005) pp. 65-67.

<sup>185</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 67.

la valoración de prueba obtenida por medios ilícitos que vulneraron las garantías fundamentales de la inviolabilidad del hogar y la privacidad. Para contextualizar los hechos de esta causa son los siguientes: Con fecha 2 de abril de 2007 se dictó sentencia condenatoria por los delitos de abusos sexuales reiterados y almacenamiento malicioso de pornografía infantil. El fundamento del recurso de nulidad recae en el hecho de que la madre de la menor víctima de autos, al día siguiente de que la menor le develara los abusos cometidos por el imputado, quien además era el empleador de la madre, concurre a su lugar de trabajo a las 8:00 de la mañana con el objetivo de emplazar al imputado y renunciar a su trabajo; sin embargo, una vez ahí, decide revisar toda la oficina, incluida una habitación destinada al bodegaje, en la cual el imputado mantenía un computador con clave, que, como se refirió en la declaración del mismo y de la madre de la menor, sólo era encendido en la presencia del imputado, y una caja con candado donde se guardaban distintos materiales audiovisuales en soporte físico. En ese momento, la referida mujer enciende con éxito el computador y logra acceder a él sin necesitar la clave, como ella misma reconoce, por excepción. En dicho equipo encontró distintas imágenes de mujeres desnudas y cometiendo actos de significación sexual, entre las que reconoce una imagen practicándole sexo oral a un hombre. La mujer procede a copiar la imagen en un disco externo, material que luego entregó al Ministerio Público, el cual lo utilizó para conseguir órdenes de allanamiento del lugar y recolectar el resto de la evidencia necesaria para la condena.

Pero, ¿cómo llevamos este relato a las construcciones doctrinarias antes analizadas? Primero debemos establecer que la prueba fue recolectada por la madre de la víctima, claramente considerable un tercero en el procedimiento, aunque ella la entregó al Ministerio Público, quien la aportó al juicio y basó sus alegaciones en ella, prueba que luego fue valorada por los jueces al momento de resolver. Su infracción radicaría en su entrada, registro y posterior levantamiento de evidencias en un inmueble, al que si bien “podía acceder en razón de su puesto de secretaria, pero limitada a las dependencias y especies destinadas a tal servicio, mas no a aquellas que, por haberlas reservado para sí su dueño, estaba en la obligación de respetar”, el cual es subsumible en la definición de hogar adoptada por la Corte Suprema y el acceso a archivos restringidos con medidas de seguridad por su dueño. Entonces, cuando en la sentencia se declara la nulidad de la prueba recolectada por la madre de la menor se reconoce el doble efecto disuasorio, evidenciado específicamente en la sentencia cuando dice que: “para alcanzar legítimamente el fin que la pudo inspirar, desde el primer momento debió proceder amparada por el derecho, y no a sus espaldas, al interceptar clandestinamente, abrir y registrar, mediante copia digital, documentos privados que no le pertenecían”. También podemos apreciar como la ilicitud del acto material de la obtención de la prueba comportaría la nulidad de posterior de la prueba misma en el proceso, esto reafirmado por la Corte al dar acogida al recurso de nulidad.

Luego, se consagraría la no admisión de esta prueba ilícita como una manifestación de la prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho de la madre a investigar los abusos de los que fuera víctima su hija, reafirmando así la supremacía constitucional y la vinculación directa de la Constitución con todos los habitantes de la República. Además, se reconoce al debido proceso como único fundamento admisible para cualquier resolución judicial dictada y reconociendo la violación a éste al admitir la prueba ilícita, manteniendo así una actuación conforme al criterio de la integridad judicial en conjunto con que dentro del razonamiento de la Corte se realiza un ejercicio de equilibrio entre la eficacia de la

persecución penal y el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que el Estado se volvería partícipe de la violación a las garantías si admitiera dicha prueba.

Respecto al alcance concreto de la protección entregada, ésta se limita a la prueba recolectada en el mismo acto y no se comunica a las diligencias que posteriormente se llevarían a cabo con la debida autorización del Juez de Garantía, como serían las posteriores órdenes de allanamiento e incautación. Por último, es posible observar que no nos encontraríamos en ninguno de los casos de excepción propuestos por Hernández y referidos anteriormente.

Una mirada diferente de un caso que guarda algunas similitudes nos la entrega la Corte Suprema en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA YAÑEZ* (2011), referida al igual que el caso anterior a los delitos de abuso sexual y producción de material pornográfico infantil. En esta sentencia se rechaza la nulidad interpuesta por la defensa de los imputados, ya que los hechos se desenvuelven de una manera completamente diferente. En este caso, la menor no sabía que había sido abusada y se entera de ello luego de revisar un supuesto vídeo de las vacaciones familiares donde realmente aparecía su madre y su pareja llevando a cabo actos de significación sexual con la menor, la cual dormía mientras esto sucedía. La nulidad se basó en que la menor obtuvo el vídeo desde la casa de la pareja de su madre, con el cual ella no convivía ni cohabitaba al momento de los hechos, más precisamente desde el dormitorio del mismo. En este caso, al igual que en el anterior, se alegó la infracción de las garantías fundamentales de la inviolabilidad del hogar y la privacidad.

La Corte pone especial atención a las acciones que llevo a cabo la menor para la obtención de este vídeo, como bien refiere: “la menor no entró usando de fuerza u otro medio no idóneo al domicilio del acusado Araya, sino que lo hizo autorizado por la madre de aquél, sin que se haya rendido prueba por la defensa en el sentido que se le prohibió acceder al dormitorio o sacar algo de ese lugar o de cualquiera otro”. Además, su ingreso habría sido con el fin específico de encontrar vídeos de sus vacaciones familiares, sin darse cuenta de su error hasta reproducir el vídeo en su propio hogar, por lo que la Corte Suprema afirma que el “hallazgo casual del vídeo por la niña y el hecho que ella lo sacara del domicilio del acusado no constituyen la violación de garantías que se pretende, sino que es efectivo que ella actuó de buena fe”. Así, se configura un nuevo criterio al establecer que no incurre en una infracción por haberse producido el acto que le da acceso a la prueba de buena fe, con autorización de la persona encargada del inmueble y de manera casual. Esto último se evidencia al afirmar que “no entró al domicilio del acusado ni afectó su intimidad buscando algo para perjudicarlo, sino que unos simples videos familiares”.

Respecto de las amenazas a la privacidad de las personas como garantía fundamental podemos encontrar todo tipo de hipótesis fácticas que podrían devenir en la generación de prueba ilícita. Así nuestra “*casuística inagotable*” nos provee de un giro de 180° en cuanto al caso que analizaremos a continuación.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMOS* (2018), se refiere al autor de un delito de hurto simple en un supermercado, el cual recurre de nulidad argumentando que sería prueba ilícita la recogida por los guardias privados del supermercado al revisar la mochila que cargaba el imputado, contra su voluntad, cuando éste pasó las cajas registradoras, aduciendo los guardias un cambio de apariencia en la misma, procediendo a revisarla y encontrar una serie de especies sustraídas desde el interior del local, ante lo cual proceden a contactar a Carabineros. Si bien los hechos de este caso no parecen revestir mayor gravedad, la fundamentación que entregan los jueces para rechazar el recurso de nulidad interpuesto nos muestra la aplicación de varios criterios que mencionamos en el apartado

anterior; además, entrega ciertos parámetros que la Corte utiliza al ponderar la significación de los hechos revisados.

Primeramente se debe establecer que lo cuestionado es si las diligencias realizadas por los guardias del supermercado, como particulares, son intrusivas y si pueden calificarse como investigativas. Así, la Corte comienza por establecer “como fundamento (de la exclusión de prueba ilícita) la concepción del proceso como instrumento de resolución jurisdiccional de litigios enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, lo que conduce a que todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo”, pasando luego a referir un punto muy importante, que la Corte reconoce la “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”; es decir, la acción estatal no es un requisito para la que opere la exclusión de prueba. Pero de manera inmediata pasa a establecer una nueva exigencia para que opere la regla de exclusión de nuestro sistema en la actividad de particulares, al afirmar que “se requiere, a lo menos, que el privado se subrogue –de facto, o en connivencia con un agente estatal- en actuaciones o diligencias propias de la investigación penal, es decir, aquellas que tienden a esclarecer la existencia de un ilícito o la identificación de sus partícipes”.

De esa manera, la Corte se inclinaría hacia el fundamento del “*deterrence*” norteamericano, dirigido como disuasivo a los agentes del Estado y, particularmente, a que no empleen terceros para llevar a cabo actividades investigativas que pudieran violar garantías fundamentales de los ciudadanos, sin temer los efectos disciplinarios que pudieran derivar de dichas infracciones. Sin embargo el criterio de la Corte Suprema en Chile ha evolucionado en dicha materia, como en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SILVA* (2017), en la cual se “reconocen algunas limitaciones al requerimiento de acción estatal, como los casos en que un particular actúa, de acuerdo a las circunstancias, como un agente del Estado. Así, por ejemplo, en *Skinner v. Railway Labor Executives*, 489 U.S. 602 (1989), la Corte Suprema califica como medida intrusiva sujeta a la Cuarta Enmienda una actuación netamente privada, pero compelida por reglamentación federal, en la que el interés privado implicado en la diligencia es mínimo, y en cambio, el interés estatal resulta ser preponderante”. Se importa la aplicación de dicho criterio a Chile, así ampliando las hipótesis fácticas en las cuales podría sostenerse la ilicitud de la prueba a casos como los guardias particulares.

Además, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMOS* (2018) la Corte Suprema establece un mínimo necesario para que podamos entender afectadas las garantías constitucionales; dicha afectación “debe ser sustancial, relevante, de gravedad, de tal modo que el defecto constituya un atentado de tal entidad que conduzca a la ineficacia de la garantía, resultando de ello un desconocimiento del núcleo esencial de ésta”, excluyendo cualquier infracción de menor entidad donde no sea posible acreditar la ineficacia real de la garantía amenazada. En el caso en comentario, se establece que el imputado no podría tener una “legítima expectativa de privacidad” respecto al contenido de su bolso, debido a la variación de apariencia que tendría desde su ingreso al local, lo cual de acuerdo a la fundamentación esgrimida, permitiría sospechar la flagrancia del delito por parte de los guardias, sobre la cual se basaría la revisión del bolso como el único medio posible para confirmarlo. Lo anterior configuraría una de las causales, ya mencionadas, que Hernández refiere como posibles excepciones a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba, estando este tercero frente a un delito en curso, siendo además, un particular asalariado por la víctima (el supermercado) con la finalidad específica de evitar este tipo de delitos.

En cuanto a la expectativa de privacidad, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre ella no sólo en situaciones de fiscalización por guardias particulares<sup>186</sup>, sino también respecto a los mensajes escritos remitidos por cualquier medio, ya sea material o electrónico. En ese sentido, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA BURGOS* (2018), afirma que “quien envía un mensaje de texto a través de la referida aplicación (Whatsapp) realizando declaraciones relacionadas con hechos que son materia de una investigación penal en curso dirigida en su contra y dirigidos precisamente a la denunciante de esos hechos en caso alguno puede mantener respecto del contenido de esos mensajes, una vez recepcionados por su destinatario, una razonable expectativa de privacidad, pues, al igual que respecto de la correspondencia postal o telegráfica que contiene amenazas al destinatario, sabe que el mensaje, que se mantiene escrito, puede eventualmente ser proporcionado por el receptor para respaldar su denuncia”. Así, la Corte Suprema reafirmaría el criterio que ha sostenido históricamente respecto a las comunicaciones escritas, las cuales podrían ser aportadas a un procedimiento penal por su receptor, siempre y cuando estuvieren relacionadas a los hechos que se buscan probar, sin constituir prueba ilícita, ya que no significarían una violación de las comunicaciones privadas.

Ahora respecto de los terceros que actúan en colaboración con los agentes policiales, nos encontramos con la figura del agente revelador, consagra en el artículo 25 de la Ley N° 20.000, de 2005. Esta figura no está reservada sólo para los miembros de las policías, ya que ellos, previa propuesta y autorización del Ministerio Público, podrían designar a un informante como agente revelador (que simula adquirir sustancias ilícitas) o encubierto (que se introduce en organizaciones con fines delictivos). La figura del informante se refiere a quien entrega antecedentes acerca de la comisión o preparación de delitos a los organismos policiales y, por tanto, se configura como un tercero que aporta material probatorio a la investigación del Ministerio Público. Entonces cabe preguntarse ¿Cómo la prueba reunida por un informante bajo las figuras consagradas en el artículo 5 de la Ley N° 20.000 podría devenir en ilícita?

Para responder a lo anterior se nos hace muy útil *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA DURÁN* (2016), en la cual precisamente se discute la licitud de una designación genérica que dejaría en manos de la policía la decisión final de la persona del informante que ejecutaría la diligencia. Aquí se funda el recurso de nulidad en la falta de designación de la persona del informante por parte del Ministerio Público, lo cual haría que su designación no fuera ajustada a la Ley y, por tanto, la prueba generada por éste devendría en ilícita, ya que se generaría con ocasión de la comisión de delitos que no estarían siendo sancionados por los agentes policiales, a pesar de estar en conocimiento de ellos. La Corte ha dicho que sólo es necesaria la autorización del Ministerio Público de la propuesta de utilizar “un” informante por los agentes policiales, sin individualizar su persona de manera específica. Así el criterio que podríamos deducir de la misma es que dicho nombramiento, en cuanto habilita a un tercero para llevar a cabo actos que de otra manera sería considerados ilícitos con la sola finalidad de generar material probatorio, debe ser realizado ajustándose a la Ley y a los reglamentos internos de cada organismo.

Pero entonces es necesario que busquemos un presupuesto fáctico donde sean los terceros quienes hagan las veces de agente revelador, sin involucrar al Ministerio Público. Para esto, debemos analizar *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GONZÁLEZ* (2019), en la cual el equipo de Informe Especial aportó antecedentes que llevaron a la detención del imputado

---

<sup>186</sup> En ese sentido *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SILVA* (2017).

por el delito de tráfico de estupefacientes. El recurso de nulidad impetrado por el imputado tuvo como fundamento que el equipo periodístico se habría arrogado las facultades de agente revelador. Sin embargo, la Corte rechazó dicha nulidad, ya que determinó que el equipo periodístico sólo habría cumplido con el rol de informar a Carabineros, pero nos da un criterio útil para limitar lo que definamos como la participación de un tercero como agente revelador; y es que tiene que existir un procedimiento investigativo en desarrollo. Esto no se configura en el caso en comento, pero nos ayuda a formar una mejor idea de la valoración de las intervenciones de terceros en la actividad probatoria al servicio o en connivencia de los agentes del Estado, que, como ya vimos, es uno de los criterios utilizados para definir la exclusión de la prueba ilícita.

## CAPÍTULO VI

### DECLARACIÓN DE ILICITUD DE LA PRUEBA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

FELIPE VALDEBENITO SÁNCHEZ

El artículo 276 CPP, que dispone: “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”, le atribuye al Juez de Garantía, en el contexto de la audiencia de preparación del juicio oral, la función de excluir la prueba ilícita, “lo que supone un mecanismo de control impuesto en la fase de admisibilidad por un órgano distinto que el que intervendrá en la fase de valoración [...]”<sup>187</sup>, así virtuosamente se evita que el tribunal sentenciador se vea comprometido de forma alguna por la prueba ilícita al momento de juzgar y fundamentar su sentencia. Entonces, todo medio de prueba considerado admisible por el Juez de Garantía se incorporará en el auto de apertura del juicio oral para que sea parte del examen probatorio que hará el Tribunal de Juicio Oral.<sup>188</sup>

Con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral, durante la etapa de investigación, no existe una exclusión probatoria propiamente tal, pero sí se permite declarar nulas las actuaciones o diligencias judiciales que al no haberse ajustado a derecho ocasionen un perjuicio a un interviniente solo reparable por la nulidad (artículo 159 CPP). Esta declaración de nulidad sobre actuaciones o diligencias judiciales no excluye directamente medios probatorios del procedimiento, lo que sí ocurrirá en la audiencia de preparación del juicio respecto los medios de prueba (que no necesariamente se obtuvieron con inobservancia a garantías fundamentales) provenientes de aquellos actos declarados nulos. Por otra parte, en caso de que la sentencia se fundare en pruebas que debieron haberse excluido, procederá la solicitud para la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia conforme a la letra a) del artículo 373 CPP, y aunque lo que se discute y resuelve es la validez de la sentencia impugnada y del juicio oral “[...] la sentencia de nulidad que acoge el recurso opera como una verdadera decisión de exclusión de prueba ilícita, en cuanto anula no sólo la sentencia, sino que también el juicio mismo, obligando a repetir éste [...]”<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004) Tomo II, p.193.

<sup>188</sup> N. del E.El Tribunal del Juicio Oral puede ser el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal o un Juzgado de Garantía, en este último caso, tratándose de un juicio oral simplificado, por lo que lo aquí expuesto respecto de aquel tribunal resulta aplicable también al segundo en ese caso.

<sup>189</sup> HERNÁNDEZ (2005), p. 94.

Ahora bien, posee el Tribunal de Juicio Oral facultades para pronunciarse sobre la ilicitud de la prueba rendida en el juicio?

## 1. DOCTRINA NACIONAL

López lo niega. Para ello señala que los sentenciadores no han de pronunciarse sobre la admisibilidad de una prueba en particular, porque el legislador estableció y radicó la competencia de resolver su exclusión en el Juez de Garantía. De no haberse planteado una discusión sobre la licitud de la prueba, pudiendo haberlo hecho, o de declararla admisible el Juez de Garantía, debe entenderse que ha precluido la oportunidad para continuar discutiéndola.<sup>190</sup>

En esta misma línea argumentativa, el profesor Tavolari parte de la base que los Juzgados de Garantía y los Tribunal de Juicio Oral tienen competencias distintas y excluyentes, siendo propias de los primeros la de dictar la sentencia interlocutoria denominada auto de apertura y, una vez firme dicha resolución, ésta tiene efecto de cosa juzgada, precluyendo la oportunidad procesal para discutirse la ilicitud de la prueba y su exclusión. A esto suma que “el tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, en lo que se refiere al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se contienen, tanto porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, cuanto porque no es superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría, eventualmente, ora ejercer potestad disciplinaria ora, conocer de recursos que se interpusieran en contra de sus resoluciones.”<sup>191</sup>

Retomando el razonamiento de López,<sup>192</sup> éste también rechaza que el Tribunal de Juicio pueda negarle valor a la prueba,<sup>193</sup> advierte la inconveniencia que esto implica para el correcto funcionamiento del sistema penal, puesto que se debilita la función del Juez de Garantía cuando ésta deja de ser exclusiva, puesto que podrán revivirse en juicio oral discusiones que éste ya pretendía zanjadas, incentivándose a que se niegue la exclusión de un medio probatorio para que ello sea resuelto en la etapa siguiente, aumentándose de este modo la carga de los Tribunal de Juicio Oral. Además, continúa, esto sería contraproducente al objetivo de la exclusión probatoria, puesto que el tribunal entrará a conocer incidentes sobre la ilicitud de pruebas, que de serlo, idealmente no debían entrar en conocimiento de los sentenciadores y así obligándolos a suprimir este medio de prueba ilícito para poder resolver la cuestión principal, lo que aun así puede determinar su criterio en la sentencia. Agrega que no existe una norma que permita omitir la valoración probatoria, considerando que el artículo 297 CPP obliga al tribunal a hacerse cargo de la fundamentación de toda prueba, incluso la que se hubiese desestimado, siendo la vía natural para resolver el vicio de la sentencia el recurso de nulidad que deberá ver la Corte Suprema.

Cortés-Monroy<sup>194</sup> cuestiona la existencia de una diferencia real y sustantiva entre la exclusión de la prueba ilícita y la valoración negativa de ésta, concluye que ambas tienen

<sup>190</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004), Tomo II, pp.197-198.

<sup>191</sup> TAVOLARI (2003) p.158

<sup>192</sup> HORVITZ y LÓPEZ (2004) Tomo II, pp. 200-203.

<sup>193</sup> En *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LLANOS* (2012), se ha entendido la valoración negativa conlleva “analizar la prueba y luego de ello, si detecta la existencia de ilicitud u otro motivo que conlleve su rechazo, ha de referirlo en los motivos por los cuales le negara valor”.

<sup>194</sup> CORTÉS-MONROY (2018) pp. 684-685.

un mismo objeto y naturaleza. La supuesta diferencia de “que en una actuación se pretendería que la prueba no sea practicada en el juicio oral, y en la otra que, a pesar de haber sido practicada, su resultado no sea considerado para la determinación de los hechos en la sentencia”, la considera irrelevante puesto que ambas actuaciones buscan extraer de la decisión judicial una prueba y que, al final, la expresión de valoración negativa de la prueba es un tecnicismo para evitar hablar de la exclusión probatoria y cumplir con los estándares de la valoración de la prueba en la sentencia. Finaliza diciendo que “la “valoración negativa” constituye una revisión y modificación del auto de apertura de juicio oral, al menos en la parte en que este último se refiere a la prueba admitida al juicio.” Así la valoración negativa de la prueba goza de las mismas fallas señaladas *supra*.

Lo propuesto por estos autores supone que el Tribunal de Juicio Oral deberá fallar incorporando a su razonamiento un elemento probatorio de ilicitud conocida, dictando una sentencia destinada a ser anulada mediante el recurso de nulidad. Esto parece contrario a la economía procesal y a un proceso racional y justo.

En la otra vereda, sosteniendo que el Tribunal de Juicio Oral debe restarle valor a la prueba ilícita al dictar sentencia,<sup>195</sup> se sitúa Hernández, que asevera que “de las diversas posiciones que podrían mantenerse en esta materia hay al menos una que no parece admisible desde un punto de vista material, como es la de entender que el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo total abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar.”<sup>196</sup> Pues entiende que el artículo 276 CPP consagra una prohibición de valoración de la prueba ilícita, siendo ideal que ésta no se admita a juicio oral, pero de pasar esa primera barrera tampoco puede ser considerada como prueba válida por el Tribunal de Juicio Oral.

Esta prohibición general de valoración de la prueba obtenida con inobservancia a las garantías fundamentales se puede coordinar con lo planteado por Mario Mini,<sup>197</sup> quien sostiene que la prueba es un derecho fundamental, sea autónomo o por el derecho a defensa, por tanto, pudiendo ser tutelado y coordinado con el debido proceso, concluyendo que esto no incluye únicamente el derecho a presentar prueba, sino que también a que ésta sea recibida y razonada de acuerdo a este proceso racional y justo y, de ahí, Correa<sup>198</sup> asevera que “sostener esta postura implicaría asumir que los tribunales de juicio oral en lo penal se encuentran obligados a prescindir de la prueba ilícita, ya que también ellos son destinatarios de la obligación de pronunciar sus fallos precedidos de un debido proceso.”

Zapata no trata directamente la exclusión de la prueba ilícita durante el juicio oral, pero hace un desarrollo de la exclusión probatoria a la luz de la Constitución que concuerda con esta línea argumentativa. Primero explica que, de acuerdo a su artículo 5°, los tribunales deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sumado al principio de supremacía constitucional del artículo 6°. “Incumplirían los jueces flagrantemente este mandato constitucional si, conocedores de la vulneración de un derecho fundamental, hacen caso omiso de ello, admitiendo en el proceso el resultado material de dicha vulneración, y peor aún, en contra del titular del derecho que se ha visto

<sup>195</sup> Nota: Tratando el control de identidad, acepta el debate sobre la ilicitud de esa diligencia en el juicio oral, ROMERO (2007) p. 25.

<sup>196</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 90.

<sup>197</sup> MINI (2005) pp. 36-37.

<sup>198</sup> CORREA (2016) p.116.

arrasado.”<sup>199</sup> Así concluye que aun cuando no existiere el artículo 276 CPP igualmente existiría el deber de excluir la prueba ilícita.

En esta línea y fundándose en los artículos 5, 6 y 19 N° 3 de la Constitución, puede elaborarse una proscripción para los jueces de dictar sentencias fundadas en pruebas ilícitas. Tomando por adecuada esta línea argumentativa, queda por analizar qué medios tiene el Tribunal de Juicio Oral para cumplir con la prohibición.

Hernández descarta que el Tribunal de Juicio Oral tenga facultad para negarse a recibir la prueba que debió ser excluida en la etapa anterior, esto porque “se corre el riesgo de entronizar con carácter general una suerte de segunda instancia encubierta en materia de exclusión de prueba [...]”, siendo que el legislador explícitamente restringió la apelación del auto de apertura a un caso excepcional. Además, cabe decir que, como ya se señaló *supra*, el Tribunal de Juicio Oral no es el superior jerárquico y competente para conocer de una apelación de una sentencia dictada por un Juez de Garantía. El autor comenta que el obrar de los sentenciadores ha de estar enmarcado en el ámbito de la valoración de la prueba una vez ya presentada, puesto que sólo habiéndose presentado la prueba conocerán de sus vicios, para finalmente abstenerse de valorarla.<sup>200</sup> Bajo esta lógica cabe la posibilidad de ocupar una valoración negativa de la prueba en la sentencia, que es restarle valor y eficacia probatoria a ésta.

Hermosilla y Hoyl, adhiriendo a esta postura, precisan que “la prohibición de valoración no significará para el tribunal que no valore esa prueba –pues en tal caso se caería de inmediato en la causal de motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra e) CPP-. Es decir, debe emitir algún pronunciamiento y no hacerlo, sería simplemente una no valoración que conllevaría a la causal de nulidad referida. Por ello la valoración en este punto debe ser negativa, lo que no significaría otra cosa que sopesarla debidamente, concluyendo que como la obtención de la fuente probatoria lo fue con infracción a las garantías fundamentales, no podría considerarse de su mérito o contenido, elemento alguno, ya sea para acreditar el hecho punible o bien la participación del enjuiciado, pues si así se hiciera se estaría resolviendo con prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales”.<sup>201</sup>

Cortés-Monroy, como ya si dijo, derechamente descarta diferencia alguna entre valoración negativa y exclusión probatoria, postura de acuerdo a la cual, con la valoración negativa se vulneraría el artículo 297 CPP.

## 2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE ESTA MATERIA<sup>202</sup>

<sup>199</sup> ZAPATA (2004) p. 49.

<sup>200</sup> HERNÁNDEZ (2005) p. 92.

<sup>201</sup> HERMOSILLA Y HOYL (2013) p. 64.

<sup>202</sup> Nota: Hoy parece existir un relativo consenso, a nivel de los tribunales de instancia, sean Juzgados de Garantía o Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que la licitud de la prueba contenida en el auto de apertura puede ser discutida en el juicio oral, amén de la audiencia de preparación. Es más, alegarla en aquel estadio del proceso se ha erigido como una exigencia de admisibilidad del recurso de nulidad conforme al artículo 377 CPP, que requiere haber “reclamado oportunamente del vicio o defecto”. Los pronunciamientos de la Corte, como se verá, en general, concuerdan en que el Tribunal de Juicio Oral no puede impedir que se rinda prueba incluida en el auto de apertura y examinan más bien si una declaración de ilicitud exime a los jueces de valorar la prueba así considerada. En *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA OLAVARRÍA* (2019) y *CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO CONTRA OLAVARRÍA* (2019), ambas pronunciadas con posterioridad al envío de los trabajos que componen este texto, se descarta que la declaración de ilicitud por el TJOP constituya una falta o abuso grave que pueda dar lugar a un recurso de queja y, agrega, que “tratándose de la prueba despreciada por

La CS aboga porque el Tribunal de Juicio Oral está facultado para pronunciarse sobre la ilicitud de una prueba. Uno de los ejemplos más patentes es la sentencia MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMÍREZ (2018), que acoge la doctrina de Hernández contra a considerar que ese tribunal no tiene posibilidad de hacerle frente a una prueba ilícita y está obligado a sentenciarla como válida. Además, ha dado, de forma constante, una misma solución a este asunto, esto es, que al enfrentarse a una prueba ilícita en etapa de juicio oral el tribunal tiene la facultad, incluso deber, de valorar negativamente dicha pieza probatoria.

Sin embargo, a continuación se expone una serie de fallos que nos permitirán ver que, a pesar del trato uniforme que ha dado la Corte a este tema, en las sentencias se usan conceptos de forma equívoca, pudiendo entenderse de ciertos considerandos soluciones diferentes a la que realmente apuntan.

### 2.1. DECLARACIÓN DE INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL

La declaración de una prueba como ilícita puede entenderse en un sentido amplio, donde se incluyen los mecanismos de exclusión probatoria, de no valoración y de valoración negativa de la prueba. La Corte ha optado por construir una argumentación dirigida a permitir que los Tribunal de Juicio Oral se pronuncien sobre la ilicitud de medios de prueba por vía de la valoración negativa, pero declarando su incompetencia para afirmar la ilicitud de la prueba por la vía de la exclusión y la no valoración.

En efecto, la Corte es categórica en que el Tribunal de Juicio no tiene facultades para excluir del juicio oral la prueba ilícita y que su exclusión debe ser alegada oportunamente durante la audiencia de preparación, siendo competente sólo el Juez de Garantía para esos efectos. En general, este tema es tratado directamente en sentencias dictadas durante los primeros años de implementación del nuevo sistema procesal penal. Una de las primeras en que se refleja esto es en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FLORES* (2003), que en su considerando segundo dice “Que en cuanto a la alegación señalada en a) del motivo precedente, debe tenerse presente que el Tribunal Oral en su sentencia de 6 de Abril, considerando Décimo Quinto, estableció que era el Juez de Garantía, en la preparación del juicio oral, el único con competencia para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de una prueba ofrecida si resuelve que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales, lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 276 inciso 3° del Código Procesal Penal, [...]”. Lo que sigue en dicha sentencia es que la imposibilidad que tiene el Tribunal para excluir prueba en el juicio no es obstáculo para valorarla negativamente, cuestión tratada *infra*.<sup>203</sup>

---

los sentenciadores para establecer los hechos, ... porque la prueba es ilícita, el deber de los jueces, ‘en tal caso’, es indicar las razones que se hubieren tenido en cuenta para desestimar esa prueba producida en el juicio, lo que se concreta, en el supuesto que nos interesa, en justificar porqué se tachó de ilícita esa prueba.” Aisladamente, en sentido contrario, declarando improcedente esta discusión en el juicio oral, *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILLARROEL* (2018) y *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAÑILEO* (2019).

<sup>203</sup> El mismo criterio podemos encontrar en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LLANOS* (2012), sentencia tratada *supra*, al decir, en el mismo considerando séptimo, que “el Tribunal Oral en lo Penal no está habilitado para excluir prueba alguna y solo tiene la facultad para valorarla negativamente, esto es, está obligado a analizar la prueba y luego de ello, si detecta la existencia de ilicitud u otro motivo que conlleve su rechazo, ha de

En *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LLANOS* (2012) la Corte sancionó a dos jueces y un abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Temuco por haber resuelto que el Tribunal de Juicio Oral correspondiente debía excluir pruebas, así el fallo del recurso de queja dice en su considerando séptimo que “[...] que el Tribunal Oral en lo Penal no está habilitado para excluir prueba alguna y solo tiene la facultad para valorarla negativamente, esto es, está obligado a analizar la prueba y luego de ello, si detecta la existencia de ilicitud u otro motivo que conlleve su rechazo, ha de referirlo en los motivos por los cuales le negara valor, tal como lo ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal, en concordancia con el 342 del mismo, que le obliga a hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para ello.” Luego la sentencia destaca que es efectivo que la exclusión de la prueba ilícita no está limitada a la sola audiencia preparatoria, pero que no competen al Tribunal de Juicio, sino que se resuelve vía recurso de nulidad.

Respecto a la posibilidad de declarar ilícita la prueba por vía de la no valoración, tanto la ley cómo los tribunales dan cuenta de que no es una opción para los jueces del juicio oral. El artículo 297 CPP obliga al Tribunal de Juicio Oral a hacerse cargo de toda pieza probatoria producida, esta obligación es de tal importancia que de omitirse se está ante una causal absoluta para solicitar la nulidad de la sentencia y juicio oral de acuerdo con el artículo 374 letra e) CPP en relación con el artículo 342 c) del mismo cuerpo legal. Se ha reclamado que la valoración negativa es una falta al artículo 297 y, por tanto, susceptible de invalidación por el recurso de nulidad, reclamamos frente a los que la CS ha respondido que la valoración negativa de la prueba explicitada en la sentencia y que razonadamente justifica la ilicitud de ésta como motivo de su nulo valor probatorio sí cumple de manera suficiente la exigencia del artículo 297.

Al respecto la CS en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CABELLO* (2006) dice en su considerando quince “Que, así las cosas, la pretensión del recurrente en cuanto se ha vulnerado a su respecto la garantía del debido proceso como consecuencia de la exclusión de su prueba por ilícita, amén de ser equívoca, ya que el tribunal luego de recibirla durante el curso de la audiencia, la valoró en la etapa procesal correspondiente y conforme a los razonamiento que se consignan en el mismo, procedió a restarle mérito o valor probatorio, situación que como se dijo, satisface las exigencias de fundamentación del fallo y no puede ser considerada como lo pretende el recurrente, un acto de exclusión de la misma, correspondiendo por el contrario y precisamente, a aquel proceso intelectual razonado y lógico, que conforme con las disposiciones legales aplicables, han hecho los sentenciadores, sin que la distinta apreciación del órgano persecutor, pueda significar o importar la configuración del vicio que sirve de sustento al recurso intentado por esta causal.” Esta sentencia reconoce la necesidad de valorar todo medio de prueba producido en juicio oral, descartando la posibilidad de no valorar la prueba ilícita en la sentencia y trata como dos actividades diferentes la valoración negativa y la exclusión probatoria.

Queda claro entonces que la Corte repudia la idea de exclusión probatoria en estadio de juicio oral, y si una de las pruebas señaladas en el auto de apertura tiene el carácter de ilícita el Tribunal de Juicio debe admitirla en la audiencia, porque restarla sería atribuirse competencias propias del Juez de Garantía, vulnerando así el debido proceso y el derecho a

---

referirlo en los motivos por los cuales le negara valor, tal como lo ordena el artículo 297 del Código Procesal Penal, en concordancia con el 342 del mismo, que le obliga a hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para ello.”

un juez competente. En la jurisprudencia más reciente no aparecen problemáticas sobre jueces de juicio oral que excluyan pruebas ilícitas, sino que simplemente se reconoce la posibilidad de valorarlas negativamente.

Cabe destacar la peligrosa frase dicha en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA HERNÁNDEZ* (2016): “Que, a resultas de lo verificado, toda la evidencia obtenida en las mencionadas diligencias adolece de ilicitud y, por ende, no ha podido ser empleada en juicio y tampoco ha debido ser valorada como elemento de prueba contra los imputados, puesto que, de lo contrario, se violenta su derecho garantizado en la Constitución Política y en los tratados internacionales vigentes reconocidos por este país a un proceso y una investigación previas racionales y justas, y a una debida defensa.” Si bien esta frase es replicada en varias sentencias, se echa de menos mayor desarrollo, pues al decir que no ha podido ser empleada la evidencia en juicio no queda claro a quién dirige dicha prohibición. Si no se puede usar en juicio podría concluirse que, a pesar de la falta de reconocimiento legal, el Tribunal de Juicio Oral puede excluir la prueba ilícita y así impedir que se incorpore en el juicio oral. Una interpretación adecuada a otros fallos de la misma Corte, como los que se tocan en este trabajo, permite entender que la interpretación correcta es que la prohibición de usarse en juicio la prueba ilícita está dirigida al Juez de Garantía en cuanto no ha de admitirla en el auto de apertura. También puede entenderse como una prohibición de integrarse como fundamento para otras decisiones judiciales, pero no como una aseveración que implique la exclusión de la prueba ilícita durante el juicio oral por parte del Tribunal de Juicio.

## 2.2. EXCLUSIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL

La mayoría de las sentencias actuales incorporan, ya sea por dogma o por inercia, la siguiente cita de Vives Antón, “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así –y así parece ser– los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrá, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”.<sup>204</sup> Esta afirmación llama la atención, puesto que al decir “no puede ser tomada en consideración” se puede afirmar tanto la valoración negativa como la no valoración de la prueba, lo que vuelve al problema sobre la naturaleza de la valoración negativa y si es suficiente para el estándar exigido por el artículo 297 CPP.

Otra sentencia que permite una interpretación semejante y solo subsanable al tener a la vista el artículo 297 CPP es *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GONZÁLEZ* (2016), que en su considerando octavo da cuenta “Que a resultas de lo que se viene señalando, es posible concluir que el derecho al debido proceso se materializa en las diversas disposiciones de

---

<sup>204</sup> Esta cita se puede encontrar también en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA APABLAZA* (2014), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOLORZANO* (2015), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GONZÁLEZ* (2016), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TAPIA* (2016), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VARGAS* (2017) y *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMÍREZ* (2018).

rango legal que rigen el procedimiento judicial, estando obligados los partícipes del sistema penal a respetar tales reglas, puesto que la contravención de tal derecho en la obtención de evidencias supone la ilicitud de las mismas y la imposibilidad de su valoración”. En estas últimas palabras la Corte utiliza equívocamente el concepto de imposibilidad de valoración, lo que puede referirse a una prohibición de valorar positivamente la prueba ilícita, pero también como no valorar un medio de prueba, lo que sabemos no se condice con una sentencia fundada adecuadamente.

Este problema se repite en el voto de minoría de la misma causa, donde dice “Conforme con lo anteriormente señalado por los disidentes, el derecho constitucional a un debido proceso fue transgredido de manera trascendente al desconocerse el núcleo esencial del mismo, desconocimiento que tuvo como consecuencia la producción de evidencia que, dada la ilicitud de su fuente, no podía ser valorada para obtener un veredicto condenatorio, lo que lleva a declarar la nulidad del juicio oral y la sentencia, y disponer la realización de un nuevo juicio en que se prescindiera de dichas pruebas.” Aquí se demuestra la falta de rigurosidad en la sentencia, dado que lo que la Corte quiere es que los tribunales sí valoren las pruebas ilícitas, pero negativamente, para que los fallos cumplan con el ya mencionado artículo 297 CPP.

El mismo problema se repite, al reconocer la doctrina de Hernández, en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMÍREZ* (2018), que en su considerando octavo dice “Pues con prescindencia de su ubicación sistemática y su alcance directo, es indudable que el art. 276 cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una prohibición general de valoración de la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales, prohibición que rige también y de modo especial para el tribunal que precisamente está llamado a valorar la prueba.” Más preciso, por lo que se ha venido explicando, sería que hablare de una prohibición de condenar basado en prueba ilícita.

### 2.3. VALORACIÓN NEGATIVA DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL

Volviendo a *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FLORES* (2003), en el considerando segundo, habiéndose referido a que la exclusión de la prueba es competencia del Juez de Garantía, agrega “[...]lo cual no es óbice para que el juzgador pueda no considerarla idónea para lograr su convicción y, en este caso concreto, no la estimó ilícita en la libre apreciación que le entrega la ley [...]”.<sup>205</sup> Cuando se refiere a la idoneidad para lograr la convicción, debe entenderse como la posibilidad del Tribunal de Juicio de sopesar la legalidad de la prueba para no darle valor alguno a la pieza probatoria.<sup>206</sup> Incluso reformula

<sup>205</sup> Asimismo, resuelve en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CABELLO* (2006), en su considerando dieciséis “ Que, como consecuencia necesaria de lo expuesto, y en relación con la causal del artículo 374 letra g) del Código Procesal Penal, es menester concluir que la resolución de los jueces en orden a restar valor probatorio a la prueba rendida en la audiencia, no puede significar en caso alguno, que se desconoce la decisión del Tribunal de Garantía consignada en el auto de apertura, desde que está, si bien fija los medios de prueba a rendir en la audiencia del juicio oral, su valoración en miras a la decisión de la controversia, es atribución privativa de los sentenciadores llamados por ley a resolverla, esto es, los Jueces del Tribunal del Juicio Oral respectivo.”

<sup>206</sup> En este mismo sentido se resuelve en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TOCORNAL* (2007) en su considerando noveno: “[...] En todo caso, lo sostenido es sin perjuicio de la valoración que de los antecedentes de prueba aportados al juicio en cuestión y en su caso, pudieron hacer los jueces del tribunal de Juicio Oral, ya para dar mérito a las 8 pruebas aportadas, o bien para desmerecerlas en razón de su génesis contraria a las normas legales o constitucionales que reglan la labor del Ministerio Público, única fórmula que resulta procedente en dicho estadio procesal y que se comprenden en las facultades de los Jueces de este último Tribunal”.

esta posibilidad como una obligación, a decir que “[...] el Tribunal Oral debió haberse hecho cargo de la alegación de la ilicitud de la prueba, pero como se ha analizado en el motivo 2) de este fallo, correspondía al Juez de Garantía hacer la declaración que señala la defensa del imputado, ya que al primero sólo le correspondía valorar la prueba rendida en conformidad con lo establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal y no declarar la ilicitud de una prueba ya aprobada por el Juez de Garantía [...]”

Explicitando la idea de que el Tribunal de Juicio puede valorar negativamente la prueba ilícita cabe mencionar *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA DÍAZ* (2008), que pone especial énfasis en las dificultades que implica esa operación. El considerando octavo reza “[...] No es lo mismo desestimar un testigo o una prueba material por dilatoria o porque no produce convicción, que hacerlo porque se estima, en esa oportunidad, que ha sido obtenida con violación de garantías constitucionales. Ello no quiere decir que el tribunal oral no pueda ponderar negativamente una prueba por ese hecho, pero eso impone a los jueces un esfuerzo mayor al que se espera de ellos, que consiste en poder resistir e ignorar lo que esa prueba ilícita o ilegítima permitía tener por demostrado. La experiencia indica que realizar la ponderación negativa y, por ende, rechazar los efectos de una prueba ilícita, siempre será posible ante el Tribunal Oral en lo Penal, pero la contaminación que se ha querido evitar de esos magistrados, impone que el trabajo desarrollado por el Juez de Garantía y por la Corte de Apelaciones, en su caso, sea riguroso y ajustado a la ley. [...]”

La prohibición de fallar una causa fundándose en una prueba ilícita obedece fuertemente a la garantía del debido proceso como condición necesaria para la validez de una sentencia, dando a entender que, si una sentencia se funda en prueba ilícita, será ilegítima y el tribunal habría obrado fuera de sus atribuciones al dictar sentencia. Para entender acabadamente este argumento debemos acercarnos a tres sentencias, la primera es *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FORMANTEL* (2014), que en el considerando once dice “Que esta Corte, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que, en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que prevea una fase indagatoria que no se aparte de las normas de actuación del ministerio público, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba pertinente en las audiencias realizadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal”.

La segunda sentencia que señala que esta valoración negativa sirve para evitar una vulneración al debido proceso es *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MEDINA* (2017), la que en su considerando once dice “Que de este modo, cuando los jueces del fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo

juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.”<sup>207</sup>

La tercera sentencia que respalda la valoración negativa como una facultad legítima es *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VARGAS* (2017) donde la Corte sentencia en su considerando séptimo “Que, sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable para este tribunal, ya que ha señalado reiteradamente, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, que el cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración”.<sup>208</sup>

Con estas tres sentencias cabe concluir que sólo hay una sentencia legítima cuando se dicta sin basarse en pruebas que han vulnerado las garantías constitucionales y la ley, siendo obligatorio para un juez valorar negativamente la prueba ilícita o de lo contrario habrá actuando sin tener atribución para dictar sentencia.

Esta postura se ha respaldado con doctrina en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMÍREZ* (2018) en el considerando octavo donde dice “[...] En el mismo sentido, han sostenido Awad, Contreras y Schürmann (Revista de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez N°3, año 2013, sección Proceso Penal) sobre la oportunidad para resolver la exclusión de prueba por ilicitud, en el sentido que ‘esta opción del legislador no obsta a que el tribunal oral pueda y deba –como remedio tardío en términos estructurales- excluir en sede de valoración aquella prueba que, indebidamente, haya pasado los filtros de la audiencia de preparación del juicio oral’, ya que resulta inadmisibles fundar en una prueba contaminada de ilicitud una decisión condenatoria, criterio que –como se ha dicho- ha sido recogido por esta Corte.”

### 3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LA JURISPRUDENCIA EXPUESTA

Las distintas sentencias de la Corte en diversos asuntos dan cuenta de un criterio único que ha sido desarrollado y reforzado desde inicios de la reforma procesal penal, el que se posiciona junto a la doctrina que opta por la posibilidad de valorar negativamente una pieza probatoria ilícita por el Tribunal de Juicio, haciendo suyos muchos de los argumentos esgrimidos por Hernández. Además, sigue la experiencia del derecho comparado al resolver que la prueba ilícita es una cuestión de valoración y no exclusivamente de admisibilidad en el juicio, elaborando una prohibición de valorar positivamente la prueba ilícita que obliga a todos los jueces. Se hace evidente que esta forma de resolver tiene varias virtudes, por ejemplo, se funda coherentemente en el debido proceso, ayuda a la economía procesal y da certeza jurídica, sin perjuicio de los defectos tratados *infra*, esto es, la ausencia de fundamentaciones que se hagan cargo del efecto de cosa juzgada del auto de apertura, ni de la diferencia entre la exclusión y la valoración negativa, además una incoherencia práctica que genera la jurisprudencia.

La Corte hace una defensa del debido proceso y de que el respeto de los derechos fundamentales de las personas son un presupuesto de validez de una sentencia, de lo

<sup>207</sup> Mismo argumento se usa en las sentencias de las causas *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA APABLAZA* (2014), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOLORZANO* (2015), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA HERNÁNDEZ* (2016) y *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CIFUENTES* (2017).

<sup>208</sup> Esta misma argumentación se reitera casi íntegramente en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FORMANTEL* (2014), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA APABLAZA* (2014), *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TAPIA* (2016) y *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMÍREZ* (2018).

contrario ésta habría sido dictada sin seguir el procedimiento racional y justo establecido por la ley. Una investigación de un delito en la que las pruebas fueron obtenidas por medio de torturas y engaños al imputado u otras vías vulneradoras de las garantías fundamentales que lo protegen, es una que a todas luces debe ser repudiada por el derecho. Además, esta posición dice relación con el derecho a que el procedimiento se desarrolle sin demoras innecesarias, al hacerlo más eficiente que la posición doctrinal de López, ya que esta última obliga a recurrir de nulidad para tener una sentencia adecuada al debido proceso.<sup>209</sup> También cabe apreciar que al tener la Corte una posición estandarizada a lo largo de los años contribuye con la unificación de la jurisprudencia y a la certeza jurídica, por cuanto los intervinientes conocen cómo resuelve la Corte y no da respuestas vacilantes al respecto.

Además de lo equívoco del lenguaje a veces usado, las principales debilidades que se pueden identificar en la jurisprudencia examinada es que no atiende críticas de fondo realizadas por la doctrina a la valoración negativa de la prueba, siendo las más preocupantes, el que la valoración negativa vulnera el efecto de cosa juzgada del auto de apertura y que la valoración de la prueba es en realidad una exclusión probatoria. Estos problemas serían subsanables si la Corte efectuara un desarrollo más acabado de la tesis que ya postula.

Respecto al efecto de cosa juzgada hay que evaluar si entre ambas actuaciones existe la triple identidad de sujetos, causa de pedir y del objeto pedido. Cortés-Monroy concluye que es indiscutible que hay identidad de sujetos y que la causa de pedir en ambos casos “está constituida por la utilización de medios de investigación que han vulnerado los derechos fundamentales del acusado.” El autor concluye que sólo puede haber diferencia en la cosa pedida, si en una actuación se pretende que la prueba no sea practicada en el juicio oral, y en la otra, que, a pesar de haber sido practicada, su resultado no sea considerado para la determinación de los hechos en la sentencia, pero luego precisa que tal distinción es irrelevante porque ésta es tan solo una diferencia temporal y no sustancial (problema tratado *infra*), existiendo así un problema de cosa juzgada.<sup>210</sup>

Para revisar la postura contraria sirve ver a Correa, que asevera que es compatible el efecto de cosa juzgada del auto de apertura con la valoración negativa en la sentencia. Su tesis se centra en que la prohibición de valerse de prueba ilícita durante el proceso penal surte efecto en la etapa de investigación y más aún en el auto de apertura, pero esto sin establecer dichos medios probatorios como ciertos y vinculantes para otras decisiones.<sup>211</sup> En otras palabras, la resolución del auto de apertura no declara los medios probatorios hechos que deben valorarse positivamente, de lo contrario se estaría coartando la libre apreciación de la prueba que tienen los jueces del juicio oral; el auto de apertura sólo declara qué medios probatorios han de presentarse en juicio oral. De este razonamiento no puede entenderse otra cosa que la cosa pedida en cada mecanismo es diversa y que no genera problema de cosa juzgada.

Si bien no parece que haya un problema de cosa juzgada, igualmente es importante analizar las diferencias de fondo que puedan tener la exclusión probatoria y la valoración negativa, porque, de acuerdo con la Corte y gran parte de la doctrina, los Tribunales de Juicio Oral no tienen facultad alguna para excluir pruebas. Tanto la exclusión de una pieza

---

<sup>209</sup> También permite un mejor acceso a la justicia, porque recurrir significa varios costos, no solo monetarios, sino que también de tiempo, oportunidad y otros recursos del imputado como del abogado.

<sup>210</sup> CORTÉS-MONROY (2018) pp. 683-684.

<sup>211</sup> CORREA (2018a) p. 164.

probatoria como la valoración negativa de la prueba tienen como objetivo común que la prueba obtenida con vulneración a las garantías fundamentales no pueda utilizarse para fundar la decisión de la sentencia. Aun cuando compartan tal efecto, esto no permite sostener que la valoración negativa es una exclusión probatoria, en el mejor de los casos esto podría ser un indicativo de que ambos comparten un mismo género, en cuanto mecanismos para alienar del procedimiento la prueba ilícita. De hecho, la exclusión implica que una pieza probatoria no podrá ser producida durante la audiencia de juicio oral, lo que tiene un impacto mucho menor en cuanto comprometer el razonamiento del juez, a diferencia de la valoración negativa que significa conocer y razonar sobre el contenido de una prueba reproducida durante el juicio oral.

Otro asunto que queda sin definir, es cómo la valoración negativa es suficiente para considerar que la sentencia expone razonadamente el valor de las piezas probatorias. Primero hay que dejar en claro que si se presentó una prueba ésta debe constar en la sentencia definitiva donde se explica porqué se le da o resta valor, cumpliendo con el artículo 297 CPP. Por la libre apreciación de la prueba entendemos que los Tribunales de Juicio Oral están habilitados para sopesar el peso probatorio de un antecedente de acuerdo con la sana crítica (respetando los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados). Por lo tanto, una sentencia que pretende valorar negativamente una prueba por ilícita debe adecuarse a la sana crítica. Mencionar que existe una vulneración a las garantías fundamentales en la obtención de una prueba no es suficiente para pronunciarse si se respetan las reglas de la sana crítica, es necesario un desarrollo que permita seguir el razonamiento de los sentenciadores al respecto (como por ejemplo, que el hecho de obtenerse con esa vulneración afecta la credibilidad de la prueba). Así queda claro que la valoración negativa de la prueba ilícita puede cumplir con la debida fundamentación de la sentencia.

Un último problema es eminentemente práctico. La admisibilidad de un recurso de nulidad contra una sentencia dictada en base a prueba ilícita, debe haberse preparado oportunamente, esto es, solicitando en cada instancia que lo permita que se subsane el vicio que aqueja al procedimiento. De esa manera habrá casos en que sentencias viciadas quedarán firmes y no podrán ser revisadas de modo alguno, cuestión que puede incluir sentencias que quizás fueron fundadas en prueba ilícita.<sup>212</sup> Dicho lo anterior, el problema práctico orbita sobre la capacidad de hacer valer el deber de los jueces del Tribunal de Juicio para valorar negativamente la prueba cuando no ha habido la debida preparación que requeriría un eventual recurso de nulidad posterior. En efecto, la valoración negativa de la prueba no necesita de preparación alguna, por tanto, no importa si se alegó oportunamente la ilicitud de la prueba (en la audiencia de preparación de juicio oral), puesto que el Tribunal de Juicio Oral, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, tiene el deber de restarle eficacia probatoria oficiosamente, lo que es independiente de la diligencia o negligencia de los intervinientes respecto a alegar dicha ilicitud. Lo anterior da espacio a un problema de uniformidad en del procedimiento, porque puede ocurrir que ante dos defensas igual de negligentes en caso de iguales características, un Tribunal de Juicio efectúe una valoración negativa y otro no lo haga, incumpliendo su deber, lo que es perjudicial para el imputado del segundo caso porque no podrá recurrir de nulidad por la falta de preparación.

---

<sup>212</sup> Casos semejantes se ven en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA JEREZ* (2018) y en *MINISTERIO PÚBLICO CONTRA PARRA* (2017).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCAIDE, José (2012), *La exclusionary rule de EE.UU y la prueba ilícita penal de España. Perfiles jurisprudenciales comparativos*, Memoria para optar al grado de Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

ÁLVAREZ, Héctor (2009): “Las reglas de exclusión de prueba y su sustento en los fallos del Tribunal Constitucional”, *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina* 9: pp. 59-70.

AMBOS, Kai (2009): “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, *Polít. crim*, vol. IV, N° 7: pp. 1-56.

ARMENTA, Teresa (2007): “La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Revista Ius et Praxis*, vol. XIII, N° 2: pp. 245-377.

\_(2009): “Exclusionary rule: Convergencias y divergencias entre Europa y América”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11: pp. 81-110.

BOFILL, Jorge (1988): “Las prohibiciones de prueba en el proceso penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 12: pp. 225-243.

CAROCCA, Alex (1998): “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, *Ius et Praxis*, vol. 4, N°2: pp. 301-322.

\_(2005): *Manual el nuevo Sistema Procesal Penal* (Santiago, Editorial LexisNexis, tercera edición).

CASTRO, Javier (2006): *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, LexisNexis, primera edición).

CEA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2010): *Manual del sistema de justicia penal*, Tomo II (Santiago, Editorial Librotecnia, segunda edición).

COLOMA, Rodrigo (2003): *La prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral* (Santiago, Editorial LexisNexis, primera edición).

CORREA, Carlos (2018a): “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno (con especial referencia al Derecho alemán)”, *Política criminal*, vol. XIII, N° 25: pp. 144-174.

\_(2018b): “La Buena Fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión –derecho estadounidense y derecho chileno–”, *Revista Latin American Legal Studies*, vol. 2: pp. 25-47.

CORREA, Claudio (2016): “La prueba ilícita de los particulares: de cargo y de descargo”, *Política criminal*, vol. XI, N° 21, Art. 5: pp.107-139.

CORTÉS-MONROY, Jorge (2018): “La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, *Revista Ius et Praxis*, año 24, N°1: pp. 661-692.

CHAHUÁN, Sabas (2009): *Manual del (nuevo) procedimiento penal* (Santiago, LexisNexis, sexta edición).

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2012): *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

ECHVERRÍA, Isabel (2010): *Los derechos fundamentales y la prueba ilícita* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).

ESTRAMPES, Manuel (2010): “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretát Pública*, N° 22: pp. 131-151.

GALLI, Juan (2002), *Exclusión de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales: la Teoría de la Prueba Ilícita en Chile*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

GUTIÉRREZ, Carlos y AGUILAR, Alejandro (2002): “La prueba ilícita: Las reglas de exclusión de medios probatorios obtenidos vulnerando derechos fundamentales”, *La Revista de Derecho: derecho-sociedad-cultura*, vol. VIII, N° 3: pp. 61-83.

HAMILTON, Trigos (2008), *Criterios para la determinación de la prueba ilícita en la jurisprudencia penal peruana*, Memoria para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

HERMOSILLA, Francisco y HOYL, Gonzalo (2013): “Comentario de la SCA de Santiago de 25 de mayo de 2012”, en VARGAS, Tatiana (Dir.), *Ley de Drogas, Tráfico y Microtráfico. Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters), pp. 55-70.

HERNÁNDEZ, Héctor (2005): *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas UAH, primera edición).

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2002 y 2004): *Derecho procesal penal chileno*, Tomos I y II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

LEMA, Bolívar (2009): “El principio de la buena fe procesal en materia penal, Informe de Investigación para la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador”. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3685/1/PI-2009-03-Lema-El%20principio.pdf>. Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2019.

LUENGO, Trinidad (2008), *Excepciones a la Regla de Exclusión de Prueba obtenida con Inobservancia de Garantías Fundamentales*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile.

MATURANA, Cristián (2003): *Los recursos procesales* (Santiago, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

MATURANA, Cristian y MONTERO, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal*, Tomo II (Santiago, LegalPublishing).

MINI, Mario (2005): *La prueba ilícita en el proceso penal* (Santiago, Sociedad Editorial Metropolitana, primera edición).

MIRANDA, Manuel (2010): “La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, N° 22: pp. 131-151.

NAZZAL, Rodrigo (2017), *Prueba ilícita en materia penal: análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema período 2014-2016*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

NÚÑEZ, Raúl y CORREA, Claudio (2017): “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, *Revista ius et practis*, N° 1: pp. 195-246

ROMERO, Rubén (2007): *Control de Identidad y Detención* (Santiago, Librotecnia, segunda edición)

SALINAS, Fabiola (2003): *Inadmisibilidad de la Prueba Ilícita en el Proceso Civil Chileno*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

TAVOLARI, Raúl (2003): “Informe en derecho. Del debate sobre la ilicitud de la prueba y su exclusión por parte del Tribunal de Juicio Oral y procedencia legal de

consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia”, *Boletín del Ministerio Público*, N° 14: pp. 151-160.

\_(2005): *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

ZAPATA, María Francisca (2004): *La prueba ilícita* (Santiago, LexisNexis, primera edición).

ZAPATA, Patricio (2003): *Proceso Penal y Constitución Política* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana).

ZWEIGERT Y KÖTZ (2002): *Introducción al derecho comparado* (Ciudad de México, Oxford University Press, primera edición).

### JURISPRUDENCIA CITADA

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MARICURA* (2002), Corte Suprema, 2 de octubre de 2002 (recurso de nulidad), Rol N° 1989-2002.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FLORES* (2003): Corte Suprema, 5 de junio de 2003 (recurso de nulidad), Rol N° 1496-2003.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CRESPO* (2005), Corte Suprema, 26 de octubre de 2005 (recurso de nulidad), Rol N° 4011-2005.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA HINOSTROZA* (2005), Corte Suprema, 15 de noviembre de 2005 (recurso de nulidad), Rol N° 3984-2005.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CABELLO* (2006): Corte Suprema, 20 de septiembre de 2006 (recurso de nulidad), Rol N° 3570-2006.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TOCORNAL* (2007): Corte Suprema, 17 de enero de 2007 (recurso de nulidad), Rol N° 6112-2006

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA REYES* (2007): Corte Suprema, 11 de junio de 2007 (recurso de nulidad), Rol N° 1836-2007.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANHUEZA* (2007): Corte Suprema, 11 de diciembre de 2007 (recurso de nulidad), Rol N° 5435-2007

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA DÍAZ* (2008): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2008 (recurso de nulidad), Rol N° 4954-2008.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA PÉREZ* (2010): Corte Suprema, 25 de mayo de 2010 (recurso de nulidad), Rol N° 1741-2010

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FERNÁNDEZ* (2010), Corte Suprema, 12 de julio de 2010 (recurso de nulidad), Rol N° 3003-2010.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA H.L.S.P.* (2010): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2010 (recurso de nulidad), Rol N° 7193-2010

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LLANOS* (2012): Corte Suprema, 23 de mayo de 2012 (recurso de queja), Rol N° 1435-2012

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA OLIVIERI* (2012), Corte Suprema, 27 de diciembre de 2012 (recurso de nulidad), Rol N° 6831-2012

*MINISTERIO PÚBLICO CON CATALÁN* (2013): Corte Suprema, 19 de noviembre de 2013 (recurso de nulidad), Rol N° 8139-2013

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ARÉVALO* (2013): Corte Suprema, 31 de diciembre de 2013 (recurso de nulidad), Rol N° 11482-2013

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FORMANTEL* (2014): Corte Suprema, 16 de abril de 2014 (recurso de nulidad), Rol N° 3828-2014

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA APABLAZA* (2014): Corte Suprema, 22 de octubre de 2014 (recurso de nulidad), Rol N° 23683-2014

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ORMAZÁBAL* (2014), Corte Suprema, 11 de noviembre de 2014 (recurso de nulidad), Rol N° 23930-2014.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOTO* (2014): Corte Suprema, 11 de diciembre de 2014 (recurso de nulidad), Rol N° 25003-2014

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA LERMANDA* (2015): Corte Suprema, 3 de marzo de 2015 (recurso de nulidad), Rol N° 999-2015

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SOLORZANO* (2015): Corte Suprema, 2 de junio de 2015 (recurso de nulidad), Rol N° 4814-2015

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CARRASCO VEGA* (2015): Corte Suprema, 25 de junio de 2015 (recurso de nulidad), Rol N° 6315-2015

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILLABLANCA* (2005), Corte Suprema, 14 de septiembre de 2005 (recurso de nulidad), Rol N° 3666-2005

*MINISTERIO CONTRA SOLAR* (2012), Corte Suprema, 10 de octubre de 2012 (recurso de nulidad), Rol N° 5654-201.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ZENTENO* (2015): Corte Suprema, 1 de octubre de 2015 (recurso de nulidad), Rol N° 10793-2015

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CONTRERAS* (2015): Corte Suprema, 3 de noviembre de 2015 (recurso de nulidad), Rol N° 14781-2015

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA HERNÁNDEZ* (2016): Corte Suprema, 12 de enero de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 26838-2015.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VÁSQUEZ* (2016), Corte Suprema, 29 de enero de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 37020-2015

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GONZÁLEZ* (2016): Corte Suprema, 23 de febrero de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 36836-2015.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MELINAO* (2016), Corte Suprema, 10 de marzo de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 37924-2015.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CONSTANZO* (2016): Corte Suprema, 23 de mayo de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 21430-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SEPÚLVEDA* (2016): Corte Suprema, 2 de junio de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 21427-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA BECERRA* (2016): Corte Suprema, 18 de julio de 2016 (recurso de nulidad penal), Rol N° 31025-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TAPIA* (2016): Corte Suprema, 18 de julio de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 31025-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GUZMÁN* (2016): Corte Suprema, 25 de julio de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 27787-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA G.O.T.M.* (2016): Corte Suprema, 24 de octubre de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 65307-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL* (2016): Corte Suprema, 27 de octubre de 2016 (recurso de nulidad penal), Rol N° 67437-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA FLORES* (2016): Corte Suprema, 1 de diciembre de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 73899-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA DURÁN* (2016): Corte Suprema, 22 de diciembre de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 87813-2016.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ORLOFF* (2016): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2016 (recurso de nulidad), Rol N° 92878-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA PARRA* (2017): Corte Suprema, 4 de abril de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 9216-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILCHES* (2017), Corte Suprema, 20 de abril de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 39475-2016

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VARGAS YORDANA* (2017): Corte Suprema, 2 de mayo de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 9307-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CIFUENTES* (2017): Corte Suprema, 22 de junio de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 19113-2107

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SUÁREZ* (2018): Corte Suprema, 25 de junio de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 8257-2018

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ORTEGA* (2017): Corte Suprema, 11 de julio de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 19008-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA NÚÑEZ* (2017), Corte Suprema, 24 de julio de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 24860-2017.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SILVA* (2017): Corte Suprema, 18 de octubre de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 37972-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MEDINA* (2017): Corte Suprema, 25 de octubre de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 38692-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA IPIAL* (2017), Corte Suprema, 30 de octubre de 2017 (recurso de nulidad), Rol N° 38694-2017.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MARTÍNEZ* (2018), Corte Suprema, 8 de enero de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 42684-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MESÍAS* (2018): Corte Suprema, 29 de enero de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 43541-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMÍREZ* (2018): Corte Suprema, 30 de enero de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 44457-2017

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAMOS* (2018): Corte Suprema, 30 de enero de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 45014-2017.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA BARAHONA* (2018), Corte Suprema, 28 de marzo de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 2918-2018.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA CARDEMIL* (2018): Corte Suprema, 28 de junio de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 8332-2018.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA VILLARROEL* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de agosto de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 4168-2018

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA RAÑILEO* (2019): Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, 15 de marzo de 2019 (procedimiento simplificado), RUC N°1800614688-7 y RIT N° 4936-2018

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA TRONCOSO* (2018): Corte Suprema, 4 de diciembre de 2018 (recurso de nulidad), Rol N° 23300-2018

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA ALEGRÍA* (2019): Corte Suprema, 28 de enero de 2019 (recurso de nulidad), Rol N° 28123-2019

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA BURGOS* (2018): Corte Suprema, 29 de enero de 2019

(recurso de nulidad), Rol N° 32691-2018

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA SANDOVAL* (2019): Corte Suprema, 16 de abril de 2019 (recurso de nulidad), Rol N° 5816-2019

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA MINCHEL* (2019): Corte Suprema, 18 de abril de 2019 (recurso de nulidad), Rol N° 5862-2019

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA YÁÑEZ* (2011): Corte Suprema, 11 de mayo de 2019 (recurso de nulidad), Rol N° 2576-2011

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA JEREZ* (2018): Corte Suprema, 4 de junio de 2019 (recurso de nulidad), Rol N° 8621-2018.

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA GONZÁLEZ* (2019): Corte Suprema, 26 de junio de 2019 (recurso de nulidad), Rol N° 12166-2019

*MINISTERIO PÚBLICO CONTRA OLAVARRÍA* (2019): Corte Suprema, 19 de diciembre de 2019 (recurso de queja), Rol N° 20397-2019

*CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO CONTRA OLAVARRÍA* (2019): Corte Suprema, 19 de diciembre de 2019 (recurso de queja), Rol N° 20424-2019

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ABOGADO JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT RESPECTO DE LA ORACIÓN “CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO” DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, EN LA CAUSA RUC N° 0800510604-5, SEGUIDA ANTE TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE VALPARAÍSO (2009): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1502-09, 9 de septiembre de 2010.

*SILVERTHORNE LUMBER Co. v. UNITED STATES*, 251 U.S. 385 (1920).

*NARDONE v. UNITED STATES*, 308 U.S. 338 (1939).

*MARSH v. ALABAMA* 326, U.S. 501 (1946)

*JONES v. UNITED STATES*, 362 U.S. 257 (1960)

*MAPP v. OHIO*, 367 U.S. 643 (1961)

*WONG v. UNITED STATES*, 371 U.S. 471 (1963).

*RAKAS v. ILLINOIS*, 439 U.S. 128 (1978).

*WALTER v. UNITED STATES* 447 U.S. 649 (1980)

*NIX v. WILLIAMS*, 467 U.S. 431 (1984).

*UNITED STATES v. LEON*, 468 U.S. 897 (1984)

*SKINNER v. RAILWAY LABOR EXECUTIVES ASSOCIATION*, 489 U.S. 602, 109 S.Ct. 1402 (1989)

*HERRING v. UNITED STATES*, 555 U.S. 135 (2009)