

---

# LA PRUEBA ILÍCITA: LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS OBTENIDOS VULNERANDO DERECHOS FUNDAMENTALES

---

CARLOS GUTIÉRREZ MOYA

*Juez de Garantía de Curicó. Profesor del diplomado "Aspectos teóricos y prácticos de la Reforma Procesal Penal" y Profesor ayudante de Derecho Político, Universidad Central de Chile*

ALEJANDRO AGUILAR BREVIS

*Juez de Garantía de Curicó. Profesor del diplomado "Aspectos teóricos y prácticos de la Reforma Procesal Penal" y Profesor ayudante de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile*

## RESUMEN

Los autores exponen de manera sistemática y profunda la teoría de la prueba ilícita, y de las prohibiciones de prueba, materia necesaria de examinar en nuestro medio, dadas las reformas de nuestro sistema procesal penal. Para ello se valen de los estándares jurídicos de interpretación de las garantías constitucionales del imputado, en el derecho anglosajón, en virtud de lo cual se citan numerosos textos extranjeros, así como jurisprudencia comparada, de primera mano.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos constituyen una preciada conquista de la vida social moderna<sup>1</sup>. La naturaleza ha dotado a todos los hombres y mujeres de razón, por medio de la cual llegamos a la inequívoca conclusión de que la persona humana es el centro del universo, la causa y fin de todo Estado, y que la crueldad y los abusos de los poderosos contra los débiles a lo largo de toda la historia, bajo diversos pretextos, sólo pueden ser contrarrestados estableciendo derechos y libertades fundamentales con garantía jurídico-formal y efectiva realización material<sup>2</sup>, de manera tal que la inviolabilidad que debe poseer cada individuo sea amparada contra las amenazas y ataques provenientes de los agentes del Estado, incluso de las leyes, no obstante

<sup>1</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, -4ª ed.- Santa Fe de Bogotá: Siglo XXI, 1989.

<sup>2</sup> DÍAZ, ELÍAS. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Ed. Taurus, 1981, p. 31.

ser "actos de la voluntad general"<sup>3</sup>. La idea de derechos fundamentales protege al individuo contra la sociedad, no sólo contra los agentes del Estado sino incluso contra la mayoría, "incluso contra la autoridad legítima, contra los representantes electos del pueblo, aun cuando actúan de buena fe en aras del bien común"<sup>4</sup>. Constituye una de las funciones indiscutidas del gobierno, la de tomar precauciones contra el crimen antes de que se haya cometido, así como descubrirlo y castigarlo después<sup>5</sup>. En el Estado Social y Democrático de Derecho la policía debe cumplir las normas jurídicas que le otorgan potestades para actuar contra la delincuencia con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece<sup>6</sup>. Muchas veces la ejecución de una función policial afecta de hecho las libertades públicas de algunos habitantes, por lo que "ante una situación concreta de conflicto y ante un peligro inminente debe decidir sobre la marcha acerca de los límites de la libertad, porque si no lo hace, nadie lo hará"<sup>7</sup>. Justamente en esta ponderación práctica de intereses en colisión que la policía debe efectuar y ejerce, si su actitud en su lucha por asegurar el orden y la seguridad interna de la sociedad es poco enérgica, por temor a cometer violaciones a derechos fundamentales, ante los ojos de un sector mayoritario de la ciudadanía se mostrarán "indulgentes" o "ineficaces". Por el contrario, una actitud demasiado severa hacia la libertad de los ciudadanos hará que sean etiquetados como "represores" e incluso "violadores de derechos humanos". La labor central de la policía consiste en la prevención del peligro y la protección de concretos bienes jurídicos y por ello, también, es la policía la primera instancia relacionada con la limitación de las libertades ciudadanas<sup>8</sup>. Muchas veces el aumento cualitativo y cuantitativo de la criminalidad enciende la ira de la opinión pública y de los sectores más conservadores, quienes a través de la propaganda y los medios de comunicación social crean una sensación de inseguridad ciudadana, muchas veces exagerada, induciendo a los funcionarios policiales a practicar diligencias de investigación con el objeto de hallar, recoger o incautar objetos, documentos, instrumentos, armas o efectos del delito, prescindiendo del derecho a la integridad física y psíquica del imputado, a su intimidad o a su libertad personal y seguridad individual. Cuando se ha obtenido un medio de prueba "por un excesivo celo y pasión del agente investigador"<sup>9</sup> al extremo de no reparar en los medios de averiguación de la verdad y la represión de la delincuencia, se genera una colisión entre "el interés público en la búsqueda de la verdad procesal y el interés de respetar los derechos fundamentales"<sup>10</sup>. Un caso concreto en el nuevo proceso penal puede

<sup>3</sup> ROUSSEAU, JEAN JACQUES. *El Contrato Social*, en: EL MISMO, *Obras Selectas*, Madrid: EDIMAT Libros, 2000, p. 75.

<sup>4</sup> HENKIN, LOUIS AND ROSENTHAL, ALBERT (editors). *Constitutionalism and rights. The influence of the United States abroad*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 1. (Traducción libre).

<sup>5</sup> MILL, JOHN STUART. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, p. 181. Trad. de Pablo de Azcárate.

<sup>6</sup> Art. 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República.

<sup>7</sup> HASSEMER, WINFRIED. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, pp. 147-148.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>9</sup> MINVIELLE BERNARDETTE. *La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Marcos Lerner Córdoba S.R.L., 1987, p. 11.

<sup>10</sup> URBANO CASTRILLO, EDUARDO DE y TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. Pamplona: Aranzandi, 1997, p. 33.

transformarse en el "campo de batalla" en que medirán fuerzas, por un lado, el Ministerio Público y la eficacia de su investigación criminal, contra el imputado y sus derechos fundamentales respecto de los cuales el Juez de Garantía es el primer guardián.

## 2. CONCEPTO

### 2.1. Distinción entre prohibición probatoria y prueba ilícita

Algunos autores nacionales y extranjeros llaman indistintamente "prohibiciones de prueba" a lo que hoy entendemos por "prueba ilícita"<sup>11</sup> o adhieren a una concepción amplia de prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales que incluye las pruebas expresamente prohibidas por la ley<sup>12</sup>. Demostraremos que existe una contradicción conceptual entre las prohibiciones probatorias y las pruebas ilícitas. Desde 1903 la doctrina alemana llamaba *Beweisverbote* (prohibiciones probatorias) a las diligencias llevadas a efecto a pesar de encontrarse prohibidas por una norma constitucional o legal<sup>13</sup>. Se admitía que en el proceso existía un deber legal de las partes y del tribunal para la búsqueda y averiguación de la verdad, conforme al que la autoridad estaba legitimada para adoptar todas las medidas necesarias para dicho fin, salvo que excepcionalmente una norma prohibitiva impidiera determinadas actuaciones<sup>14</sup>. La doctrina española distingue de manera nítida la prueba ilícita de las prohibiciones probatorias:

Distinto de este tema, y fuera del ámbito del artículo 11.1 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales" aunque unido al valor y eficacia de los medios de prueba, se encuentran las llamadas "prohibiciones probatorias", unas expresamente recogidas en las leyes y otras que aun no recogiendo explícitamente en normas jurídicas, derivan de ellas o de los principios que las impregnan<sup>15</sup>.

La Constitución Política de la República chilena no prohíbe pruebas, salvo lo dispuesto en su artículo 19 N° 7 f):

En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.

<sup>11</sup> Por ejemplo, véase VV. AA. *Proceso penal y derechos fundamentales*, Santiago de Chile: Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, 1993, p. 91.

<sup>12</sup> MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento procesal penal*, Zaragoza: J. M. Bosch, 1999, pp. 30-31.

<sup>13</sup> BOFILL G., JORGE. "La Prueba en Materia Penal", en: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, tomo XCI, N° 1. Enero-Abril, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 24.

<sup>14</sup> CAROCCA PÉREZ, ALEX. "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", en: *Revista Ius et Praxis*, Talca: Universidad de Talca, 1998, p. 309.

<sup>15</sup> BARREIRO, ALBERTO JORGE. *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, España: Plan Territorial de Extremadura CGPJ, 1992, vol. II, citado en la obra de URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *Op. cit.*, p. 46.

La *Constitución* es la única fuente formal de Derecho interno que asegura derechos públicos subjetivos. Argumentar la infracción de un precepto legal es muy diferente a esgrimir que la evidencia física aportada al juicio por la Fiscalía que demuestra la existencia del instrumento, objeto o efecto del delito encontrado en el domicilio del imputado, obtenido durante una entrada y registro no razonable o arbitraria, atenta contra los derechos constitucionales a la inviolabilidad del hogar, al respeto a la vida privada y a la propiedad del imputado. Las prohibiciones probatorias, en cuanto a su concepto, se parecen más a la “prueba irregular”, es decir, aquélla generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica<sup>16</sup>. Si se ejecuta la conducta contraria a la prescrita por el precepto legal, debe suceder la reacción del orden jurídico en forma de sanción (Hans Kelsen).

El *Código Procesal Penal* prescribe la prohibición absoluta de utilizar métodos de investigación o de interrogación que menoscaben o coarten la libertad del imputado para declarar:

Artículo 195. *Métodos Prohibidos*. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal.

Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados.

Este precepto legal establece una prohibición probatoria porque el nivel de antijuridicidad que sanciona es infraconstitucional, de tal manera que mañana podría ser derogado sin alterar un ápice los efectos de la garantía procesal penal del imputado “a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni confesarse culpable” reconocida en el artículo 14.3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). La infracción a una prohibición probatoria contenida en un precepto legal se resuelve mediante lo que el jurista norteamericano Ronald Dworkin llama *argumento de norma* o regla de “todo o nada”: el tribunal competente verificó científicamente que el funcionario público coaccionó al imputado para que se confesara culpable o, por el contrario, comprobó que no lo hizo. El problema de la prueba ilícita, en cambio, dado que es causado por una colisión tópica de intereses contradictorios –verdad material contra un derecho fundamental–, se declara utilizando un *argumento de principio* (Ronald Dworkin) que el Tribunal Constitucional Español imitando al Tribunal Constitucional Alemán ha denominado “principio de proporcionalidad”:

<sup>16</sup> MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. *Op cit.*, p. 24.

“Los tribunales hacen un balance en cada caso, entre los costos que para la sociedad tendría la supresión de las pruebas y los beneficios que se alcanzan con la protección de las garantías comprometidas o de la integridad judicial”<sup>17</sup>. Otro ejemplo es el artículo 220 inciso final del *Código Procesal Penal* que establece los efectos de la prohibición probatoria específicamente referida a la incautación: “Si en cualquier momento del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, ellos no podrán ser valorados como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente”.

## 2.2. Definición

La Profesora uruguaya Bernardette Minvielle ha definido la prueba ilícita como “un medio de prueba obtenido fuera del proceso en violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad”<sup>18</sup>. El Profesor Alex Carocca Pérez, en su artículo “Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile”, conceptúa la prueba ilícita como “aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”<sup>19</sup>. No se trata de un derecho fundamental a la no utilización de la prueba ilícita cuanto de la invalidez de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, en virtud de la fuerza irradiante de éstos y como garantía objetiva de los mismos<sup>20</sup>. Coincidimos plenamente con la opinión del Profesor Alex Carocca Pérez<sup>21</sup> en cuanto a que el alcance de la expresión “prueba ilícita” no incluye las prohibiciones probatorias y por tanto debe limitarse a la obtenida o practicada con infracción a los derechos fundamentales del imputado o terceros, asegurados por la Constitución Política de la República o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es decir, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de conformidad con lo previsto en el Artículo 5º inciso segundo de nuestra Carta Fundamental.

Cuando hablamos de “prueba ilícita” es obligatorio remontarse a la excelente decisión judicial en la causa estadounidense *Mapp vs. Ohio*<sup>22</sup> cuyo resumen de los hechos es el siguiente:

El día 23 de mayo de 1957, oficiales de policía de Cleveland llegaron a la residencia de Dollree Mapp, actuando sobre la base de información de que un sospechoso de haber participado en la colocación y explosión de una bomba se ocultaba en su departamento, y

<sup>17</sup> THE EIGHTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE: UNITED STATE SUPREME COURT AND COURT OF APPEALS 1987-1988, pp. 665 ss., citado en VV. AA., *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, *Op. cit.*, p. 92.

<sup>18</sup> *Op cit.*, p. 12.

<sup>19</sup> *Op cit.*, p. 308.

<sup>20</sup> LÓPEZ GUERRA, LUIS ET. AL., *Derecho Constitucional*, vol I. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 220.

<sup>21</sup> CAROCCA PÉREZ, ALEX., *Op cit.*, p. 309.

<sup>22</sup> 367 U.S. 643 (1961): Apelación concedida por la Suprema Corte de Ohio.

que materiales y artefactos explosivos se encontraría allí. Los policías solicitaron ingresar al domicilio, pero Dollree Mapp rechazó admitirlos sin una orden judicial de entrada y registro. Cuando ella se rehusó por segunda vez, los policías ingresaron por la fuerza a su departamento *dúplex*, mientras un policía le exhibió un documento que según ellos era una orden judicial válida, ella se lo quitó y en seguida lo guardó en su pecho. Los policías registraron la residencia donde encontraron materiales que sirvieron de fundamento para sostener una acusación por posesión de materiales obscenos<sup>23</sup>. Dollree Mapp fue declarada culpable y luego apeló de su condena sobre la base de su libertad de expresión asegurada en la I Enmienda de la Constitución Federal.

La Corte Suprema sostuvo que toda la evidencia obtenida mediante entradas y registros violando la Cuarta Enmienda era inadmisibles en un juicio criminal ante una Corte Estatal.<sup>24</sup> “*la filosofía de cada Enmienda y de cada libertad es complementaria a, aunque no dependiente de, que [...] por lo menos ellas aseguren en cada ámbito que ninguna persona debe ser condenada con evidencia inconstitucional*” y que “*toda evidencia obtenida mediante un allanamiento e incautación violando la Constitución es, en virtud de esa autoridad (IV Enmienda), inadmisibles en un Tribunal Estatal*”.

### 2.3. Fuente normativa

Durante la audiencia de preparación del juicio oral que se lleva a efecto ante el Juez de Garantía, se abre debate sobre la posibilidad de excluir medios de prueba del juicio oral. A diferencia del *Código de Procedimiento Penal* que entró en vigencia en 1907 fuertemente inspirado en la idea del Estado Liberal de Derecho, el *Código Procesal Penal* regula expresamente en su Artículo 276 inciso 3° la exclusión de pruebas para el juicio oral: “El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, [...] 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”.

El artículo 277 del *Código Procesal Penal* prescribe que “El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo prevenido en el inciso tercero del artículo precedente”.

El inciso segundo del artículo 334 del *Código Procesal Penal* ordena “Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales”.

<sup>23</sup> Citado en ROSSUM, RALPH A. & TARR, G. ALAN. *American Constitutional Law. Cases and Interpretation*. New York: St. Martin's Press, 1983, pp. 503-504. (Traducción libre).

<sup>24</sup> WHITE G. EDWARD. *The American judicial tradition. Profiles of leading American judges*. New York: Oxford University Press, 1976, p. 360. (Traducción libre).

La expresión “garantías fundamentales” debe ser interpretada entendiéndola como “derechos fundamentales”, pues “garantías de un derecho –o libertad– fundamental” en sentido estricto son “los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia”<sup>25</sup>. En efecto, la “libertad provisional”, artículo 19 N° 7 e) de la Constitución y el “recurso de amparo”, artículo 21 de la Constitución, son garantías de la libertad personal y la seguridad individual de todas las personas, derecho público subjetivo.

### 3. FUNDAMENTOS

#### 3.1. El deber de los órganos del estado de respetar y promover los derechos fundamentales

¿Por qué existen las reglas de exclusión probatoria? Un arma encontrada en un allanamiento ilegal muy bien puede vincular al acusado con un homicidio más allá de toda duda razonable. ¿Por qué no usarla?<sup>26</sup> Los fundamentos éticos de las reglas de exclusión de la prueba ilícita son que el Estado de Derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana cuya tutela es axiológicamente más importante para la sociedad que el castigo del autor del delito<sup>27</sup>. El Artículo 5° inciso segundo segunda parte de la Constitución Política de la República establece: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Entre muchos otros derechos nuestra Carta Fundamental asegura a todos los habitantes: artículo 19 N° 1 “El derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona. [...] Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”, artículo 19 N° 2 “La igualdad ante la ley [...] Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, artículo 19 N° 5 “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”, 19 N° 6 “La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos [...]”, 19 N° 7 “La libertad personal y la seguridad individual” y artículo 19 N° 24 “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”. Todos estos derechos asegurados por la *Constitución* forman parte del estatuto de “derechos de primera generación” cuya protección es el objeto y fin de toda regla de exclusión probatoria. Todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción<sup>28</sup>. Además, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos

<sup>25</sup> PICÓ I JUNOY, JOAN. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 18.

<sup>26</sup> S. CORWIN, EDWARD. *The Constitution and what it means today*. 14 Ed. New Jersey: Princeton University Press, 1978, pp. 361-362. (Traducción libre).

<sup>27</sup> JAUCHEN, EDUARDO. *La Prueba en Materia Penal*. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-Culzoni Editores, 1992, p. 34.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 34.

Civiles y Políticos ordena a los Estados que son parte de él que "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) obliga a los Estados que lo ratificaron prescribiendo que "2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". La regla de exclusión también resguarda la garantía de todo imputado en el proceso penal "a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable".

### 3.2. Desincentivar los abusos de la policía

Las reglas de exclusión probatoria afirman el valor práctico de los derechos fundamentales desincentivando la trasgresión de los derechos fundamentales de los imputados o de terceros por agentes del Estado. Existen motivaciones dirigidas a los funcionarios que ilegalmente hubiesen obtenido el material probatorio, con el propósito disuasivo de desalentar ese tipo de proceder (E. M. Jauchen), es decir, se controla judicialmente a la policía en materia de obtención de pruebas con la finalidad de "disciplinar la actividad de los funcionarios policiales al cumplimiento estricto de las disposiciones constitucionales y legales"<sup>29</sup>. En el caso *Mapp versus Ohio* (1961) la Suprema Corte estadounidense declaró que el propósito de las reglas de exclusión es "compeler hacia el respeto a la garantía constitucional mediante la única manera efectiva posible, esto es, disuadiendo el incentivo a descuidarla"<sup>30</sup>. Los protagonistas de la regla de exclusión han argüido que solo excluyendo la evidencia puede lograrse que los policías se comporten. Los otros recursos simplemente no funcionan<sup>31</sup>.

### 3.3 El imperativo de la integridad judicial

En el caso *Mapp versus Ohio* (1961) la Suprema Corte norteamericana declaró "Hay otra consideración, el imperativo de la integridad judicial. El criminal sale libre, si es preciso, pero es el Derecho el que lo deja en libertad. Nada puede destruir un gobierno más rápidamente que su fracaso en observar sus propias normas jurídicas, o pero aún, su desconsideración hacia la Carta (Fundamental) de su propia existencia"<sup>32</sup>. La utilización de pruebas obtenidas en violación de garantías constitucionales representa la participación de la judicatura en dichas infracciones, lo que ofende la

<sup>29</sup> MERA FIGUEROA, JORGE y DUCE JULIO, MAURICIO. *Introducción al Sistema Penal*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, p. 23.

<sup>30</sup> Citado en ROSSUM, RALPH A. & TARR, G. ALAN. *Op. cit.*, pp. 505-506. (Traducción libre).

<sup>31</sup> CORWIN, EDWARD. *Op. cit.*, p. 359-360.

<sup>32</sup> ROSSUM, RALPH A. & TARR, G. ALAN. *Op. cit.*, p. 506. (Traducción libre).

integridad de los tribunales, que son los encargados precisamente de protegerlas<sup>33</sup>. Todo Magistrado de la República debe ejercer sus funciones conforme a Derecho y debe defender la transparencia, racionalidad y justicia de nuestro sistema judicial, en consecuencia, "debe excluir los [medios probatorios] que puedan ser calificados como prueba ilícita. Es decir, debe declarar inadmisibles la prueba obtenida con infracción a derechos fundamentales"<sup>34</sup>.

### 3.4. Otros argumentos

Autores como Alex Carocca Pérez, siguiendo a Joan Picó i Junoy, fundamentan el concepto de prueba ilícita en el derecho constitucional a la defensa jurídica asegurado en el artículo 19 N° 3: "el reconocimiento que se contiene en nuestra Ley Fundamental del derecho a la defensa, comprendiendo el derecho a la prueba, obliga a estructurar un concepto de prueba ilícita, que en sí mismo, se va a traducir en una limitación al ejercicio de ese derecho, lo más restringido posible"<sup>35</sup>.

El Profesor Jorge Bofill Genzsch sostiene que la prueba ilícita forma parte de la garantía del debido proceso, toda vez que el estado de derecho no puede servirse de métodos ilegítimos para someter a enjuiciamiento a sus ciudadanos<sup>36</sup>.

## 4. CLASIFICACIÓN

4.1. En cuanto a la naturaleza del material probatorio es posible distinguir entre pruebas "personales" y pruebas "reales".

- a) *Personales*: Proceden de un sujeto, ya sea el juez, el acusado o un tercero<sup>37</sup>. Por ejemplo, una detención ilegítima, una confesión obtenida mediante apremios ilegales, engaño o cualquier tipo de coacción<sup>38</sup>.
- b) *Reales*: Se proyectan sobre una cosa que pertenece al mundo físico<sup>39</sup>. Verbigracia, un allanamiento ilegal, una clandestina interferencia de telecomunicaciones<sup>40</sup>.

<sup>33</sup> THE EIGHTEENTH ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE... *Op. cit.*, p. 91.

<sup>34</sup> CAROCCA PÉREZ, ALEX. "Etapa Intermedia o de Preparación del Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal", en: V.V. A.A. *Nuevo Proceso Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 2000, p. 204.

<sup>35</sup> PICÓ I JUNOY, JOAN. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996, pp. 285 y ss.

<sup>36</sup> BOFILL GENZSCH, JORGE. "Preparación del juicio oral y juicio oral". Charla efectuada en el seminario "Las Reformas del Proceso Penal" el día 12 de octubre 2000, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago de Chile, 2000, p. 75.

<sup>37</sup> URBANO CASTRILLO Y TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>38</sup> U.S. 383 (1914).

<sup>39</sup> JAUCHEN, EDUARDO M., *Op. cit.*, p. 35.

<sup>40</sup> URBANO CASTRILLO Y TORRES MORATO, *Op. cit.*, p. 22.

<sup>41</sup> JAUCHEN, EDUARDO M., *Op. cit.*, p. 35.

4.2. En relación con el origen de la violación al derecho fundamental, las pruebas ilícitas se clasifica en: *Directas u Originarias e Indirectas o Derivadas* (Frutos del árbol envenenado).

a) Pruebas *directas u originarias*: Una regla de exclusión probatoria es directa cuando debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a un derecho o libertad fundamental. Una persona acusada de un delito puede pedir al Juez de Garantía que el material obtenido en un allanamiento ilegal o arbitrario sea excluido de la evidencia que existe en su contra.

b) Pruebas *indirectas o derivadas o doctrina del fruto del árbol envenenado (fruit of the poisonous tree)*: Jorge L. Kielmanovich<sup>41</sup> llama prueba "derivada" a aquella que se obtiene como consecuencia de otra. Por ejemplo, la conversación indebidamente interceptada, que sin llegar a utilizarse (directamente) permite constatar la existencia de un testigo o un documento que se aportan en el proceso, el arma con las huellas dactilares del autor del robo que facilitó a la policía el lugar donde aquella se encontraba en un interrogatorio practicado sin letrado, etc.<sup>42</sup> La invalorable se refiere no sólo a la prueba ilegal o irregular, sino que también alcanza a todas aquellas que se hayan incorporado a la causa como consecuencia de ella<sup>43</sup>. Por ejemplo, si funcionarios policiales practican una detención que no se ajusta a la exigencia legal prevista en el artículo 130 del *Código Procesal Penal* de tratarse de un delito flagrante, "la falta de situación de flagrancia hace jurídicamente improcedente la presencia del sujeto ante el juez y resta validez a todo el procedimiento"<sup>44</sup>. La doctrina se muestra partidaria de los efectos reflejos de la prueba ilícita siempre que se acredite la relación causal entre la noticia ilegítimamente adquirida y la prueba obtenida a partir de ella<sup>45</sup>. Debe existir un nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, de modo tal que la segunda sea fruto o resultado necesario de la primera<sup>46</sup>.

## 5. LAS REGLAS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

La regla de exclusión de prueba –en singular– es la regla de que la evidencia obtenida por medios antijurídicos, tales como las entradas y registros y las incautaciones no razonables, no deben ser presentadas por la parte acusadora en un juicio criminal<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 175.

<sup>42</sup> URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO, *Op. cit.*, p. 51.

<sup>43</sup> JAUCHEN, EDUARDO M., *Op. cit.*, p. 37.

<sup>44</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL, en V.V. A.A., Reforma procesal penal acerca de los Juzgados de Garantía, Cuadernos Judiciales Nº 5. Santiago de Chile: Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda, 2001, p. 19.

<sup>45</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal*. España: Colex, citado en la obra de Urbano Castrillo y Torres Morato. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>46</sup> MINVILLE BERNARDETTE, *La Prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal*, p. 48.

<sup>47</sup> ROSSUM, RALPH A. & TARR, G. ALAN. *Op. cit.*, p. 765. (Traducción libre).

Las reglas de exclusión de prueba –en plural– son el conjunto de principios y criterios creados por la jurisprudencia de los Tribunales competentes –en Chile son y serán principalmente los Jueces de Garantía–, sobre la base de las normas jurídicas iusfundamentales directa o indirectamente constitucionales, que tienen por finalidad fundamentar una declaración de inadmisibilidad como evidencia de la prueba de cargo obtenida vulnerando derechos del imputado o de terceros asegurados por la Constitución Política de la República o por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, es decir, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Las reglas de exclusión probatoria más importantes son las siguientes, a saber:

### 5.1. Presunciones fundadas

Esta regla de exclusión probatoria significa que si el órgano de persecución criminal utiliza prueba obtenida mediante una entrada y registro con incautación ilegal, ésta debe ser excluida del juicio. Tiene su origen en la causa *Weeks vs U.S.*<sup>48</sup> en la cual la Suprema Corte estadounidense impidió en una persecución federal el uso de evidencia capturada a través de una entrada y registro con incautación ilegal<sup>49</sup>. Su fundamento es que la IV Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América garantiza que "El derecho de las personas a estar seguras en sus personas, sus casas, documentos y efectos, contra las entradas y registros e incautaciones no razonables, no debe ser violado, y ninguna orden judicial será expedida sino sobre la base de presunciones fundadas, sostenidas por juramento o afirmación, y en particular describiendo el lugar que debe ser allanado, y las personas o cosas que deben ser aprehendidas o incautadas. *Weeks vs U.S.* es el primer caso en el cual la Suprema Corte sostuvo la inadmisibilidad de la prueba obtenida en violación a la IV Enmienda<sup>50</sup>. La *incautación* es el apoderamiento físico de armas, "objetos, documentos, o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medio de prueba"<sup>51</sup> efectuado en el sitio del suceso o en otro lugar por funcionarios de Carabineros o de la Policía de Investigaciones "sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales"<sup>52</sup> identificándolos y conservándolos bajo sello, dejando constancia en el registro que se levantara de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia. La incautación supone el levantamiento de un acta respectiva y que el fiscal será responsable de la conservación de los bienes incautados adoptando todas las medidas conducentes para que las especies recogidas se mantengan en el mejor estado posible. Cuando el hecho que se investiga no estuvie-

<sup>48</sup> U.S. 383 (1914).

<sup>49</sup> CORWIN, EDWARD. *Op. cit.*, p. 360. (Traducción libre).

<sup>50</sup> MINVILLE BERNARDETTE. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>51</sup> Art. 83 c), segunda parte, del Código Procesal Penal.

<sup>52</sup> Art. 83 inciso primero del Código Procesal Penal.

re comprendido en una hipótesis de flagrancia o los instrumentos, objetos y efectos del delito se encontraren en un lugar distinto del sitio del suceso, además de las presunciones, el Artículo 80 A. de la *Constitución Política de la República* y los artículos 9º, 215 y 217 del *Código Procesal Penal* exigen para la licitud de la incautación de objetos relacionados o no con el hecho investigado que el fiscal solicite la correspondiente autorización al juez de garantía competente, toda vez que por esta diligencia se priva de la tenencia de los objetos sobre los cuales recae la propiedad de los imputados y terceras personas, perturbando el ejercicio de este derecho constitucional<sup>53</sup>.

El Artículo 205 del *Código Procesal Penal* regula la entrada y registro en lugares cerrados: "Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo [...]. El Artículo 208 d) del *Código Procesal Penal* prescribe que la orden de entrada y registro debe contener "el motivo del registro".

### 5.2. Inspección a simple vista

Esta regla de exclusión probatoria consiste en que los policías que están en situación de poder inspeccionar a simple vista (*plain view*) un objeto del cual tienen presunciones fundadas de su origen ilícito, están autorizados por la ley para registrar el inmueble en que se halla e incautarlo sin autorización de su dueño ni necesidad de una orden judicial previa. Esta doctrina tiene la limitación de la exigencia de presunciones fundadas para creer que los objetos inspeccionados a simple vista (*plain sight*) por los policías provienen de un hecho delictivo antes de que registren el lugar cerrado y los incauten. El fundamento de esta doctrina es que el propietario o poseedor del objeto ha renunciado a la privacidad sobre el objeto incautado, y "que el oficial de policía no puede apartar sus ojos e ignorar lo que está llanamente frente a él"<sup>54</sup>. En el proceso penal *Arizona vs. Hicks*<sup>55</sup> la Corte Suprema estadounidense confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Arizona que declaró inadmisibles la incautación de un equipo modular efectuada con ocasión de una entrada y registro sin autorización judicial con la finalidad de buscar armas de fuego, porque el oficial de policía Nelson que ingresó al departamento del acusado para verificar el origen de un disparo no tenía presunciones fundadas (*probable cause*) para creer que era un objeto que provenía de un contrabando o de una actividad ilegal (no estaba a simple vista) pues tuvo que mover el equipo modular para leer y anotar el número de serie para después comprobar en la estación de policía que se trataba de un objeto de un delito de robo, en consecuencia, el oficial de policía Nelson vulneró el derecho a la privacidad del sentenciado Hicks asegurado por la Cuarta Enmienda Constitucional.

La parte final del Artículo 206 del *Código Procesal Penal* acoge la doctrina de la inspección a simple vista cuando señala: "La policía podrá entrar a un lugar cerrado y registrarlos, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autoriza-

<sup>54</sup> CORWIN, EDWARD. *Op. cit.*, p. 350. (Traducción libre).

<sup>55</sup> 480 U.S. 321 (1987): *Certiorary otorgado a la Corte de Apelaciones de Arizona*.

ción judicial previa, cuando [...] otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito". Sin embargo, es evidente que la ley adjetiva se refiere a situaciones de flagrancia<sup>56</sup> y por la misma razón puede resultar muy útil a la policía proceder según el criterio de la inspección a simple vista del objeto de la conducta punible frente a delitos permanentes tales como el secuestro, la detención ilegal, la tenencia y porte ilegal de armas de fuego, el tráfico de drogas, la receptación, etc.

### 5.3. Entrada y registro azarosa

Consiste en que en un caso concreto puede plantearse el problema jurídico de si puede admitirse válidamente en un juicio cosas robadas o hurtadas, drogas, armas de fuego no inscritas según la ley, obtenidas en una entrada y registro con incautación en virtud de una orden judicial que fue solicitada por el Ministerio Público, en ausencia de presunciones fundadas de que los instrumentos, objetos o efectos de otro hecho delictivo que la motivó se encontraban en el domicilio del imputado (*random search*). De los preceptos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, se infiere que el contenido del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del hogar, incluye que se respete la vida privada de los ciudadanos mediante la ausencia de intromisiones arbitrarias o ilegales de parte de los agentes del Estado. Si bien la policía puede ingresar al domicilio del imputado premunida de una orden judicial de entrada y registro que formalmente cumple con todos los requisitos de validez, la entrada y registro sería arbitraria para efectos de inadmisibilidad probatoria si la Fiscalía no lograra probar haber tenido un motivo real y serio que justificara su petición ante la autoridad judicial competente de que el imputado era sospechoso de haber cometido el hecho delictivo principal. Como ciudadanos de un Estado republicano y democrático<sup>57</sup> en que estamos habituados a vivir en libertad, no consideramos apropiado ni queremos que el Ministerio Público solicite órdenes de entrada y registro azarosas en nuestros hogares con la finalidad de detectar actividad criminal u obtener evidencia física de algún acto delictivo cometido, en ausencia de presunciones fundadas porque la inexistencia de fundamento de sus solicitudes perturbadoras de la libertad e intimidad de los ciudadanos constituye un estándar sospechoso de establecimiento de diferencias arbitrarias relacionadas con el derecho penal de autor, prohibidas por el inciso final del Artículo 19 N° 2 de la Constitución que impide jurídicamente discriminar caprichosamente a una persona que

<sup>56</sup> Artículo 130. *Situación de flagrancia*. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- El que acabare de cometerlo;
- El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaran como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.

<sup>57</sup> Artículo 4° de la Constitución Política de la República.

vive en un determinado lugar cerrado del que no pueda empíricamente presumirse que medios de comprobación del hecho que se investiga se encuentran en él, es decir, el órgano público de persecución penal no debe afectar la intimidad de una persona atendiendo únicamente a su modo de ser, su origen humilde, su inactividad laboral o sus antecedentes criminales no concluyentes e irrelevantes, desentendiéndose por completo del hecho delictivo concreto que está investigando actualmente y que debe esclarecer mediante la adecuación de sus actos "a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley"<sup>58</sup>.

#### 5.4. Autorización judicial previa

El *Código Procesal Penal* establece que no es necesaria una orden judicial previa en casos de resguardo del sitio del suceso –artículo 83 c)–, para el registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona que será citada a la presencia del fiscal por un hecho de los señalados en el Art. 124 del *Código Procesal Penal* –artículo 134 inciso 2º–, los exámenes de vestimentas (cacheos), equipajes y vehículos del detenido, artículo 89 *Código Procesal Penal*, y los supuestos de registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla – artículo 85 inciso 2º *Código Procesal Penal*– y del detenido por orden judicial –artículo 89 *Código Procesal Penal*. Fuera de las hipótesis de control de identidad y detención, la autorización judicial previa para proceder a la diligencia es un requisito de admisibilidad probatoria de la entrada y registro en lugares cerrados (artículo 205 inciso final del *Código Procesal Penal*) y de la incautación de objetos y documentos descubiertos durante la práctica de la diligencia de entrada y registro, sea que estén "relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba" (artículo 217 del *Código Procesal Penal*), o bien, cuando "permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado" (artículo 215 inciso 1º del *Código Procesal Penal*). No obstante el artículo 215 del *Código Procesal Penal* señala como oportunidad de la previa orden judicial "durante" la práctica de la diligencia, aplicando las reglas generales y en razón del principio de eficacia de la persecución penal el fiscal puede conseguir una autorización judicial anticipada para incautar objetos (también instrumentos, efectos, armas) y documentos, que constituyan evidencia de un hecho punible distinto para la cual fue solicitada la orden judicial, por ejemplo, en la hipótesis de pesquisa de libros de contabilidad del imputado con ocasión de una investigación por delito tributario, que se encuentran en un lugar donde la policía sospecha razonablemente que existe droga "éxtasis" o "cocaína". Asimismo, las escuchas y grabaciones telefónicas en que participe el imputado requieren para su admisibilidad procesal de la autorización judicial

previa, exigida por el artículo 222 del *Código Procesal Penal*: "[...] el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación." Del mismo modo, para que los exámenes corporales al imputado o al ofendido sean admisibles "el juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero" (artículo 197 inciso final del *Código Procesal Penal*). Además, de manera subsidiaria a lo anterior se debe aplicar como regla general el artículo 80 A. inciso 3º primera parte de la *Constitución Política de la República* que prescribe "las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de derechos que esta Constitución asegura, o los restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa". Un precepto general parecido al citado precedentemente existe en el *Código Procesal Penal*:

Artículo 9º *Autorización judicial previa*. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o los restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización fuere indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior.

El artículo 236 del *Código Procesal Penal* también establece la posibilidad de que el fiscal solicite autorización al juez de garantía para practicar diligencias sin conocimiento del afectado, aun antes de la formalización de la investigación, "cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito" (inciso 1º) y con posterioridad a la formalización de la investigación "cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia" (inciso segundo).

#### 5.5. Indicios razonables

Ahora ilustraremos algunas aplicaciones de las reglas de exclusión analizando el control de identidad y la detención que precede a los exámenes de vestimentas, equipajes y vehículos y las exploraciones corporales.

a) *Control de identidad y registro*: El artículo 19 de la *Constitución Política* de la República asegura a todos las personas: "Nº 7 El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: [...] b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes". El artículo 85 del *Código Procesal Penal* autoriza que funcionarios policiales, sin previa orden de los fiscales, puedan "solicitar la identificación de

<sup>58</sup> Art. 3º Ley N.º 19.640 Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. La segunda parte de este precepto dice: "De acuerdo con este criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen".



cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta [...]". El cacheo es el registro ligero sobre las ropas de alguien que tiene por finalidad desarmar a una persona sospechosa que el oficial de policía considera peligrosa y se justifica cuando se efectúa para proteger al oficial de policía durante el encuentro con ese ciudadano a quien se desea interrogar de manera rápida y rutinaria, que razonablemente se estima como sospechosa de haber cometido o prepararse a cometer un delito o le puede proporcionar información útil sobre la investigación de un delito. El examen ilimitado de una persona con el fin de encontrar en ella cualquier objeto incautable supone necesariamente una parada ("stop"), esto es, provocar el retraso breve de una persona impidiéndole continuar su rumbo o abandonar un lugar, con la finalidad de ejercer un control de identidad sobre ella. La parada es una breve restricción de la libertad de movimiento de un ciudadano, contra su voluntad, por agentes de la policía o de Carabineros de Chile, generalmente en la calle, aunque también puede llevarse a efecto en un cuartel policial, para averiguar su nombre y apellidos (control de identidad) y hacerle algunas preguntas acerca de una investigación que realizan actualmente, al que puede suceder el cacheo o allanamiento corporal. Por esta razón en Estados Unidos se habla copulativamente de "stop and frisk", cuyo caso guía es *Terry vs Ohio*<sup>59</sup> en el cual la Suprema Corte declaró que lo que justifica el cacheo de un sujeto en busca de armas no es la sospecha o corazonada del oficial de policía, sino las inferencias razonables específicas a que es capaz de arribar desde los hechos, a la luz de su experiencia<sup>60</sup>. Resumiendo, el "cacheo" siempre es antecedido de un "control de identidad", que a su vez supone una "parada". Al control de identidad o a la detención puede suceder el examen "corporal" o el examen de "objetos". Billy Hayes relata en su *best seller "Expreso de Medianoche" (Buenos Aires: Javier Vergara Editor, 1977, p. 17)*, la forma en que fue tratado por la policía turca durante un control de identidad:

El primer agente [...] gruñó una orden y me indicó con un gesto que extendiera los brazos hacia afuera. Empezó a palpar mi cuerpo cuidadosamente. Cuando sus manos pasaron por mis axilas dieron con algo duro. Increíblemente, pareció no advertirlo. Continuó su exploración por mis caderas y piernas. Entonces se detuvo.

Me encontré rezando. Dios mío, haz que el cacheo haya terminado. No permitas que se acerque de nuevo a mi cuerpo.

En la práctica surgió el problema de si era conforme con la Constitución el "cacheo" o registro "superficial" (ligero) sobre las ropas de un sospechoso en busca de armas que puedan herir o matar al oficial de Carabineros o agente de la policía que lo examina, o bien, el "allanamiento corporal" o registro "profundo" (intenso) llevado a efecto para obtener el objeto de un hecho delictivo. El *Código Procesal Penal* no reguló desde el comienzo el registro (palpaciones superficiales, cacheo y/o allana-

<sup>59</sup> 392 U.S. 1 (1968): Certiorary otorgado a la Suprema Corte de Ohio.

<sup>60</sup> Citado en CORWIN, p. 345.

miento corporal o examen de "cosas muebles") con ocasión de un control de identidad, resultando en consecuencia contrario a la Constitución, por lo que el legislador se vio en la necesidad de introducir una modificación a su artículo 85 inciso segundo estableciendo que "Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla"<sup>61</sup>.

*b) Detención y examen:* La restricción forzada de libertad que puede sufrir un ciudadano en su primer encuentro con un agente estatal puede ser originada por un control de identidad, pero también de manera más intensa por una detención de la que puede suceder un examen. Examinar equivale a registrar, porque registrar significa según el *Diccionario de la Real Academia Española* "examinar algo o a alguien, minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto". Examen según nuestro *Código Procesal Penal* es el registro que efectúan agentes de la policía en la ropa que lleva puesta o que porta una persona que se encuentra detenida, o en el vehículo que conduce, respecto de quien existen indicios que permiten estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación. El artículo 89 del *Código Procesal Penal* regula el examen de vestimentas, equipaje o vehículos que pertenecen al detenido:

Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación.

Para practicar el examen de vestimentas se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia.

¿Qué significa "correcta ejecución de la diligencia"? No avasallar lá dignidad de la persona mediante la ejecución de tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni excederse del objeto y necesidad de la actuación policial, o sea, que "ni por su finalidad ni por su mismo contenido o por los medios utilizados, hubiera podido acarrear un sufrimiento de especial intensidad o provocar una humillación o envilecimiento del sujeto pasivo"<sup>62</sup>.

### 5.6. Necesidad de constatar circunstancias relevantes para la investigación

Ya explicamos que el cacheo es un método exploratorio que afecta el cuerpo del imputado que consiste en tocaciones sobre la ropa que ejecuta un oficial de policía en un sospechoso o persona sujeta a control de identidad en búsqueda de armas que puedan ser usadas en su contra, con el fin de neutralizarlo, y que el examen corporal interno es el conjunto de palpaciones que efectúa el policía mediante la aplicación de sus dedos o su(s) mano(s) sobre las partes externas del cuerpo o de las cavidades accesibles del detenido, para descubrir evidencia de un delito cometido —drogas c

<sup>61</sup> Ley N.º 19.789 publicada en el Diario Oficial de fecha 30 de enero de 2002.

<sup>62</sup> Sentencia 57/1994 de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional Español, citada en MIRANDA ESTRAMPES MANUEL, *Op. cit.*, p. 35.

armas—. Mientras el cacheo y el examen de vestimentas dicen relación con la intimidad del imputado, el examen corporal íntimo, profundo, o en sentido estricto, tiene que ver con la integridad física del examinado, ya sea imputado, víctima o tercero, en consecuencia es lógico que la ley exija el criterio de que el examen corporal sea “necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación”, más estricto que las presunciones fundadas y los indicios razonables por cuanto requiere de autorización judicial previa y fundada en vez de quedar entregada a la discrecionalidad del policía que ejecutó la diligencia y el correspondiente *test* judicial de razonabilidad. El Artículo 197 del *Código Procesal Penal* señala:

*Exámenes corporales.* Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero.

### 5.7. Lectura de derechos al detenido

La práctica moderna del interrogatorio policial está orientado más a lo psicológico que a lo físico, y la sangre del acusado no es la única marca de la inquisición inconstitucional<sup>63</sup>. En el proceso estadounidense *Miranda vs. Arizona*<sup>64</sup> se planteó el tema sobre la admisibilidad como evidencia de declaraciones obtenidas de los acusados durante un interrogatorio policial prejudicial. Los acusados fueron condenados sobre la base de confesiones efectuadas después de períodos de interrogatorio policial en que no se les informó sus derechos a tener un abogado y a guardar silencio<sup>65</sup>. Los crímenes por los cuales fueron condenados incluyen asesinato, secuestro, violación y robo. La Suprema Corte declaró que en cada uno de los casos planteados las declaraciones de los acusados obtenidas por la policía no se conciliaban con los estándares constitucionales sobre el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo asegurado en la V Enmienda, en razón de que cuando una persona es llevada a un recinto policial, o de cualquier forma privada de su libertad por la policía y sujeta a un interrogatorio, se exige a la policía que le advierta: a) que tiene derecho a guardar silencio (permanecer callado), b) que cualquier declaración que emita puede y será usada en su contra en un juicio, c) que tiene derecho a comunicarse con un abogado, d) que tiene derecho a que su abo-

<sup>63</sup> *Miranda vs. Arizona*.

<sup>64</sup> 384 U.S. 436 (1966): Certiorary otorgado a la Suprema Corte de Arizona.

<sup>65</sup> ROSSUM, RALPH A. & TARR, G. ALAN. *Op. cit.*, p. 524. (Traducción libre).

gado presencie el interrogatorio y e) que si no puede pagar los honorarios de un abogado, se le designará uno para que lo represente. El interrogatorio no puede comenzar hasta que las advertencias hayan sido dadas al sospechoso y renunciado a sus derechos conociendo las consecuencias y de manera inteligente<sup>66</sup>. Se trata del privilegio procesal de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, asegurado en el artículo 14.3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.2 g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). El artículo 93 g) del *Código Procesal Penal* reconoce a todo imputado el derecho a “Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”. El artículo 135 del *Código Procesal Penal* regula el deber de los funcionarios policiales a cargo del procedimiento de detención de informar al imputado acerca del motivo de la detención y sus garantías constitucionales y legales en el proceso penal.

## 6 CONSECUENCIAS

### 6.1. Inadmisibilidad probatoria

La doctrina de la prueba ilícita pretende dejar inutilizable como evidencia el o los medios de prueba obtenidos con infracción a los derechos fundamentales, esto es, inservible para verificar científicamente los cargos de la acusación formulados por el fiscal del *Ministerio Público* en contra del acusado. Las consecuencias de la regla de exclusión es la invalidez del elemento de prueba obtenido ilegalmente de modo que el órgano jurisdiccional no podrá basar ninguna de sus decisiones, parcial ni indirectamente, en una prueba viciada por esas razones<sup>67</sup>. La evidencia suprimida traerá como consecuencia que la Fiscalía perderá jurídicamente del juicio el objeto que constituye un elemento del tipo penal de carácter material (las especies sustraídas en el hurto o en el robo, el arma de fuego o las municiones en los delitos tipificados por la Ley de Control de Armas, etc.), con lo cual queda “sin caso”. En otras ocasiones el fiscal adjunto únicamente perderá una evidencia, pero puede prevalerse lícitamente de otras que sean suficientes para verificar su teoría de que el acusado fue quien cometió el hecho delictivo que le atribuye.

En la hipótesis de prueba directa u originaria, el juez de garantía debe excluir los medios probatorios ilícitos omitiendo su referencia en el auto de apertura del juicio oral, con la finalidad de que el *Tribunal de Juicio Oral en lo Penal* competente no los conozca, para no contaminar su razonamiento judicial. ¿Qué pasaría si el *Tribunal de Juicio Oral* en lo Penal competente condenara a un acusado fundamentando su sentencia definitiva en hechos probados en virtud de escuchas no autorizadas por el juez de garantía que no fueron excluidas? El Artículo 373 del *Código Procesal Penal* establece como una de las causales para deducir el recurso de nulidad “a) Cuando, en

<sup>66</sup> WHITE, G. EDWARD. *Op. cit.*, p. 364. (Traducción libre).

<sup>67</sup> JAUCHEN. *Op. cit.*, pp. 37-38.

la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Si la policía hubiese interceptado las telecomunicaciones o hubiese utilizado artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de cualquier otra señal de comunicación (reproducción, fotocopia, fax), la información obtenida sin consentimiento de todos los interlocutores o sin autorización judicial previa es un medio de prueba inadmisibles en el proceso, ya que en virtud del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, el artículo 225 del *Código Procesal Penal* establece la prohibición de su utilización: "Los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma".

En el supuesto de la prueba indirecta o derivada, la declaración de ilicitud del medio de prueba principal no significa automáticamente que el Tribunal debe absolver al acusado. En efecto, el resultado de la decisión será consecuencia de la aplicación de la doctrina de la supresión (*the suppression doctrine*)<sup>68</sup> o utilización por el Juez del método de la supresión mental, consistente en la eliminación hipotética del elemento originariamente viciado para determinar si aun así hubiera sido posible obtener, por otro medio y sin lugar a dudas, aquellas otras pruebas que han sido ingresadas a raíz de él<sup>69</sup>. Lo anterior significa que el sentenciador debe eliminar idealmente la evidencia espuria de su razonamiento y preguntarse a sí mismo: ¿Si no supiera que existe la prueba ilícita derivada -fruto del árbol envenenado-, los restantes elementos de convicción que existen en el juicio son suficientes para dar por establecido el hecho punible y/o la participación del imputado en éste? La Profesora Bernardette Minvielle adhiere a la posición de la inadmisibilidad de la prueba derivada, toda vez que reconoce su origen en actos violatorios de los derechos individuales; de otro modo, las reglas de exclusión y sus fundamentos, podrían ser fácilmente burlados por el investigador<sup>70</sup>.

## 6.2. Excepciones

a) *Buena Fe*: En la jurisprudencia norteamericana, el caso *U.S. vs. León*<sup>71</sup> sentó el precedente de crear una excepción de buena fe a la regla de exclusión de prueba. A través de la "good-faith exception" se empezó a no excluir del proceso, las pruebas obtenidas por un agente policial que actuó de forma razonable y creyendo que lo hacía en forma legal<sup>72</sup>. Por ejemplo, funcionarios de Carabineros de Chile reciben una

<sup>68</sup> CORWIN, EDWARD. *Op. cit.*, p. 362. (Traducción libre).

<sup>69</sup> JAUCHEN. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>70</sup> MINVIELLE BERNARDETTE. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>71</sup> 468 U.S. 897 (1984).

<sup>72</sup> URBANO CASTRILLO Y TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 44.

denuncia por robo con intimidación de una bicicleta que pertenece a un niño de doce años, quien la describe con detalles. Con posterioridad, dos Carabineros encuentran una bicicleta similar a la indicada en la denuncia en el antejardín de la casa del ladrón y proceden a detener a un individuo por cometer el delito de receptación en situación de flagrancia. Con posterioridad se descubre la bicicleta de la víctima en una casa que no era la del autor del robo, por lo tanto, el objeto del delito de receptación incautado resultó ser de propiedad de un sujeto distinto del ofendido por este delito.

b) *Fuente Independiente*: Esta excepción significa que no es aplicable la regla de exclusión cuando el Ministerio Público demuestra satisfactoriamente que tenía otras "líneas de investigación", aparte del derrotero en que se obtuvo un medio probatorio vulnerando derechos fundamentales, que hubieran permitido con toda seguridad capturarlo válidamente. Si a pesar de la irregularidad existen otras fuentes por las que necesariamente, con un grado razonable de certeza, se hubiera podido llegar al conocimiento e incorporación de los elementos probatorios consecuentes, la exclusión probatoria no alcanza a éstos<sup>73</sup>.

## 7. CONCLUSIONES

La verdad procesal no debe descubrirse a cualquier precio porque el fin loable de obtener el castigo de los delinquentes jamás justificará el empleo de medios censurables contra los derechos fundamentales. La doctrina de la prueba ilícita es una técnica jurídico-procesal de tutela judicial de los derechos fundamentales, pues desincentiva la vulneración de las libertades y derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales por los agentes policiales, al servir de base para una declaración de ineptitud probatoria de las evidencias obtenidas con desprecio a los derechos de los imputados o terceros. Siguiendo al jurista español Luis López Guerra, la doctrina de la prueba ilícita no es en sí misma una garantía constitucional del imputado, es más bien, parte esencial del contenido de los derechos constitucionales de libertad e intimidad, pues establece estrictas condiciones para la práctica de exámenes corporales, de vestimentas, equipajes y vehículos y la entrada y registro de lugares cerrados. La prueba ilícita tampoco es una consecuencia del derecho a la defensa que comprende el derecho a la prueba, porque parafraseando a Juan Jacobo Rousseau (*El Contrato Social*), quien lo afirma toma el efecto por causa. Dado que la prueba de cargo que vulnera derechos fundamentales debe ser declarada inadmisibles en el juicio, el acusado tiene derecho a contradecir y refutar la prueba ilícita de la parte acusadora.

En el sistema de la prueba ilícita debe tenerse en consideración que los preceptos legales pueden llenar el contenido de los derechos fundamentales cuando se encuentran regulados en virtud de normas jurídicas indirectamente constitucionales, que existen para dar cumplimiento al mandato constitucional de definir el nivel de

<sup>73</sup> JAUCHEN. *Op. cit.*, p. 38.

protección del derecho fundamental, por ejemplo, es necesaria la autorización judicial previa habilitante para realizar ciertas actuaciones sujetas a exigencias legales de validez como la entrada y registro no consentida por el propietario o encargado del edificio o cuando los objetos del hecho delictivo no se encuentran a simple vista de los policías, la interceptación de comunicaciones telefónicas sólo procede respecto de “un hecho punible que mereciere pena de crimen” (artículo 222 inciso primero del *Código Procesal Penal*).

Lo que constituye prueba ilícita debe ser excluido como base empírica idónea para verificar la comisión del hecho punible y de la participación culpable del acusado, no debe servir para que el Tribunal genere su convicción y formule su decisión condenatoria, porque debe ser declarada inadmisibile en un juicio penal como evidencia cualquier medio probatorio obtenido vulnerando derechos y garantías fundamentales del imputado o de terceros.

La Constitución establece que los jueces tienen potestades de defensa contramayoritaria de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, justamente porque la agresión arbitraria y/o injustificada proveniente de agentes del Estado en contra de la libertad e intimidad de un solo imputado, que debe presumirse inocente, constituye una amenaza para cualquiera de nosotros. La ideología que subyace en la doctrina de la prueba ilícita consiste en que sería demasiado peligroso para la libertad e intimidad de los ciudadanos que los tribunales de justicia toleren negativamente que los agentes policiales restrinjan nuestra libertad ambulatoria, examinen nuestras ropas, equipaje o automóvil, o perturben la tranquilidad de nuestros hogares, y después lisa y llanamente no obtengan absolutamente ninguna evidencia de algún crimen o simple delito, o peor aún, que levanten falsos cargos en contra de los examinados o residentes de los hogares allanados con el fin de eximirse de responsabilidad administrativa o penal, o simplemente traten de obtener felicitaciones o congraciarse respecto de quienes defienden a ultranza los procedimientos policiales de tolerancia cero, buen orden y seguridad ciudadana.

El método que el juez debe seguir para resolver el problema jurídico de la prueba ilícita es, primero, determinar cuál es el contenido del derecho fundamental supuestamente vulnerado y su núcleo básico o “esencia”, sin el cual dejaría de ser lo que es, límite infranqueable garantizado por el artículo 19 N° 26 de la Constitución; en segundo lugar, verificar cuál fue la actividad policial, para finalmente ponderar los intereses en conflicto del caso concreto mediante la aplicación de un criterio de razonabilidad que atienda a la necesidad y características específicas de la actuación policial frente a la naturaleza e intensidad de la restricción o perturbación del ejercicio del contenido no esencial del derecho fundamental. Prueba de que las meras inobservancias procesales o las violaciones formales de una norma jurídica de valorar determinados medios de prueba (artículo 220 inciso final del *Código Procesal Penal*) no dan lugar a la aplicación de una regla de exclusión, es el tenor literal del artículo 373 del *Código Procesal Penal* al señalar como una de las causales para deducir el recurso de nulidad la infracción sustancial de los derechos o garantías fundamentales, y que

no obstante repudiamos esas violaciones, el sentido común nos dice que ningún acusado que cometió un hecho delictivo debe ser absuelto como consecuencia de un tecnicismo jurídico. En efecto, elevar obstáculos demasiado severos al ejercicio de la potestad probatoria del Ministerio Público abriría la puerta a una impunidad que tampoco deseamos, ya que el Derecho Penal existe para solucionar problemas reales que afectan a personas que confiaron en que el Estado satisfaría sus anhelos de tranquilidad social y porque ninguno de nosotros está a cubierto de ser víctima en el sistema de reforma procesal penal.